

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 889

(Ano XI)

(19/01/2019)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2019

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF) - Coordenador-Geral. Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em Direito Penal Internacional Universidade de Granda/Espanha.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



14/01/2019 Eduardo Luiz Santos Cabette

» [ADPF 442 STF \(legalização do aborto\): quando o ativismo judicial chega ao cume da perversão militante](#)

ARTIGOS

18/01/2019 Yuri Anderson Pereira Jurubeba

» [A remição como política pública de ressocialização do reeducando: experiências implementadas no Estado do Tocantins](#)

18/01/2019 Denis Menezes de Araujo

» [Impactos do assédio moral organizacional no serviço público](#)

18/01/2019 Luiza Alves Chaves

» [Os traços do colonialismo na significação das relações entre humanos e não-humanos](#)

18/01/2019 Lissa Aguiar Andrade

» [A trajetória do Direito do Consumidor no ordenamento jurídico brasileiro até sua configuração como direito fundamental](#)

17/01/2019 Telma Aparecida Rostelato

» [As pessoas com deficiência, o Código de Defesa do Consumidor e o princípio da dignidade humana: a relevância da hodierna concepção](#)

17/01/2019 Fabrício Mendonça Silva

» [A judicialização da saúde pública: aparente conflito entre mínimo existencial e a reserva do possível](#)

17/01/2019 Benigno Núñez Novo

» [Aposentadoria compulsória](#)

16/01/2019 Luiza Alves Chaves

» [Diagnóstico da pesquisa em Direito no Brasil: Uma análise pela perspectiva educacional](#)

16/01/2019 Lissa Aguiar Andrade

» [O Processamento da Audiência de Custódia no Sistema Jurídico Brasileiro](#)

16/01/2019 Benigno Núñez Novo

» [Ética médica](#)

15/01/2019 Bárbara Teixeira Borges

» [Prevenção e repressão ao tráfico de animais silvestres no Brasil: aspectos legais e institucionais](#)

15/01/2019 Jonathan Vallonis Botelho

» [Tecnologias disruptivas na sociedade da informação](#)

15/01/2019 Luiza Alves Chaves

» [Animais não-humanos como sujeitos de direito: uma transformação fundamental à obtenção da dignidade](#)

14/01/2019 Reisson Ronsoni dos Reis

» [Limitações quando da guerra: um estudo sobre proteções do direito internacional conferidas ao meio ambiente e ratificadas pelo Brasil](#)

14/01/2019 Mylena Devezas Souza

» [O consumo pelo simples desejo de consumir](#)

14/01/2019 Benigno Núñez Novo

» [Responsabilidade médica](#)

14/01/2019 Bruno Rafael Paixão Medrado

» [A desapropriação judicial indireta e seus efeitos na municipalidade](#)

ADPF 442 STF (LEGALIZAÇÃO DO ABORTO): QUANDO O ATIVISMO JUDICIAL CHEGA AO CUME DA PERVERSÃO MILITANTE

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE: Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, pós-graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós-graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

1-INTROITO

A situação a ser analisada é de uma obviedade tão gritante que não se justificaria seu estudo se vivêssemos num ambiente minimamente razoável e saudável em termos políticos, sociais, jurídicos e intelectuais.

Fato é que um partido de representação irrisória no parlamento brasileiro e perante a população (Psol), [1] percebendo claramente que seu pleito para legalização do aborto no Brasil não teria acatamento perante os representantes legais da população brasileira que, diga-se de passagem, em mais de 80% é contrária a esse tipo de projeto (seja entre homens ou mulheres), [2] ingressou com uma ADPF a fim de driblar a tripartição dos poderes e o processo legislativo. O ataque ao Estado Democrático de Direito é frontal nessa manobra, não somente sob um aspecto procedimental, mas se tratando de uma afronta deliberada até mesmo ao aspecto mais comezinho do que se possa entender por representatividade da vontade popular, ou seja, seu aspecto matemático, aritmético. É bem sabido que esta não é a única face da Democracia, o que a tornaria uma tirania da maioria, mas é, por assim dizer, uma de suas premissas mais básicas.

Malgrado isso, é fato que a ADPF 442 foi proposta e, pior, aceita pelo STF, órgão supostamente incumbido da preservação dos valores constitucionais, da democracia, do Estado de Direito e da própria tripartição dos poderes. Diz-se "pior" porque a pretensão de um grupo de usar de subterfúgios para impor sua vontade, contornando a sistemática legal, é até compreensível, embora não

aceitável. Mas, é o cúmulo do absurdo que a Corte Suprema dê guarida a um pleito cuja ilegitimidade e até mesmo insídia são patentes.

Mais ainda, no decorrer da preparação para o julgamento, foram instaladas audiências públicas com grande prevalência de entidades pró – legalização em detrimento dos defensores da manutenção da lei. Novamente a militância de grupos isolados se sobrepõe, por sua capacidade de organização e agitação, à real mentalidade e espírito da população brasileira, que acaba, se não calada, ao menos limitada em sua representação no processo. Noelle – Neumann já demonstrou em sua teoria da “espiral do silêncio” como a maioria pode ser sobrepujada por uma minoria disposta a “proclamar sua posição”, causando mais impacto e influência na opinião das pessoas [3] porque “parece haver grupos que sabem apropriar-se melhor da atenção pública e outros que se deixam silenciar”. [4]

Eis o alerta de Fernandes a este respeito:

“Há que ter cuidado, ademais, com o real grau de assentimento popular, porquanto há determinados grupos minoritários cujo nível de organização e cujo poder de pressão e de influência são tão elevados que se impõem e se fazem atender dando a impressão de que são grupos majoritários.

Assim, embora uma adesão popular maciça a determinado argumento não seja garantia de sua racionalidade, justiça ou veracidade, ela impõe, porém, ao julgador (a) um dever de detida consideração e (b) um ônus argumentativo reforçado para evidenciar sua sem – razão”. [5]

E quando se pensa que a situação atingiu seu paroxismo, eis que surge algo ainda mais grave. O STF admitiu como “Amicus Curiae” na ADPF 442 entidades que promovem a prática do aborto, fornecem medicamentos abortivos e fazem propaganda de meios abortivos dentro do Brasil, inobstante tudo isso seja crime e contravenção, ao menos de acordo com a legislação ainda vigente e cuja suposta ilegitimidade constitucional não foi reconhecida. Ora, a expressão “Amicus Curiae” pode ser traduzida do latim como “Amigo da Corte”. Como é possível, legal e

moralmente, que uma Corte Suprema de um país, admita como seus "amigos" entidades e pessoas que são praticantes de condutas previstas na legislação desse mesmo país como crimes e contravenções?

Independente da discussão sobre descriminalização ou não. Um ponto é certo: discutir e apresentar argumentos sobre a descriminalização de qualquer conduta, é algo livre no Estado Democrático de Direito, não constituindo "apologia ao crime e ao criminoso" (artigo 287, CP). Dito isto, o que é inadmissível é que entidades ou pessoas que confessam práticas criminosas ou contravencionais sejam admitidas pelo Supremo Tribunal de um país como "Amicus Curiae"! O simples anúncio de meio abortivo é (ainda) contravenção penal no Brasil (artigo 20, LCP), auxiliar, instigar ou induzir à prática do aborto pode configurar "participação" (artigo 29 c/c artigo 30, CP), no crime de aborto previsto no artigo 124, CP (no qual, por ser crime próprio, não se admite coautoria, mas sim participação). Por fim, realizar o aborto provocado em qualquer pessoa com (artigo 126, CP) ou sem (artigo 125, CP) o seu consentimento é crime! Como é possível que organizações que realizam abortos, que fornecem orientação para a prática de aborto, que anunciam, divulgam meios abortivos, não apenas defendem teses, possam ser admitidas como "Amicus Curie" num tribunal superior de um país? E não importa se o fazem dentro do país ou fora. Por ora ao menos se tratam de práticas criminosas e contravencionais em solo brasileiro. Não estamos num país minimamente sério! Seria o mesmo que admitir o PCC, as FARCS, o Marcola ou o Fernandinho Beira Mar como "Amicus Curiae" numa audiência pública sobre a liberação das drogas!

Só um exemplo, o IWHC, que tem até uma cartilha divulgada mundialmente: "Aborto com auto-administração de misoprostol: um guia para as mulheres". Isso é, no mínimo, contravenção penal no Brasil. Tem site em português : <https://iwhc.org/tag/em-portugues/>. Só mais um: Woman on waves. É expositora e é a ONG do navio que faz abortos, mundialmente conhecido.

Rebecca Gumperts é fundadora da Women on waves e da Women on web (a do site de venda de medicamentos ilegais). A ONG envia medicamentos ilegais (abortivos) para dentro do Brasil, participando da prática de abortos aqui, onde a conduta é crime, inclusive ensinando a administração e técnicas via web para as pessoas, sob o pretexto de que seria uma forma de realizar um "aborto seguro". Ora, não existe aborto ou qualquer intervenção médica interna, segura,

mesmo num hospital. Sempre é uma conduta de risco, um risco permitido e necessário se é um ato terapêutico, mas sempre arriscado. Será que alguém gostaria de um programa governamental para corte de custos que adotasse consultas e procedimentos via web, não presenciais? Um médico virtual? Só um louco gostaria e aprovaria uma absurdidade dessas. O contato médico é pessoal. A chamada "telemedicina", é admitida com grandes reservas pelo artigo 37 do Código de Ética Médica e depende de cuidadosa regulamentação.

A ONG Conectas apresentou a nota técnica da Women on web, que fornece pílula abortiva no Brasil. A Nota Técnica confirma o delito. Há, portanto, ligação/relação entre Conectas e Women on web. Ao mesmo tempo Rebecca Gumperts é fundadora da Women on Web, que vende medicamentos.

Para se ter noção como a falta de sensibilidade jurídica do STF se espalha facilmente, na época este autor chegou a ser indagado sobre a admissibilidade desse procedimento (admitir infratores como "Amicus Curiae") porque o aborto não seria equiparável com o tráfico, como no meu simples exemplo e também porque a questão trata de direitos individuais.

Ora, expressão e discussão não estão em pauta. Como se disse é totalmente viável para entidades e pessoas que não pratiquem crimes, mas tão somente defendam ideias, por mais absurdas que sejam. Quanto à equiparação, crime é crime, contravenção é contravenção, nenhum criminoso ou contraventor pode, num país minimamente sério, ser admitido a discutir a questão da descriminalização da conduta que pratica. Além do mais, este autor não equipararia jamais o tráfico ao aborto, seria um absurdo jurídico diante do nosso atual ordenamento, uma ignorância já superada por este subscritor desde os primeiros contatos com a área penal. Na hierarquia de bens jurídicos, o aborto é crime contra a vida e o tráfico protege bem difuso da saúde pública. Ou seja, no nosso ordenamento o aborto é incomparavelmente mais grave que o tráfico, e não o contrário, como equivocadamente, erro primário, se insinua num questionamento dessa espécie. Por fim, se a discussão versa ou não sobre direitos individuais não há relevância ou talvez intensifique o fato de que infratores da lei brasileira não podem ser admitidos como "Amicus". É um visível absurdo. E se pode dizer mais, afeta a própria imparcialidade da corte para a decisão. Afinal, o que se discute é se condutas que tais devem ser descriminalizadas, até o momento são crimes e contravenções. Portanto, admitir

à discussão quem já as perpetra é confessar que tudo é um jogo sórdido de cartas marcadas, não existindo imparcialidade alguma, pois já se parte do pressuposto de admissão desse procedimento, mesmo diante da ordem atualmente posta. Note-se que a própria discussão sobre direitos individuais tem dois lados, as alegações sobre os direitos das mulheres e os da vida do ser humano em gestação. Inclusive trata da questão, dando proteção ao ser em gestação um documento internacional dos mais importantes sobre Direitos Humanos, nada mais, nada menos, do que o Pacto de São José da Costa Rica (afirma que protege a vida desde a sua concepção). Observe-se ainda que se versa sobre o ordenamento como ele é atualmente, se houver descriminalização por que via for, então o fato será considerado atípico e aí não caberão essas considerações jurídicas (a não ser que se entre no mérito da questão materialmente falando e tratando da (i) legitimidade do judiciário para supostamente legislar, mas neste ponto não se trata disso). Porém, a questão ocorre agora e no presente, e então, de acordo com as circunstâncias presentes, deve ser julgada, sob pena até de pré - julgamento parcial, como já foi dito. A questão proposta é estritamente jurídica, sem discussão do mérito sobre a futura decisão. Enfim, o problema não é a discussão livre e sim a contradição de admitir infratores diretos da lei como "Amicus Curiae", isso é uma imoralidade absurda e uma decisão jurídica absolutamente equivocada, viciada por parcialidade patente e falta de um mais mínimo bom senso.

Quase olvidava, porque se entende que a questão não seria cabível, mas, a bem de esclarecimento, adianta-se que não prospera acenar com o suposto argumento de que o tráfico é crime hediondo, enquanto que o aborto não o é. Em primeiro lugar, uma questão terminológica: para a maioria dos autores o tráfico não é um crime hediondo, mas somente equiparado. No entanto, essa questão é também de somenos importância. Ocorre que a classificação de um delito como hediondo não nos diz muito materialmente, mas apenas formalmente quanto à sua gravidade. A Lei dos Crimes Hediondos é uma das mais hediondas leis brasileiras. Por exemplo, na sua origem, não previa o homicídio, mesmo qualificado, como crime hediondo (1990). Somente a partir de 1994 o homicídio qualificado e somente ele, além dos casos de grupo de extermínio (o simples, por exemplo, não) foi considerado hediondo. Ora, matar um ser humano não era originalmente crime hediondo, isso faria dos demais crimes hediondos mais graves que o homicídio? É claro que não! Ainda hoje,

matar alguém de forma simples (sem qualificadora ou sem o aumento de pena do grupo de extermínio) não é crime hediondo. Isso faz da alteração de produtos cosméticos algo mais grave que o homicídio, ainda que simples, só porque a adulteração mencionada é crime hediondo? Será que qualquer crime contra a vida, pelo só fato de não ser catalogado como hediondo, é menos grave, atinge bem jurídico de menor relevância do que crimes hediondos ou equiparados? Outro exemplo é o induzimento, indução ou auxílio ao suicídio, crime contra a vida, que não é hediondo. Por isso é menos grave? Obviamente que não. E os exemplos são abundantes, um roubo com lesão gravíssima (tetraplegia) na vítima não é hediondo porque só o latrocínio é hediondo. Por causa disso o roubo qualificado nesses termos é menos grave do que, por exemplo, um estupro de vulnerável sem violência e com vítima já de idade mais avançada, embora menor de 14 anos? É claro que não! Só para finalizar: o envenenamento de água potável era crime hediondo na origem da Lei 8.072 em 1990. Em 1994 foi retirado do rol. Por isso, será que tal crime, que beira o terrorismo, é um crime menos grave materialmente falando? Obviamente não! Há casos como o Infanticídio ou o homicídio privilegiado ou culposos que não são hediondos e não ostentam a gravidade que os poderia alçar à hediondez, embora não deixem de ser graves e envolver o bem jurídico vida humana. Mas, nesses casos há ausência de dolo (crime culposos) ou amenização da conduta específica por circunstâncias especiais (privilégio e estado puerperal da mulher). Ou seja, a previsão no rol dos crimes hediondos diz quanto à gravidade da infração no campo formal. No campo material, há que verificar a natureza ontológica da conduta e o bem jurídico atingido ou posto em perigo.

Finalmente também há que lembrar que a alegação de que a questão do aborto no STF versa sobre direitos fundamentais como suposto argumento para invalidar a comparação com a questão do tráfico de drogas, também é equivocada pelo seguinte motivo: para quem sabe sobre o que versa a discussão da liberação das drogas é notório que ali também se trata sobre direitos fundamentais individuais. Inclusive há semelhança com o caso do aborto. No aborto se fala, sob o ângulo liberatório, do direito da mulher de "retirar" do seu corpo "algo" que não lhe interessa, inclusive causando lesões a si mesma (lembramos que o aborto é uma lesão corporal na mulher, e gravíssima). No caso das drogas, sob o prisma do porte para consumo próprio, trata-se do direito de "introduzir" no próprio corpo (homem ou mulher) substâncias lesivas, exatamente porque se trata de uma autolesão, que não violaria, segundo seus

defensores, o chamado Princípio da Transcendência, ou seja, não se atingiria bens jurídicos de terceiros, mas do próprio usuário, o que não legitimaria a previsão da conduta como criminosa. Ora, essa discussão é nitidamente referente aos direitos fundamentais individuais dos usuários de drogas proscritas. E quanto ao tráfico? Pois então, o fornecimento de drogas a tais pessoas seria, no mínimo, amenizado em sua gravidade. Como se poderia pensar em permitir a posse de drogas para consumo próprio sem que houvesse o fornecimento por alguém? O ilícito, se permanesse, certamente tornar-se-ia bem menos grave materialmente falando, ou até poderia tornar-se mero ilícito administrativo, caso o fornecedor não obedecesse às regras para o fornecimento. Na opinião deste autor, liberado o consumo de drogas hoje proscritas, a criminalização do tráfico e sua previsão como equiparado a crime hediondo, seria similar a criminalizar e equiparar a hedionda a conduta de quem vende cigarro sem um alvará municipal ou bebidas alcoólicas sem obedecer às normativas administrativas pertinentes. Eventual discussão sobre a descriminalização do próprio tráfico (hoje tráfico porque é clandestino), transmutando-o em atividade comercial e industrial natural (como as indústrias de bebidas alcoólicas e tabaco, por exemplo), seria também uma discussão sobre direitos individuais dos usuários (o direito de liberdade de acesso aos produtos pretendidos, que estaria afeto à sua dignidade humana e liberdade individual, pois permitir o uso, mas proibir o acesso é inócuo), assim como o direito fundamental ao livre exercício do trabalho e à livre iniciativa por parte de quem pretenda fazer o comércio de drogas hoje ilícitas. Ou seja, a discussão sobre as drogas versa também sobre vários direitos fundamentais, aqui apenas exemplificados rapidamente. Não se entra também aqui no mérito de nada disso (se devem ou não ser liberadas as drogas e/ou sua comercialização, apenas expõe-se do que trata a discussão). Mas será que por isso, seria admissível o PCC, as FARCS, Beiramar ou Marcola como "Amicus Curiae"? Não seria isso igualmente absurdo, imoral e insensato, para além de juridicamente inadmissível?

De acordo com o exposto resta nítido que a postura do STF não se perfaz como preconiza a corrente do neoconstitucionalismo, simplesmente por uma atuação de maior amplitude do judiciário no exercício legítimo de sua função para além das amarras de uma interpretação meramente gramatical ou exegética da legislação. A postura é de um ativismo militante de natureza política que escancara uma parcialidade inadmissível em um órgão jurisdicional. Nem mesmo há uma

preocupação com as aparências. Parece que a única manobra realizada para dar ares de imparcialidade ao julgamento foi a instalação das audiências públicas. Mas, ao que se apresenta, não passa de uma cortina de fumaça por detrás da qual se oculta uma nítida militância absolutamente incompatível com o exercício da jurisdição.

2-O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL E SEUS LIMITES

A questão do ativismo judicial por meio das chamadas “decisões manipulativas” não é um fenômeno exclusivo do Brasil. Trata-se de algo que ocorre em praticamente todo o mundo desde o surgimento do neoconstitucionalismo. O termo foi proposto pela “Escola de Gênova” e utilizado pela primeira vez por Susana Pozzolo no “XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica e Social” no ano de 1997, na cidade de Buenos Aires. [6] Essa corrente da filosofia do Direito se contrapõe ao Positivismo de origem kelseniana, promovendo maior protagonismo ao órgão jurisdicional na aplicação da lei e mesmo da Constituição às situações concretas que lhe sejam apresentadas.

A princípio essa visão neoconstitucional não é criticável. Efetivamente alguém que profere decisões em casos concretos, aplicando normas abstratas, ordinárias ou mesmo constitucionais, deve ter um espaço de mobilidade argumentativa para não se tornar um mecânico produtor de silogismos, mas sim um ator capaz de promover a Justiça na atuação do Direito. Não obstante, sempre que uma virtude é levada aos extremos, acaba se transformando em vício.

No Prefácio à obra de André Dias Fernandes, Manoel Gonçalves Ferreira Filho expõe muito bem o problema:

“As decisões manipulativas que hoje se multiplicam no Supremo Tribunal Federal têm uma importância ímpar para o desenvolvimento não meramente para a ciência ou teoria do direito constitucional, mas para a existência do Estado constitucional, ou mais diretamente, para a sobrevivência da Constituição como lei suprema. Como base de uma organização política que proscreve o arbítrio e enseja a liberdade pessoal, com o rol de direitos fundamentais que a especifica, protege e complementa.

De fato, se ela tem essa função e a cumpre limitando ao legítimo o exercício do poder pelo Governo e pelo Legislador, ela o faz, na visão moderna e revelada pela experiência, pelo controle do Juiz. Do Juiz que aplica as regras constitucionais objetivamente, imparcialmente, como voz – não apenas boca - dessa Lei das leis. Quando, todavia, o Juiz manipula a interpretação da Constituição, ele se põe acima dessa Lei e isto pode degenerar no seu arbítrio, porque, como os romanos já ensinavam, *Quis custodiet custos?*

Este risco existe e se manifesta no frequentemente denunciado ativismo judicial.

Mostrar esse perigo não significa pretender restringir de modo absoluto o Juiz a um papel de máquina, cega e surda, de aplicação literal do direito positivo. Aponta sim, que o arbítrio, seja de onde vier, renega o constitucionalismo e com ele a liberdade e com esta a dignidade da pessoa humana” [7]

E logo na introdução do tema, Fernandes diagnostica a perversa *normalização do excepcional* com referência às chamadas decisões manipulativas em nosso Supremo Tribunal Federal:

“O crescente emprego de decisões manipulativas pelo STF tende a transformá-las em decisões *típicas*. Essa profusão de decisões manipulativas oriundas do STF patenteia uma *tendência irreversível* da Corte de gradativo abandono do paradigma kelseniano do legislador meramente negativo e à assunção do papel de legislador positivo, eventualmente modificando informalmente a própria Constituição, passando, dessarte, de intérprete e guardião para ‘construtor’ da Constituição”. [8]

O autor em destaque contextualiza essa tendência do STF num quadro internacional de expansão e de politização da “jurisdição constitucional”. E alerta para a necessidade de observação de “limites e parâmetros” a essa atividade a fim

de evitar sua degeneração em “puro *decisionismo e arbítrio judicial*”, o que é extremamente “deletério à democracia, ao equilíbrio entre os Poderes e à governança”. [9]

No caso da atuação do STF com o evidente intuito de legalizar a prática do aborto no Brasil, desprezando as normas penais ordinárias vigentes, a clara vontade popular e a própria Constituição que defende a vida e a dignidade humanas, afora o Pacto de São José da Costa Rica, que estabelece a proteção da vida intrauterina desde a concepção, sem falar no Código Civil que ressalva os direitos do nascituro, vislumbra-se um abuso da liberdade e poder jurisdicional, ainda que no contexto de um hodierno neoconstitucionalismo. A alteração pretendida por via judicial não é de um ou alguns artigos de lei, mas de todo um sistema protetivo normativo e principiológico que advém da Constituição Federal, de Tratado Internacional sobre Direitos Humanos, do ordenamento penal e do ordenamento civil, isso sem falar na legitimação desse sistema pela vontade evidenciada da esmagadora maioria da população brasileira, sendo-se de lembrar que, segundo a própria Constituição, no “Título I – Dos Princípios Fundamentais”, fica estabelecido no artigo 1º., Parágrafo Único: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Na verdade, como já afirmou Guilherme Fiuza em crítica acerba contra outra decisão do STF, mais uma vez estão fazendo “a Constituição rebolar até o chão” (sic), movidos por influências ideológicas. [10]

É preciso lembrar, conforme indica Sarmiento que

“No Brasil, a dignidade da pessoa humana figura como ‘fundamento da República’ no art. 1º., inciso III, da Constituição brasileira. O princípio já foi apontado pela nossa doutrina como o ‘valor supremo da democracia’, como a ‘norma das normas dos direitos fundamentais’, como o ‘princípio dos princípios constitucionais’, como o ‘coração do patrimônio jurídico – moral da pessoa humana’. O reconhecimento da centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana é recorrente na jurisprudência brasileira, tendo o STF afirmado que se trata do ‘verdadeiro

valor – fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país”. (...).

Essa importância atribuída à dignidade da pessoa humana no Brasil e no constitucionalismo global deve ser saudada como sinal de avanço civilizatório. Afinal, trata-se de princípio profundamente humanista, baseado na valorização da pessoa e comprometido com a garantia dos seus direitos básicos contra todas as formas de injustiça e opressão. Portanto, é promissor que tal princípio tenha passado a desempenhar papel de destaque nos ordenamentos jurídicos contemporâneos”. [11]

É bem verdade que o próprio autor sob comento destaca a fluidez e dubiedade da expressão “dignidade da pessoa humana”, sendo possível seu aceno, na questão do aborto, seja para a defesa da vida intrauterina, seja como argumento em prol da mulher que pretende abortar. Na realidade essa espécie de argumentação dúbia tem sido comum no debate sobre o tema específico. [12]

Há que observar, contudo, que nos movemos atualmente no domínio quase hegemônico do neoconstitucionalismo, conforme já anteriormente exposto. Fato é que esse pensamento também indica que as Constituições nacionais não podem ser interpretadas e aplicadas de forma isolada, desconsiderando o contexto de acordos internacionais, os quais passam a também integrar o universo normativo dos Estados independentes com uma grande mudança do conceito de soberania. [13]

Como pontua Neves:

“A emergência de ordens jurídicas internacionais, transnacionais e supranacionais, em formas distintas do direito internacional público clássico, é um fato incontestável que vem chamando a atenção e tornando-se cada vez mais objeto do interesse de estudos não apenas de juristas, mas também de economistas e cientistas sociais em geral. O que intriga a ‘ciência’ jurídica tradicional é a pretensão dessas novas ordens jurídicas de se afirmarem impreterivelmente, seja como ordens jurídicas que prescindem do Estado, seja

como ordens jurídicas que prevalecem contra os Estados, pondo em xeque o próprio princípio da soberania estatal, viga mestra do direito internacional público clássico. É nesse contexto que surge a discussão sobre Constituições transversais além do Estado, no âmbito da qual não é suficiente a referência nem à noção de juridificação nem a um conceito histórico – universal de Constituição, pois está em jogo a controvérsia sobre o surgimento de instituições que configurem equivalentes funcionais à Constituição transversal do Estado constitucional”. [14]

Nesse passo o neoconstitucionalismo e o transconstitucionalismo, ao menos no que se refere à questão do aborto, apontam para a manutenção do sistema protetivo da vida intrauterina no Brasil, inclusive servindo de parâmetro para a devida compreensão do “Princípio da Dignidade Humana”. Acontece que, como já exposto neste texto, a defesa da vida e da dignidade humanas estampadas em nossa Constituição Federal (artigo 1º., III c/c artigo 5º., “caput”) devem, segundo esse referencial teórico, harmonizar-se com o ordenamento jurídico internacional a que o Brasil aderiu, mais especificamente ao Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), o qual é explícito na proteção à vida humana “desde o momento da concepção” (artigo 4º., n. 1).

Esse é o arcabouço normativo que orienta o conceito de pessoa no Brasil, interna e externamente, esse é o nosso referencial jurídico que, obviamente, se assenta sobre referenciais teóricos, emocionais, filosóficos, antropológicos etc. Como explica Betioli:

“A pergunta sobre o começo da *pessoa* é filosófica, porque pessoa é um conceito e não uma estrutura biológica. Cabe, pois, à filosofia, ao direito, à teologia e à política responder essa questão”. [15]

Ademais, também advém do mesmo referencial teórico a constatação de que uma ordem jurídica, inclusive constitucional, somente se legitima internamente se calcada na vontade popular. Voltando a Neves:

“Não se legitima *internamente* no sistema político democrático a decisão que se funda na asserção ou no

argumento de que o povo errou ou não está em condição de tomar decisões. Salvo se houver desrespeito às regras do jogo, o povo constitucional é o limite da democracia, embora esteja envolvido na circulação e contracirculação do poder. Se o povo como instância procedimental é questionado ou os correspondentes procedimentos deturpados, a democracia como racionalidade do sistema político é abolida ou, no mínimo, está em crise". [16]

Não há, portanto, falar em procedimento democrático quando o STF admite sequer a discussão de uma ADPF apresentada por partido de representação pífia, em oposição à notória tendência da esmagadora maioria dos brasileiros e ainda para pretender tomar uma decisão manipulativa, atuando como legislador positivo, construindo e não interpretando e aplicando as normas legais. Tudo isso em franca oposição a uma harmônica e correta interpretação sistemática das normas legais ordinárias, constitucionais e internacionais que regem a temática, sem falar na violação constitucional à tripartição dos poderes enquanto Princípio Fundamental (inteligência do artigo 2º., CF).

Retomando a questão da dignidade humana e retornando ao escólio de Sarmiento, importa salientar que esse conceito, se deturpado e utilizado de forma parcial, torna-se "problemático sob a perspectiva democrática, pois permite que juízes não eleitos imponham seus valores e preferências aos jurisdicionados, passando muitas vezes por cima das deliberações adotadas pelos representantes do povo". [17]

Parece que o STF não está muito preocupado com o respeito aos sentimentos e convicções morais, sociais e humanos de seus jurisdicionados, procurando, isto sim, impor a vontade de parte de seus integrantes, mesmo diante de uma visível inadequação à legislação interna e externa nesse processo. Bem mais visível é que os Ministros do STF procuram subordinar "a própria Constituição àquilo que eles acreditam ser justo e correto. A lei, para esse grupo, só é entendida como ferramenta ou como obstáculo, conforme ela esteja a seu favor ou contra ele". [18] Mas, é preciso lembrar que o STF é apenas um "guarda da Constituição" e não o "seu dono", conforme bem afirmou o Ministro Marco Aurélio em voto vencido no RE 778889.

E não se diga que o Direito nada tem a ver com sentimentos morais, já que esse princípio fundamental da dignidade humana jamais pode perder seu conteúdo moral, sob pena de total esvaziamento.

Novamente vale a manifestação de Sarmiento:

“A dignidade humana, em síntese, de mera proclamação religiosa e filosófica converteu-se em princípio jurídico vinculante da mais elevada estatura, mas isso não a privou da sua dimensão moral. Pelo contrário, a sua positivação é parte importante do fenômeno de abertura do Direito à leitura moral”. [19]

Nossa Constituição e tratados internacionais sobre Direitos Humanos a que o Brasil aderiu não se apegam a uma visão organicista ou coletivista em que o ser humano seja algo descartável como peça de uma engrenagem. O valor intrínseco de cada ser humano é defendido, não havendo conflito entre a obediência às normas constitucionais e convencionais e “o respeito aos princípios morais mais fundamentais”. [20]

Ter a pretensão de burlar toda essa principiologia constitucional e inclusive suas bases morais, tende à expedição de uma verdadeira decisão de “revisão constitucional” pelo Poder Judiciário de forma arbitrária. Nesse passo, procede-se de maneira a promover alterações informais na Constituição por meio de suposta “interpretação”. A “interpretação” é um pretexto para modificar “substancialmente” a constituição e outras legislações, num anômalo exercício de “legislador positivo” por parte do Judiciário. Age o Judiciário como um “legislador positivo constitucional”, alterando o “conteúdo ou o alcance da norma constitucional”, tal qual fosse ele um “constituinte, promovendo emendas à margem do procedimento de revisão formal pelo Legislativo”. No limite, chega a pretender atuar (como é o caso estudado neste texto) “como legislador constituinte originário”, com intento de alterar “o núcleo essencial do conteúdo ou alcance de cláusulas pétreas, insuscetível de revisão formal”. [21] É exatamente o que ocorre neste caso, porque tem relação com a perversão dos Princípios e Garantias Fundamentais inscritos nos artigos 1º, III; 2º. e 5º., “caput”, CF em sua harmonia com o artigo 4º. , n. 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Opera-se um esquecimento voluntário do que Frankenberg chama de “método legislativo de técnica de Estado”, cuja função é “realizar a transição do exercício pessoal do poder para o exercício impessoal do poder, ou seja, mediado pela lei”. Um governo que é de “leis” e não de “homens”, tal como na “tradição constitucional estadunidense” (“government of laws and not men”). [22]

Morais expõe o mal ínsito a esse tipo de decisão judicial:

“Trata-se de sentenças que alargam, por força de uma operação interpretativa, o objeto da norma constitucional existente, à margem do texto e da vontade expressa ou implícita do legislador constitucional, acabando por gerar, de fato, ‘novas’ normas e até novos regimes normativos, com pretensão valor constitucional”. [23]

É impossível fechar os olhos à literalidade notória dos dispositivos constitucionais e, especialmente da normativa convencional supra mencionada, com a qual conformam um sistema. Passar sobre a literalidade da legislação não é algo que se possa fazer impunemente, não quando se pretende manter ou mesmo construir um chamado “Estado Democrático de Direito”.

Na lição de Ramos:

“O texto normativo é, pois, ao mesmo tempo, o ponto de partida do processo hermenêutico e o mais expressivo balizador de seus resultados. Conforme observa Konrad Hesse, o limite da textualidade ‘é pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder da Constituição’ e se, por um lado, ‘inclui a possibilidade de uma mutação constitucional por interpretação’, por outro, ‘exclui um rompimento constitucional – o desvio do texto em cada caso particular – e uma modificação constitucional por interpretação’. E arremata seu pensamento sentenciando que ‘onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão modifica ou rompe a Constituição’. [24]

E ainda no escólio de Müller:

"O teor literal demarca as fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido, i.e. funcionalmente defensáveis e constitucionalmente admissíveis. (...). Decisões que passam claramente por cima do teor literal da Constituição não são admissíveis" (grifos no original). [25]

Fato é que não se pode olvidar os variados aspectos ou conceitos por meio dos quais uma Constituição deve ser encarada (v.g. sociológico, político, jurídico), não parecendo que nenhum deles, isoladamente, possa abarcar o sentido pleno da Lei Maior. [26] A partir do momento em que a vontade constituinte expressa é desprezada numa total informalidade, esta realmente se torna nada mais que uma "Constituição de papel", na famosa ilustração de Lassalle. [27] Com ele podemos afirmar que as questões constitucionais não são primordialmente de Direito, mas de Poder. A Constituição verdadeira de um país tem por fonte e fulcro "os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem". Sua letra deve ser observada e terá valor e durabilidade apenas e tão somente quando exprimir "fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social". [28] Em suma, a visão sociológica da Constituição nos ensina que as normas fundamentais não podem ser objeto de manipulação irresponsável, pois que permeadas e sustentadas por um substrato real de poder sem o qual ou contra o qual nada podem ideologias barulhentas, ativismos ou criações artificiais. E, no caso brasileiro, embora haja uma parcela "intelectual" (sic) que, erroneamente, imputa ao *conservadorismo* uma espécie de sentido pejorativo, [29] é fato concreto que nossa população, de onde provém a legitimação de qualquer lei, é e sempre foi esmagadoramente conservadora e prudente. [30] Donde se pode afirmar que achques revolucionários e bruscos, especialmente à margem das instituições e suas regras não são bem vindos.

Pode-se afirmar

"que o STF vem procedendo a mudanças informais na Constituição pela via interpretativa, exorbitando da sua atribuição de guardião da Constituição.

O decantado '*poder constituinte difuso*' é, por natureza, limitado, não autorizando a reformulação da Constituição com a abrangência que se lhe vem emprestando. A liberdade interpretativa do STF é limitada pela própria natureza de sua

função de *guardião*, e não de *senhor* da Constituição. A criatura (STF) não pode *deformar* o seu criador (Constituição). O papel contramajoritário do STF não pode jamais ser exercido *contra a vontade objetiva da Constituição*. Se a Suprema Corte procede *ultra vires* e abusa de sua prerrogativa quanto ao **'monopólio da última palavra'** em matéria de interpretação constitucional, o Estado de Direito e a Democracia periclitam". [31]

É somente por meio de uma série de distorções materiais (v.g. conceito de dignidade humana) e formais (v.g. violação à tripartição dos poderes), que se pode imaginar uma instrumentalização do Judiciário para legalizar o aborto por via de uma ADPF, burlando a vontade popular e de seus representantes legítimos.

Angotti Neto bem ilustra essas distorções:

"A expressão 'direitos reprodutivos' merece atenção especial, pois de reprodutivos nada tem de fato, a não ser que o direito de reproduzir significasse o direito de evitar um aborto para a criança, fruto da reprodução, nascer.

Contudo, a expressão é utilizada para comunicar a vontade de destruir fetos e bebês, justamente fruto da reprodução.

É como se eu intentasse a ridícula expressão 'direitos dietéticos' para fazer uma greve de fome ou 'direitos sexuais' para em seguida optar pelo celibato. (...).

O nome adequado deveria ser 'direito ao extermínio'. Pena que o nome não seria lá muito politicamente correto, embora, com certeza, muito mais veraz.

A coisa fica ainda mais louca quando engenheiros sociais classificam os 'direitos reprodutivos' como 'direitos humanos universais', o que equivale a dizer: é 'direito universal' do ser humano matar outro ser humano e eliminar a possibilidade de o outro exercer qualquer outro direito neste plano existencial". [32]

Note-se que há uma tremenda distorção, perversão e violação também de outros princípios nessa tentativa de burla. São visíveis as lesões à proporcionalidade e à igualdade quando “seres” humanos, apenas devido à fase de desenvolvimento, são tratados de forma tão desigual, uns são reificados (tratados como “coisas”), enquanto outros são tutelados com direitos absolutos.

Como é possível pensar que nesse quadro dantesco a dignidade da pessoa humana estaria cumprindo a função que Habermas lhe atribui, qual seja, de “algo como um portal por meio do qual o conteúdo igualitário – universalista da moral é importado ao direito”. [33]

A dignidade humana não pode ser entendida de forma egocêntrica, mas relacional. No entanto, isso vai se tornando cada vez mais difícil quando o pensamento contemporâneo se permite uma “inversão interior” por meio da qual “a vontade se arroga um direito de conquista onde somente à inteligência cabe o primado”. Consequentemente “a inteligência perde a liberdade e a vontade então convence o sujeito que ele é um livre pensador” e sua liberdade autocentrada lhe permite, em nome de uma suposta dignidade, simplesmente dispor de “seres” humanos para satisfazer seus desejos ou amenizar suas dificuldades. [34] Esse voluntarismo egoísta com que se pretende sustentar uma ADPF, acenando com uma perversão do Princípio da Dignidade Humana, deriva de um problema sumamente grave na atualidade, que é a “incapacidade de ver o sentido profundo e verdadeiro das coisas”. [35]

Como aduz Angotti Neto:

“A expectativa hedonista de livrar a pessoa do desconforto, mesmo que ao custo da vida alheia e da impossibilidade de sentir empatia ou imaginar o que é a vida alheia, nos levará ao fim da civilização. (...).

O hedonismo e a elevação do prazer imediato subjetivista acima de fatos e seres concretos, por meio da relativização dos valores mais profundos e centrais, estão destruindo tudo.

Agora, sacrificamos nossos filhos e fingimos que nada acontece. Em breve, todos seremos sacrificados, e ninguém se lembrará do quanto valem. Afinal, sobrarão algo valioso

em nós e legado por nós para justificar a lembrança de quem somos”? [36]

A dignidade humana não é dotada de apenas uma face, aquela geradora de direitos e garantias, mas também de outra, aquela geradora de deveres para com os outros. Tem um aspecto importante que a converte também em “dever ou encargo”, capaz de fundamentar a limitação da liberdade individual, de forma a fazer com que as pessoas vivam e ajam de modo digno e também permitam o gozo dessa mesma dignidade a outros “seres” humanos. Viver dignamente não é exercer uma liberdade egocêntrica, mover-se tão somente pelo império da “vontade”, viver dignamente também compreende a responsabilidade pelo reconhecimento da dignidade humana nos outros seres humanos. [37] Isso sob pena de, ao contrário, acabar vendo “sufocada a piedade pelo hábito”, [38] incapacitando qualquer empatia para com, por exemplo, um feto humano, ao ponto de sobrepor à sua vida e potenciais, uma vontade, um capricho ou mesmo a fuga de uma dificuldade.

A visão que reduz o alcance da dignidade humana, da proteção da vida humana e do próprio conceito de pessoa, alijando o feto de tutela não se coaduna, conforme já demonstrado, com não apenas uma norma interna, mas com todo um sistema constitucional, ordinário e, mais evidentemente ainda, convencional. Pretender fazer um malabarismo jurisprudencial para alterar esse quadro notório é imoral, ilegal, antidemocrático e inconstitucional, seja formal, seja materialmente.

O que se pretende é afastar a possibilidade do “reconhecimento” do feto ou embrião, da vida intrauterina humana como aquele “outro” que merece consideração relacional e se habilita como “pessoa”. Eis o truque para desconsiderar o Pacto de São José da Costa Rica e toda sua necessária interpretação sistemática com a legislação constitucional e ordinária interna do Brasil.

Todorov esclarece que “o reconhecimento marca, mais que qualquer outra ação, a entrada do indivíduo na existência especificamente humana”. [39] Sem o reconhecimento são possíveis o descarte, a crueldade, a instrumentalização, a reificação e a indiferença.

Reconhecer neste contexto não é meramente identificar, mas valorizar e respeitar a pessoa. [40] Dessa forma, a falta de reconhecimento ou o reconhecimento pervertido ou deturpado conduz à diminuição, ao desrespeito, à desconsideração que degrada e compromete a relação humana. [41]

Mas, a tentativa de negar esse necessário reconhecimento, mesmo diante da letra clara da normativa, somente se lastreia em manobras eufemísticas e ocultações, senão em verdadeiras falsificações. Conforme demonstra Angotti Neto:

“Normalmente chamarão o feto por nomes bem técnicos e desumanos como: produto da gravidez, concepto ou consequência indesejada. Chamar o feto de criança, ser humano ou – horror – admitir tratar-se de uma pessoa, trará imenso desconforto, ao gerar na consciência o choque da realidade que precede a capacidade de analisar o assunto com inteligência.

Para que imaginemos o quanto a apreensão dessas realidades pode mexer com o imaginário de alguém, basta nos lembrarmos da história de vida do rei do aborto, o médico Bernard Nathanson. Ao observar a reação do feto a um abortamento por meio de ultrassonografia, o médico aborteiro ficou profundamente perturbado. Aquele que não passava de uma abstração, um pequeno refugio a ser removido sem muita preocupação, assumiu rapidamente a posição de paciente a ser cuidado. Seus movimentos, suas reações e sua face ganhavam duas dimensões no aparelho e três dimensões na imaginação.

Para os abortistas, é melhor não falar mesmo do feto, não entrar muito no mérito da questão e no excesso de detalhes biológicos e sociais. Quanto menos conhecimento, mais fácil será fingir que o pequeno homem, ou a pequena mulher, não passa de um alienígena distante e desconhecido”. [42]

É interessante observar como uma ideologia se sobrepõe a qualquer contradição interna. Os mesmos que advogam o secularismo e o cientificismo,

renegam as verdades reveladas pela moderna genética e biologia, bem como as imagens concretas e irrefutáveis tornadas possíveis por meios de aparelhos como o ultrassom. Preferem manterem-se cegos num primitivismo autoimposto a fim de não abrirem mão de suas intocáveis vontades.

Outro aspecto interessante é que grande parte da esquerda que defende a legalização do aborto, se empertiga na defesa dos animais sob o argumento de que são “seres sencientes”, ou seja, capazes do prazer e dor. E isso seria, no caso dos animais, suficiente para praticamente equipará-los a pessoas e promover o seu “reconhecimento”. Não obstante, sabe-se que é cientificamente comprovado pela moderna embriologia que os fetos e recém – nascidos prematuros têm uma sensibilidade maior do que um adulto à dor. Eles então não somente são “seres sencientes”, mas também são mais sencientes do que uma pessoa formada. [43] Mas, nada disso sensibiliza aqueles que teimam em não reconhecer o feto como integrante da intersubjetividade. Esta pode processar-se com animais, mas não com seres humanos em sua fase intrauterina. E isso mesmo diante do seguinte fato:

“O *status* humano é questão genética e científica muito bem estabelecida. Ninguém no meio acadêmico sério, ainda que fosse o mais radical abortistas instruído, levantaria a hipótese de um feto não ser humano. É humano no sentido ontológico e genético a partir do momento da concepção. O que está em discussão é quais humanos podemos matar e quais não podemos. Fetos humanos não se tornam tatus ou samambaias, eles se desenvolvem em pessoas adultas, crianças, idosos, e todas essas categorias são categoria de seres humanos”. [44]

Não sem razão Goethe afirma que a história é “o quadro dos crimes e das misérias da humanidade”. [45] E o poeta inglês Mathew Green descreve uma “profecia, que sonha uma mentira, na qual os tolos creem e os patifes põem em prática”. [46]

A estreiteza de pensamento, incapaz de enxergar as enormes contradições em que se move a ética chamada pós – moderna, vai ainda mais longe se for observado o tema tão difundido do reconhecimento dos “Direitos das Futuras

Gerações”, integrando-se entre os chamados “Direitos de terceira ou quarta geração”. [47] É reconhecido o direito de alguém que sequer existe em qualquer plano, em qualquer fase de desenvolvimento e negado o direito à própria existência de um ser humano já concebido!

Como expõe Wolff:

“Nossa comunidade moral não se estende somente no espaço, a todos com os quais poderíamos estar em relação simétrica; ela se estende no futuro a todos cuja existência depende de nossa ação e com os quais estamos em relação assimétrica”. [48]

Note-se que o reconhecimento do dever ético perante o “outro” não depende de simetria, nem muito menos de reciprocidade [49], mas tão somente da humanidade do humano presente, futuro e, certamente, em formação. As espúrias exigências de simetria e reciprocidade quando se trata do tema do aborto pervertem e reduzem a amplitude da dignidade humana. O Pacto de São José da Costa Rica se funda em uma concepção escorregia da dignidade humana e sua literalidade não deixa dúvida quanto à imperatividade de seu preceito, sem margens para interpretações limitativas.

A eventual legalização do aborto, mediante um abusivo ativismo, ou até melhor, *militantismo* judicial, com infração à literalidade do sistema da legislação ordinária penal e civil em cotejo com a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica, pode justificar uma legítima reação do Poder Legislativo, devido à usurpação escandalosa de suas funções e, conseqüentemente, à violação da tripartição de poderes constitucionalmente estabelecida. A doutrina especializada chama essa reação de “Blacklash”. Conforme ensina Fernandes:

“Nessa perspectiva, o *blacklash* pode ser compreendido como uma forma de colaboração do legislador com o Tribunal: um *apelo* do legislador à *autocrítica* do Tribunal. Assim como o Tribunal emite decisões de apelo ao legislador, este também pode dialogar com o tribunal pela via da reedição de lei de conteúdo idêntico ou similar ao de lei declarada inconstitucional. Mesmo diante do elevado risco de nova declaração de inconstitucionalidade, a

mensagem exortativa é clara. E pode conter a ameaça implícita de uma reação mais incisiva, pela via de uma emenda constitucional, por exemplo”. [\[50\]](#)

Em suma, é possível por meio desse procedimento restaurar a usurpação cometida com o abusivo ativismo ou militantismo judicial, recompondo a tripartição de poderes e, juntamente com ela, o Estado Democrático de Direito.

3-CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho foi questionada a legitimidade da ADPF 442 apresentada perante o STF pelo Partido Político PSol, visando a legalização do aborto no Brasil.

A falta de representatividade popular do próprio partido envolvido e, principalmente, da ideia ali defendida foi apresentada como sério argumento para que sequer se cogitasse do conhecimento do pleito.

Inobstante, o STF acatou o pedido de conhecimento e instalou um procedimento de audiências públicas prévias ao efetivo julgamento do caso. Nessas audiências também se verificou a irregularidade patente da aceitação como “Amicus Curiae” de entidades promotoras do aborto e divulgadoras de meios abortivos com atuação inclusive em território nacional, infringindo as leis vigentes e, até o momento, válidas. Entidades, portanto, que claramente praticam crimes e contravenções penais em território nacional, ligadas à questão do aborto e do anúncio de meios abortivos, são admitidas como “amigas da corte” (na tradução literal da expressão), revelando escandalosa parcialidade na apreciação da matéria já em seu início.

Finalmente foi analisada a legislação brasileira sob o ângulo ordinário, constitucional e convencional, restando evidente que a vida humana é tutelada em nosso país desde a sua concepção, não havendo espaço para alterações que não infrinjam a legalidade e a tripartição de poderes. Ademais, o conceito constitucional de “dignidade humana”, como “Princípio Fundamental”, embora sujeito a interpretações equívocas (reducionistas ou mesmo extensivas demais), certamente alcança o ser humano a partir da concepção, pois que os dispositivos constitucionais relativos à proteção do direito à vida humana e da dignidade

humana somente podem ser corretamente delineados em conjunto harmônico com o dispositivo convencional do Pacto de São José da Costa Rica.

No caso de eventual decisão esdrúxula da Suprema Corte, caberá a reação do legislador na qualidade de legítimo representante da vontade popular, reiterar a criminalização do aborto na forma como se encontra em nosso ordenamento, bem como o reconhecimento dos direitos do nascituro, inclusive os mais básicos que são os direitos à vida e à existência. Deverá o Legislativo demonstrar ao Judiciário que houve abuso ativista e, se a reiteração da legislação ordinária não for o suficiente para provocar uma autocrítica do Judiciário, então uma emenda constitucional deverá ser elaborada, não deixando margem para qualquer dúvida ou desconstrução por meio de expedientes exóticos e impertinentes.

4-REFERÊNCIAS

ANGOTTI NETO, Hélio. *Disbioética Volume III: O extermínio do amanhã*. Brasília: Monergismo, 2018.

ASSY, Behânia, FERES JÚNIOR, João. Reconhecimento. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

BARBOSA, Renan, DRECHSEL, Denise. Novas Pesquisas confirmam que brasileiro é contra o aborto. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/novas-pesquisas-confirmam-que-brasileiro-e-contra-o-aborto-5gld9xyv0eztairju3oldlp05/>, acesso em 05.01.2019.

BARRETO, Vicente Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos*. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BARRETO, Waldemir. Composição do Senado salta de 15 para 21 partidos em 2019. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/01/03/composicao-do-senado-salta-de-15-para-21-partidos-em-2019>, acesso em 05.01.2019

BARROSO, Luís Roberto. A tragédia de Júlio César: poder, ideal e traição. In: PACHÁ, Andréa, et al. *Ele, Shakespeare, visto por nós, os advogados*. Rio de Janeiro: Edições Rio de Janeiro, 2017.

BETIOLI, Antonio Bento. *Bioética a ética da vida*. 2ª. ed. São Paulo: LTr, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

CARPEAUX, Otto Maria. *A Cinza do Purgatório*. Balneário Camboriú: Danúbio, 2015.

CORÇÃO, Gustavo. *A Descoberta do Outro*. Campinas: Vide Editorial, 2017.

COUTINHO, João Pereira. *As ideias conservadoras explicadas a revolucionários e reacionários*. São Paulo: Três Estrelas, 2014.

FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro – possibilidades, limites e parâmetros*. Salvador: Juspodivm, 2018.

FIUZA, Guilherme. *Manual do Covarde*. Rio de Janeiro: Record, 2018.

FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado*. Trad. Gercelia Mendes. São Paulo: Unesp, 2018.

FRASER, Nancy. From redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a 'postsocialist' age. In: IDEM. *Justice Interruptus: critical reflections on the 'postsocialist' condition*. New York: Routledge, 1997.

GRAY, John. *Missa Negra*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2008.

HABERMAS, Jürgen. O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos. In: IDEM. *Sobre a Constituição da Europa*. Trad. Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2012.

JONAS, Hans. *El Principio de Responsabilidad*. Trad. Javier Maria Fernández Retenaga. Barcelona: Herder, 1995.

LASSALLE, Ferdinand. O que é uma Constituição? Trad. Leandro Farina. Campinas: Minelli, 2003.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo> , acesso em 05.01.2019.

MELO, Débora. Psol passa a ter 10 deputados na Câmara Federal. Disponível em <https://www.pragmatismopolitico.com.br/2018/10/psol-deputados-camara-federal.html> , acesso em 05.01.2019.

MERCADANTE, Paulo. *A consciência conservadora no Brasil*. Rio de Janeiro: Saga, 1965.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional: o direito do contencioso constitucional*. Tomo II. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Trad. Peter Naumann. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NOELLE – NEUMANN, Elisabeth. *A Espiral do Silêncio*. Trad. Cristian Derosa. Florianópolis: Estudos Nacionais, 2017.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2017.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TODOROV, Tzvetan. *A vida em comum: ensaio de antropologia geral*. Trad. Maria Angélica e Norma Wimmer. São Paulo: Unesp, 2013.

TRIGO, Luciano. *Guerra de Narrativas*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2018.

WOLFF, Francis. *Três Utopias Contemporâneas*. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Unesp, 2018.

NOTAS:

[1] O Psol tinha na última legislatura apenas 6 deputados eleitos. Agora subiu seu número para 10 deputados, o que não o retira da zona de baixíssima representatividade. Cf. MELO, Débora. Psol passa a ter 10 deputados na Câmara Federal. Disponível em <https://www.pragmatismopolitico.com.br/2018/10/psol-deputados-camara-federal.html> , acesso em 05.01.2019. Outro fator importante é que o Psol sequer tem representante (um único) no Senado. Cf. BARRETO, Waldemir. Composição do Senado salta de 15 para 21 partidos em 2019. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/01/03/composicao-do-senado-salta-de-15-para-21-partidos-em-2019> , acesso em 05.01.2019. Note-se que mesmo com a junção com outros partidos de esquerda, o projeto não teria viabilidade no Congresso Nacional.

[2] Cf. BARBOSA, Renan, DRECHSEL, Denise. Novas Pesquisas confirmam que brasileiro é contra o aborto. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/novas-pesquisas-confirmam-que-brasileiro-e-contra-o-aborto-5gld9xyv0eztairju3oldlp05/> , acesso em 05.01.2019.

[3] NOELLE – NEUMANN, Elisabeth. *A Espiral do Silêncio*. Trad. Cristian Derosa. Florianópolis: Estudos Nacionais, 2017, p. 39.

[4] Op. Cit., p. 65.

[5] FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro – possibilidades, limites e parâmetros*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 318.

[6] MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo> , acesso em 05.01.2019.

[7] In: FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro – possibilidades, limites e parâmetros*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 8.

[8] FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro – possibilidades, limites e parâmetros*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 16.

[9] Op. Cit., p. 16.

[10] FIUZA, Guilherme. *Manual do Covarde*. Rio de Janeiro: Record, 2018, p. 143.

[11] SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 14 – 15.

[12] Op. Cit., p. 16. O autor aponta temas controversos em que a dignidade da pessoa humana acaba sendo utilizada dos dois lados do debate: aborto, prostituição, pornografia, eutanásia etc.

[13] Frise-se, contudo que a perda de força dos Estados não se deu tão intensamente como previam os cientistas políticos. Como aduz Gray, “a ideia de que o Estado Soberano estava chegando ao fim era absurda”. Cf. GRAY, John. *Missa Negra*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2008, p. 150.

[14] NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 83.

[15] BETIOLI, Antonio Bento. *Bioética a ética da vida*. 2ª. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 77.

[16] NEVES, Marcelo, Op. Cit., p. 70.

[17] SARMENTO, Daniel, Op. Cit., p. 18.

[18] TRIGO, Luciano. *Guerra de Narrativas*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2018, p. 230.

[19] SARMENTO, Daniel, Op. Cit., p. 58.

[20] Op. Cit., p. 70.

[21] FERNANDES, André Dias, Op. Cit., p. 83.

[22] FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado*. Trad. Gercelia Mendes. São Paulo: Unesp, 2018, p. 33.

[23] MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional: o direito do contencioso constitucional*. Tomo II. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 422. Pode-se afirmar que Canotilho também é avesso a essa espécie de atuação judicial, salvo em casos excepcionais. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito*

Constitucional e Teoria da Constituição. 7^a. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 1018 – 1020.

[24] RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 168.

[25] MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Trad. Peter Naumann. 3^a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 64 – 65.

[26] NUNES JÚNIOR, Flávio Martins. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2017, p. 130 – 140.

[27] LASSALLE, Ferdinand. O que é uma Constituição? Trad. Leandro Farina. Campinas: Minelli, 2003, p. 64.

[28] Op. Cit., p. 79.

[29] Cf. COUTINHO, João Pereira. *As ideias conservadoras explicadas a revolucionários e reacionários*. São Paulo: Três Estrelas, 2014, "passim".

[30] Cf. MERCADANTE, Paulo. *A consciência conservadora no Brasil*. Rio de Janeiro: Saga, 1965, "passim".

[31] FERNANDES, André Dias, Op. Cit., p. 171.

[32] ANGOTTI NETO, Hélio. *Disbioética Volume III: O extermínio do amanhã*. Brasília: Monergismo, 2018, p. 55 – 56.

[33] HABERMAS, Jürgen. O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos. In: IDEM. *Sobre a Constituição da Europa*. Trad. Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2012, p. 17.

[34] CORÇÃO, Gustavo. *A Descoberta do Outro*. Campinas: Vide Editorial, 2017, p. 83.

[35] Op. Cit., p. 203.

[36] ANGOTTI NETO, Hélio, Op. Cit., p. 100 – 101.

[37] BARRETO, Vicente Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos*. 2^a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 63 -77.

[38] A frase é da “Tragédia de Julio Cesar”, de William Shakespeare. Cf. BARROSO, Luís Roberto. A tragédia de Júlio César: poder, ideal e traição. In: PACHÁ, Andréa, et al. *Ele, Shakespeare, visto por nós, os advogados*. Rio de Janeiro: Edições Rio de Janeiro, 2017, p. 52.

[39] TODOROV, Tzvetan. *A vida em comum: ensaio de antropologia geral*. Trad. Maria Angélica e Norma Wimmer. São Paulo: Unesp, 2013, p. 115.

[40] ASSY, Behânia, FERES JÚNIOR, João. Reconhecimento. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 705.

[41] FRASER, Nancy. From redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a ‘postsocialist’ age. In: IDEM. *Justice Interruptus: critical reflections on the ‘postsocialist’ condition*. New York: Routledge, 1997, p. 11 – 40.

[42] ANTOTTI NETO, Hélio, Op. Cit., p. 50.

[43] Op. Cit., p. 52.

[44] Op. Cit., p. 62 – 63.

[45] Apud, CARPEAUX, Otto Maria. *A Cinza do Purgatório*. Balneário Camboriú: Danúbio, 2015, p. 31.

[46] Apud, Op. Cit., p 74.

[47] Cf. JONAS, Hans. *El Principio de Responsabilidad*. Trad. Javier Maria Fernández Retenaga. Barcelona: Herder, 1995, “passim”.

[48] WOLFF, Francis. *Três Utopias Contemporâneas*. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Unesp, 2018, p. 42. E o mesmo autor nega o dever de reconhecimento do feto e até de humanos moribundos existentes mais adiante em sua obra. Ou seja, promove uma contradição interna incrível sem o perceber. Op. Cit., p. 68.

[49] JONAS, Hans, Op. Cit., p. 82.

[50] FERNANDES, André Dias, Op. Cit., p. 310.

A REMIÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA DE RESSOCIALIZAÇÃO DO REEDUCANDO: EXPERIÊNCIAS IMPLEMENTADAS NO ESTADO DO TOCANTINS

YURI ANDERSON PEREIRA JURUBEBA:

Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Especialista em Criminologia pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT). Especialista em Gestão do Judiciário pela Faculdade Educacional da Lapa (FAEL). Especialista em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Graduado em Direito pela Universidade Cândido Mendes (UCAM)¹.

RESUMO: Este trabalho se propôs a analisar a importância do instituto jurídico da remição como elemento indissociável da execução da pena privativa de liberdade, bem como de sua função ressocializadora, trazendo para apresentação os diversos projetos de iniciativa do Estado do Tocantins. Justifica-se o presente trabalho por entender que o Estado não tem dado a atenção que deveria à situação dos estabelecimentos prisionais, e não só às construções propriamente ditas das unidades, mas tudo que faz parte do sistema de execução penal em relação à execução da pena privativa de liberdade. O método de raciocínio utilizado para estudar o objeto em epígrafe foi o dedutivo. A pesquisa utilizou-se de levantamentos bibliográficos de leis, doutrinas, revistas especializadas, dissertações, artigos científicos e sítios da internet.

Palavras-chaves: Remição; Execução da pena; Ressocialização.

ABSTRACT: This work proposed to analyze the importance of the legal institution of redemption as an indissociable element the execution of a custodial penalty, well as its resocializer function, bringing to show the various projects initiated by the State of Tocantins. Justified this work by understanding

¹ Servidor efetivo e Assessor Jurídico de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins (TJTO). Atuação acadêmica e profissional direcionada à implantação de políticas públicas voltadas a melhoria da prestação jurisdicional.

that the State has not given the attention it should the situation of prison establishments, and not only the buildingsthemselves of units, but all part of the penal execution system regarding the executionof the a custodial penalty. The deductive reasoning method used to study the already mentioned object. The research used bibliographic searching in laws, doctrines, specialized magazines, dissertations, cientific articles and internet sites.

Keywords: Redemption; Execution of sentence; Resocialization.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. I. O APENADO EM FACE DA DEMOCRACIA E DOS DIREITOS HUMANOS. II. DO INSTITUTO JURÍDICO DA REMIÇÃO. III. A IMPORTÂNCIA DA REMIÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA DE RESSOCIALIZAÇÃO DO REEDUCANDO: BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DA LEGISLAÇÃO. IV. AS EXPERIÊNCIAS TOCANTINENSES COM O INSTITUTO DA REMIÇÃO. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Não é nenhuma novidade que o sistema penitenciário brasileiro, conquanto detenha natureza preventiva, retributiva e socializadora, tem deixado a desejar em todos esses aspectos.

Aliás, Michel Foucault, na sua obra *Vigiar e Punir* (2004, p. 29), já havia constatado, com absoluta precisão, a ineficácia do sistema penitenciário, pois, se diferente fosse, certamente não mais haveria a necessidade de se construir presídios. A questão perpassa uma análise puramente lógica.

Especialmente no que concerne à ressocialização do indivíduo, previsto como um direito do apenado e ligado à própria finalidade da pena como garantidora da liberdade social, é de se questionar onde reside a falha para que a reinserção do preso seja efetivada e o que pode ser feito para que tal direito seja garantido na sua inteireza.

A pena, por si só, é incapaz de cumprir tal finalidade, devendo-se a ela somar elementos outros que constituem moralmente um cidadão de bem, de

modo a (re)integrar estes indivíduos no meio social, através do esforço concentrado de todos os entes governamentais e não governamentais.

A reintegração do presidiário à sociedade, sob tal enfoque, esbarra em vários obstáculos quando restritos ao aspecto punitivo, os quais inviabilizam qualquer esforço institucional de recuperação do sujeito infrator. Nessa luta é preciso contar não apenas com uma estrutura carcerária suficiente a conferir condições aptas à subsistência do preso no momento em que é posto em liberdade, como também com o apoio da própria sociedade.

Sob essa perspectiva, deve-se ressaltar a importância do trabalho como uma atividade correcional essencial para preparar o apenado para o convívio social, sendo um direito e uma obrigação intimamente ligados à dignidade da pessoa humana, de modo a inserir o condenado no contexto do desenvolvimento econômico/social da comunidade, contribuindo para o bem comum, e servindo muitas vezes como um neutralizador dos males físicos e psicológicos da pena.

Inspirados por esse novo e nobre olhar lançado à ressocialização do apenado, surge no cenário do Estado do Tocantins, especificamente na cidade de Gurupi, a Lei Municipal nº 2.091/2013, que instituiu o sistema de bolsa auxílio aos internos que cumprem pena no regime semiaberto, tendo como contrapartida a mão de obra dos reeducandos.

A análise que ora se propõe vai ao encontro da importância do trabalho prisional como elemento indissociável da execução da pena privativa de liberdade, sem descurar da sua finalidade ressocializadora, trazendo para apresentação os diversos projetos de iniciativa do Estado do Tocantins, conforme veremos a seguir.

I. O APENADO EM FACE DA DEMOCRACIA E DOS DIREITOS HUMANOS

O Estado brasileiro contemporâneo traz como principais características ser democrático e de direito, inclusive com previsão constitucional logo no artigo primeiro.

A democracia é uma forma de governo em que o povo participa decisivamente da escolha dos seus governantes, através do processo de eleição,

estando todos os seus integrantes em patamar de igualdade quanto ao peso de sua participação.

Na República Federativa do Brasil, a democracia é exercida de forma representativa, uma vez que o povo escolhe seus governantes, bem como de forma direta, de maneira restrita às possibilidades expressas no art. 14 da Constituição Federal, englobando o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular e o Tribunal do Júri, presente no art. 5º, inciso XXXVIII.

O Estado Democrático de Direito exige que o Estado cumpra a lei que deve expressar os anseios de todos os cidadãos no gozo de seus direitos e prerrogativas, haja vista o seu dever de agir em favor destes, atendendo as reivindicações formuladas em prol do bem comum e previstas legalmente. Segundo José Afonso da Silva (2002, p. 119):

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.

Um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, Constituição Federal). Conforme ensina Alexandre de Moraes, este princípio:

[...] concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Este fundamento afasta a ideia de predomínio das

concepções transpessoalistas de Estado. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2010, p. 22)

José Afonso da Silva com observações de Gomes Canotinho e Vital Moreira:

Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-se a de direitos sociais, ou invocá-las para construir 'teoria do núcleo da personalidade' individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana". Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana. (SILVA, 2002, p. 105)

Para o ordenamento jurídico brasileiro, esse princípio deve servir como verdadeira viga mestra, uma vez que é núcleo essencial dos direitos fundamentais.

É preciso destacar, ainda, que a nossa Constituição também faz menção expressa à promoção e proteção dos direitos humanos quando afirma que sua prevalência constitui princípio que rege as relações internacionais do Estado brasileiro, " *ex vi*" do art. 4º, inciso II, da Carta Magna, ou ainda, quando estabelece no artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) que o Brasil propugnará pela formação de um Tribunal Internacional dos Direitos Humanos.

Assim, o Brasil somente pode ser considerado democrático se as autoridades públicas constituídas (legisladores, polícia, promotores de justiça e juízes) aplicarem o direito penal para resguardar amplamente o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como os princípios gerais de Direitos Humanos dos processados e dos condenados.

Impende ressaltar alguns Tratados Internacionais dos Direitos Humanos que têm objetivo de assegurar a melhor proteção possível ao ser humano, destacando no caso em tela, a situação do processado e do condenado.

O Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, foi ratificado pelo Brasil através do Decreto n. 678 de 06 de novembro de 1992. Seu artigo 5º, inciso VI traz que "as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados".

Com disposição no mesmo sentido, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos entrou em vigor, no Brasil, em 24 de abril de 1992, e em seu artigo 10, inciso III, menciona que o regime penitenciário deve ter, como objetivo principal, "a reforma e a reabilitação moral dos prisioneiros".

Em 10 de dezembro de 1948, foi proclamada, pela ONU (Organização das Nações Unidas), a Declaração Universal dos Direitos Humanos, tendo, dentre outros objetivos, o de efetivar o respeito dos direitos humanos.

Em seu artigo 5º, a Declaração impõe o respeito à integridade (física, psíquica e moral) de qualquer pessoa e o dever de não submeter ninguém a penas cruéis, desumanas ou degradantes, impondo, desta forma, o respeito a dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, compreende-se que o Estado, em seu poder de punir, é limitado pelos direitos fundamentais do ordenamento jurídico. Para tanto, a Lei nº. 7.210/84 (Lei das Execuções Penais) prevê diversos direitos dos detentos. Pode-se citar, como exemplo: direito a alimentação e vestimenta fornecidos pelo Estado; direito a ala arejada e higiênica; direito a visita da família e amigos; direito de escrever e receber cartas; direito a ser chamado pelo nome, sem nenhuma discriminação; direito a trabalho remunerado em, no mínimo, 3/4 (três quartos) do salário mínimo; direito a assistência médica; direito a assistência educacional; direito a assistência social; direito a assistência religiosa; direito a assistência judiciária e contato com advogado.

Dessa forma, estabelece-se o princípio da vedação do excesso de execução, segundo o qual deve-se oferecer ao condenado tratamento assentado no máximo respeito à sua integridade física e moral, com a preservação de direitos não atingidos pela sentença ou outra decisão judicial, reduzindo os efeitos da prisão e preparando-o para o retorno útil à sociedade.

Segundo o César Barros Leal:

A proclamação universal desses direitos, inobstante o descompasso entre seu ideário e a realidade, é necessária para o aperfeiçoamento da legislação interna de cada país e a persistente busca de modificação das políticas públicas que, deliberadamente ou por omissão, são responsáveis, em grande parte, pelas profundas deficiências da execução penal.

É inadmissível, sob todos os aspectos, o generalizado desprezo [...] pela condição humana do recluso, que é obrigado a viver em completo isolamento ou na convivência promíscua de outras pessoas, sem a separação que se exige como condição prévia para a individualização da execução da pena, em prisões superlotadas, num flagrante desrespeito às conquistas, duramente obtidas neste campo, no curso de séculos. (LEAL, 2001, p. 53).

Pelo exposto, como medida de Justiça, mostra-se necessário o reconhecimento de um tratamento humanitário ao preso, adequando o Direito

Penal ao Estado Constitucional Democrático de Direito, em respeito à invariante axiológica da dignidade da pessoa humana.

II. DO INSTITUTO JURÍDICO DA REMIÇÃO

As penas de que tratam este trabalho são aquelas que se fundam na privação ou diminuição do gozo de bens jurídicos imposta através do poder coercitivo do Poder Judiciário, como expressão de uma reprobção jurídica, objetivando a prevenção geral e especial, limitadas à medida de da culpabilidade do autor.

A aplicação da pena carrega, em si, diversos objetivos, envolvendo necessariamente as finalidades de retribuição e prevenção, esta última sob a perspectiva geral e individual.

A finalidade retributiva é fundada no livre arbítrio, exigindo apenas que o injusto e a culpabilidade sejam retribuídos de forma justa, equitativa e proporcionalmente para que o delinquente expie seu delito. Segundo Carmen Silva:

Com a aplicação da pena retributiva não se busca alcançar qualquer fim, mas apenas a realização da justiça. O crime é negado e expiado pelo sofrimento da pena. A pena compensa a culpa e está, portanto, voltada para o passado. (BARROS, 2001, p. 54)

Na teoria retributiva a aplicação da pena tem a exclusiva função de compensar, contrabalancear a culpa. A medida da pena é o crime e as consequências que a pena infringe deve ser equivalente ao mal causado pelo crime. Acrescenta a doutrinadora Carmen Silva:

Sustentam o pensamento retributivo as teorias de Kant e Hegel. Para Kant, a lei é um imperativo categórico e só se explica a aplicação da pena em razão do desrespeito à lei. Daí extrai Kant o festejado exemplo de que a pena haveria de ser executada, ainda que a sociedade se dissolvesse, para que fosse punido o último criminoso e o crime não recaísse sobre o povo. Já na dialética hegeliana, "a pena é a negação da negação do Direito". O crime é negado pelo sofrimento

da pena que, por sua vez, restabelece a ordem jurídica violada pelo crime. (BARROS, 2001, p. 54)

Todavia, em um ordenamento jurídico fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana, a pena não pode ter unicamente a finalidade retributiva. Evidencia-se, então, o caráter preventivo da pena.

A finalidade preventiva possui duas perspectivas de atuação: a primeira sobre a coletividade, também chamada de prevenção geral; a segunda sobre o indivíduo autor ou partícipe de uma infração penal, visando que este não volte a delinquir, chamada de prevenção especial.

Por sua vez, a prevenção geral possui o aspecto negativo (consistindo na intimidação genérica da coletividade por meio de aplicação das sanções) e o aspecto positivo (relacionado com a manutenção da fidelidade jurídica dos cidadãos com a normatização do Estado, seja pela valorização de determinados bens jurídicos, seja pela constatação de que o Direito efetivamente se aplica).

Por outro lado, a prevenção especial objetiva fazer que o indivíduo que já delinuiu não volte a delinquir, operando de três distintas formas: por meio da intimidação pessoal do condenado, através de sua neutralização decorrente de sua segregação compulsória e, por fim, por meio de sua ressocialização ou reintegração social. Em relação a esta última forma de operação da prevenção especial, ressalta Bruno de Moraes:

A função de reintegração social refere-se à aplicação e execução das penas restritivas de direitos e privativas de liberdade e consiste, basicamente, no efeito que se deseja obter, através da intervenção estatal, no sentido de criar estímulos, no condenado, para que ele não volte a delinquir após o cumprimento da pena imposta. (RIBEIRO, 2008, p. 35)

É exatamente o problema da função de reintegração social da pena privativa de liberdade que iremos abordar ao longo deste trabalho, evidenciando a importância do instituto da remição para a supracitada finalidade e verificando os projetos que vem ao encontro desta função.

A remição de penas é um instituto jurídico que tem como objetivo flexibilizar o cumprimento de penas privativas de liberdade, adaptando a pena abstrata ao caso concreto. Nas palavras da doutrinadora Carmen Silva de Moraes Bueno, a remição é "forma de individualização da pena que tende a diminuir a severidade da intervenção penal e reduzir os efeitos dissocializadores da pena privativa de liberdade, ao possibilitar a volta mais rápida do preso ao convívio social" (BARROS, 2001, p. 183).

Segundo o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt:

O instituto da remição de parte da pena pelo trabalho teve origem no Direito Penal Militar da guerra civil espanhola, na década de trinta, permanecendo no artigo 100 do Código Penal espanhol, apesar das contundentes críticas que o trabalho prisional vem recebendo atualmente no direito europeu.

O item 133 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal também relata a origem da remição:

O instituto da remição é consagrado pelo Código Penal Espanhol (art. 100). Tem origem no Direito Penal Militar da guerra civil e foi estabelecido por decreto de 28.05.1937 para os prisioneiros de guerra e os condenados por crimes especiais. Em 07.10.1938 foi criado um patronato central para tratar da "redención de penas por el trabajo" e a partir de 14.03.1939 o benefício foi estendido aos crimes comuns. Após mais alguns avanços, a prática foi incorporada ao Código Penal com a Reforma de 1944. Outras ampliações ao funcionamento da remição verificaram-se em 1956 e 1963.

A remição da pena é um instituto do ordenamento jurídico brasileiro previsto nos arts. 66, III, alínea "c", 126 a 130 da Lei de Execuções Penais (LEP - Lei nº 7.210/84). O trabalho do recuperando está previsto no Código Penal em seu art. 39 e disciplinado nos arts. 28 ao 37 da mesma lei.

Segundo este instituto, o condenado pode ter parte da pena considerada cumprida valendo-se do trabalho ou do estudo. O condenado resgata parte da

reprimenda que lhe foi imposta, diminuindo seu tempo de duração. A contagem de tempo referida será feita à razão de:

I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias;

II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.

Dispõe o art. 29, *caput*, da LEP que o trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo.

Nos termos do § 1º do art. 29 da LEP, o objetivo desta remuneração é garantir: a) a indenização dos danos causados pelo crime, quando determinados judicialmente e não reparados por outro meio; b) a assistência à família; c) as pequenas despesas pessoais do preso; d) o ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a sua manutenção no sistema prisional, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da determinação prevista nas letras anteriores.

Dessa forma, o trabalho não é apenas um direito assegurado pelo Estado, mas um dever do recuperando, devendo ser realizado na medida de suas aptidões e capacidade (LEP, arts. 31, 39, inciso V, e 41, inciso II). Segundo consta da Exposição de Motivos da Lei Execução Penal, a norma do art. 39, que impõe a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e presos provisórios, reedita a garantia constitucional que integra a Constituição do Brasil desde 1967.

Trata-se, assim, de uma forma de minimizar a pena e, concomitantemente, uma maneira de facilitar a reinserção social do sentenciado. Além de servir de estímulo ao sentenciado, abreviando a condenação imposta, a remição também tem por finalidade a sua reeducação, preparando-lhe para a reinserção social, além de lhe disponibilizar formas de reabilitação para si mesmo e perante a sociedade.

Nos termos do art. 31, parágrafo único, da LEP, a execução de trabalho é facultativa pelo preso provisório, devendo ocorrer no interior do estabelecimento prisional. A hipótese de trabalho externo é prevista apenas para os condenados em definitivo, tendo sua autorização somente após preenchidos os requisitos previstos nos arts. 36 e 37 da LEP, quais sejam:

Art. 36. O trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina.

§ 1º O limite máximo do número de presos será de 10% (dez por cento) do total de empregados na obra.

§ 2º Caberá ao órgão da administração, à entidade ou à empresa empreiteira a remuneração desse trabalho.

§ 3º A prestação de trabalho à entidade privada depende do consentimento expresso do preso.

Art. 37. A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena.

Impende destacar que, segundo o voto do ministro Roberto Barroso na decisão que deu provimento ao recurso apresentado por José Dirceu relativo à realização de trabalho externo, o entendimento predominante nos tribunais locais e no Superior Tribunal de Justiça (STJ) é de que a restrição de cumprimento de um sexto da pena não se aplica aos presos em sistema semiaberto. Isso porque na maior parte dos Estados não é possível o exercício de trabalho interno, uma vez que não possuem colônias agrícolas, industriais ou assemelhadas para trabalho dos condenados. Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso:

Por todas essas razões, concluo que a exigência objetiva de prévio cumprimento do mínimo de um sexto da pena não se aplica aos presos que se encontrem em regime inicial semiaberto. Considero que impor tal exigência aos condenados no presente processo implicaria em alterar a jurisprudência vigente, estabelecendo um regime diferenciado e excepcional. Isso porque, como se procurou demonstrar até aqui:

a) há mais de 15 anos, o Superior Tribunal de Justiça, órgão encarregado de uniformizar a interpretação do direito federal, já sedimentou o entendimento de que o prévio cumprimento de um sexto da pena, para fins de trabalho externo, não se aplica aos que se encontrem em regime semiaberto;

b) seguindo essa orientação, os Tribunais de Justiça do Distrito Federal e do Estado de Minas Gerais, responsáveis pela execução direta das penas aplicadas aos agravantes, tampouco impõem essa exigência;

c) Boa parte da doutrina especializada defende o ponto de vista contrário ao da decisão aqui recorrida, sustentando a possibilidade de trabalho externo independentemente do cumprimento de um sexto da pena;

d) tanto do ponto de vista da lógica jurídica quanto da interpretação pragmática, essa solução é a que atende, de maneira mais adequada, às circunstâncias do sistema prisional brasileiro. (STF, 2014, p. 21)

Tratando dos presos em regime semiaberto, o Código Penal prevê, em seu artigo 35, § 1º, o trabalho em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, sendo admissível a atribuição de trabalho externo, bem como a frequência em cursos profissionalizantes.

Todavia, é preciso ressaltar que o preso em regime aberto ou em livramento condicional não ter direito à remição de pena pelo trabalho, visto que, nesses casos, o trabalho já é condição de ingresso e permanência, respectivamente (arts. 114, inciso I, e 132, 1º, alínea "a", da LEP).

O art. 33 da LEP prevê que somente poderá ser considerado para efeito de trabalho regular aquele efetivamente executado durante a jornada normal de trabalho, que não poderá ser inferior a seis nem superior a oito horas, respeitando o descanso aos domingos e feriados. Todavia, se por motivo de acidente de trabalho o preso estiver impossibilitado de prosseguir no trabalho ou nos estudos, continuará a beneficiar-se da remição da pena (LEP, art. 126, §4º).

O § 7º, art. 126 da LEP permite a remição às hipóteses de prisão cautelar.

Assim, a legislação e o sistema de execuções penais brasileiro conferem às empresas que se interessam pela mão de obra carcerária uma série de prerrogativas: remuneração inferior ao normal (três quartos do salário mínimo),

inexigibilidade de encargos sociais ou trabalhistas, inexistência de vínculos empregatícios, entre outras.

As empresas, em outro vértice, são responsáveis pela capacitação e pelo treinamento dos presos, pelo custeio dos salários e despesas de produção, como alimentação, transporte, uniforme e, ainda, pelas questões relativas à higiene e segurança no ambiente de trabalho.

Além da remição pelo trabalho, a Lei nº 12.433/2011 normatizou a remição através do estudo, vindo ao encontro do que previa a Súmula 341 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual "a frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semi-aberto".

A Lei nº 12.245/2010 acrescentou o § 4º ao art. 83 da LEP, estabelecendo que "serão instaladas salas de aulas destinadas a cursos do ensino básico e profissionalizante", objetivando aumentar o estudo formal no ambiente prisional.

Reconhecendo a importância da remição pelo estudo, ensina o Desembargador Sérgio Franco de Oliveira:

Da mesma forma que na importância do trabalho prisional, o estudo durante a fase da execução penal também favorece o recuperando em sua dedicação rotineira nesse aprimoramento estudantil, contribuindo decisivamente para os destinos da execução e dos objetivos da pena, e de forma muito positiva, repita-se, na sua reeducação, ressocialização, readaptação e reinserção ao convívio social, com melhor qualificação estudantil e mais chances de produtividade no mercado de trabalho junto à sociedade. (MINAS GERAIS, 2012, p. 251)

Quanto à contagem de tempo para fins de remição da pena pelo estudo, o art. 126, *caput* e § 1º, inciso I, da LEP, estabelece que se dará a cada 12 horas de frequência escolar um dia de pena, em atividades de ensino fundamental, médio, ainda que profissionalizante, superior, ou de requalificação profissional, divididas no mínimo em três dias.

Nos termos do art. 126, § 2º, da LEP, as atividades para remição da pena pelo estudo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos freqüentados.

Estabelece o § 3º do art. 126 da LEP a possibilidade de acumulação dos casos de remição pelo trabalho e estudo, desde que exista a possibilidade de compatibilização de suas horas diárias.

O art. 126, § 4º, da LEP, dispõe que, da mesma forma que na remição pelo trabalho, o condenado impossibilitado de prosseguir nos estudos por acidente continuará a beneficiar-se com a remição.

A Lei nº 12.433/2011 incluiu o § 5º no art. 126 da LEP, prevendo que o tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação.

Observadas as disposições previstas no art. 126, inciso I, da LEP, o art. 126, § 6º da mesma lei estabelece a possibilidade de aplicação da remição de pena aos condenados em regime aberto e aos contemplados com o benefício do livramento condicional, hipóteses em que serão beneficiados com a remição por estudo de parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, quando ocorrer frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional.

Da mesma maneira, o art. 126, § 7º, da LEP, prevê que é possível a remição pelo estudo nas hipóteses de prisão cautelar, devendo o abatimento ficar condicionado à eventual condenação.

Por fim, o § 8º do art. 126 da LEP prevê que a defesa também precisa ser ouvida, além do representante do Ministério Público, quando da declaração da remição pelo juiz da Execução.

Deve-se ressaltar que a lei prevê, objetivando incentivar a manutenção de um bom comportamento do preso, a possibilidade de revogação do tempo remido. De acordo com o disposto no art. 127 da LEP:

Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar.

Dessa forma, a remição dos dias trabalhados não configuram direito adquirido nem ato jurídico perfeito ou coisa julgada, mostrando-se condicionada à inexistência de punição por falta grave até o cumprimento efetivo da pena, para que o condenado usufrua da totalidade do benefício. Trata-se de faculdade do Juiz determinar a perda dos dias remidos, devendo a falta grave ser devida e

efetivamente apurada e reconhecida judicialmente, para bem fundamentar posterior decisão nesse sentido.

Cabe ressaltar, ainda, que as faltas graves vêm previstas no art. 50 da LEP, aplicando-se, no que couber, ao preso provisório. São elas: incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; fugir; possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; provocar acidente de trabalho; descumprir, no regime aberto, as condições impostas; inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, da Lei 7.210/84; ter em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

Por fim, é preciso recordar que alguns Estados vêm incentivando a remição da pena por estudo através da leitura. Essa alternativa constitui-se na disseminação da leitura nas prisões, objetivando proporcionar o resgate da autoestima, trocando momentos ociosos por leitura/estudo. A remição da pena através da leitura encontra respaldo na Lei nº 12.433, de 30 de junho de 2011, bem como na Portaria Conjunta Nº 276, 20 de junho de 2012, que disciplina o Projeto da Remição pela Leitura no Sistema Penitenciário Federal.

Esta possibilidade de remição pretende ampliar a capacidade leitora dos apenados, oportunizando àquele que lê a modificação do indivíduo, através de incentivos a pensamentos que vislumbrem melhor convivência social, bem como formar leitores melhor preparados para concluir a escolarização básica, e ingressar no ensino superior e inserção no mercado de trabalho.

III. A IMPORTÂNCIA DA REMIÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA DE RESSOCIALIZAÇÃO DO REEDUCANDO: BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DA LEGISLAÇÃO

Segundo, Bruno de Moraes, "penitenciárias são instituições fechadas, ou 'totais', na medida em que impõem severas restrições à relação social dos internos com o mundo externo, restrições essas que evidenciam-se em seu próprio aspecto físico: suas instalações são cercadas por muros, arame farpados, fossos etc." (RIBEIRO, 2008, p. 115).

Ao iniciar o cumprimento de sua pena, o preso é submetido a um processo de modificações culturais nas concepções que tem a seu respeito e a respeito da maneira como vê o mundo, uma vez que acontecerá sua aculturação ao meio prisional. O novo interno precisa se acostumar com uma nova realidade, na qual lhe falta privacidade, proibições de tomadas de decisões e de ser responsável por suas coisas, perdendo sua autonomia e liberdade de ação. Segundo Bruno de Moraes:

Realmente, o interno é despojado do papel que anteriormente ocupava na sociedade e é codificado como um objeto, ingressando mecanicamente na máquina administrativa do estabelecimento, através de operações de rotina. Esse é apenas o começo do longo e doloroso processo de perda e de deformação pessoal a que ele será submetido. (RIBEIRO, 2008, p. 121)

O conjunto de restrições e rebaixamentos a que é submetido o preso faz com que ele, ao se comparar com as pessoas livres, sinta-se como se tivesse atingido o mais baixo ponto possível de degradação.

Uma das finalidades da aplicação de pena é a reintegração social do condenado, conforme entendimento da exposição de motivos da Lei de Execução Penal:

13. Contém o art. 1º duas ordens de finalidades: a correta efetivação dos mandamentos existentes nas sentenças ou outras decisões, destinados a reprimir e a prevenir os delitos, e a oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança venham a ter participação construtiva na comunhão social.

14. Sem questionar profundamente a grande temática das finalidades da pena, curva-se o Projeto, na esteira das concepções menos sujeitas à polêmica doutrinária, ao princípio de que as penas e medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade.

A previsão do instituto da remição vai ao encontro da citada finalidade aplicação da pena. Segundo Sérgio Luiz Maia:

É considerada um estímulo ao preso, para corrigir-se, a diminuição do tempo da pena privativa de liberdade, permitindo um acesso mais rápido aos demais benefícios previstos na lei, tais como a progressão do regime ou até mesmo o livramento condicional. (MINAS GERAIS, 2012, p. 262)

Além da diminuição da pena a ser cumprida, o trabalho pelo preso permite que este mantenha sua individualidade, se vendo como agente no mundo ou

sujeito na sociedade, e não como mero objeto atrelado a um sistema. Segundo a doutrinadora Carmen Silva de Moraes Barros:

A abreviação da pena pelo trabalho é forma de redução da permanência no cárcere, o que é de todo útil para viabilizar a integração social. Nesse aspecto, o preso, como trabalhador, identifica-se com a sociedade. O homem livre trabalha, o preso também. Exerce atividade produtiva, honesta e deve ser recompensado, pois sua condição de prisioneiro não o transforma em escravo. (BARROS, 2001, p. 188)

Dessa forma, o trabalho e o estudo assumem papéis fundamentais à recuperação da autoestima, reconhecimento de habilidades, resgate de princípios e da capacidade de convívio social, aflorando os valores intrínsecos do ser humano. Nas palavras do Desembargador de Minas Gerais Joaquim Herculano Rodrigues, justificando sua posição favorável em relação a remição da pena pelo trabalho e estudo:

Defendi que seria impossível a ressocialização, almejada pela lei e pela sociedade, diante de uma execução exclusivamente penitenciária e enclausuladora. A lei, ao prever as permissões de saída, trabalho externo, frequência a cursos, progressão de regime prisional, busca assegurar a manutenção e intensificação dos vínculos familiares, afetivos e sociais, que são as bases para afastar os condenados da delinquência. Observei ainda que o legislador, efetivamente, não havia distinguido a natureza do trabalho para fins de remição de pena. Tanto faz, portanto, seja desenvolvido trabalho interno ou externo, manual (inclusive artesanal) ou intelectual, desde que autorizado pela administração do estabelecimento penal. (MINAS GERAIS, 2012, p. 123)

O trabalho, historicamente vinculado à ideia de vingança e castigo, possui hoje uma concepção reabilitadora ou de inserção social, na medida em que prepara o indivíduo para o retorno à sociedade. Neste sentido:

A aquisição de um ofício ou profissão, fator decisivo à reincorporação social do preso, contribuirá para facilitar-lhe a estabilidade econômica assim que alcançar a liberdade. É preparando o indivíduo pela profissionalização (mão-de-

obra qualificada), pela segurança econômica que vai adquirindo, pela ocupação integral de seu tempo em coisa útil e produtiva e, conseqüentemente, pelo nascer da razão de viver, pelo reconhecimento dos direitos e deveres, das responsabilidades e da dignidade humana que se obterá o ajustamento ou reajustamento desejado. (MIRABETE, Julio Fabbrini, 2007).

Assim, o trabalho é não apenas um dever do apenado, mas especialmente um direito. Contudo, o que se verifica é o déficit de postos de trabalho na estrutura vigente do sistema prisional em comparação com a demanda da maioria dos presos por obter uma oportunidade de trabalho.

Neste diapasão, a Lei de Execuções Penais (Lei nº. 7.210/1984), em seu artigo 28, contempla a oferta de trabalho ao condenado, com inquestionável objetivo de estatuir-se um elemento que auxilie na ressocialização e profissionalização de egressos.

Todavia, a ausência de dignas condições de educação e profissionalização em um mercado de trabalho assinalado pelo preconceito e patente necessidade de alta qualificação, somada à tentadora promessa de lucro fácil, resulta em um número cada vez maior de delinquentes, afetando a tranquilidade de toda a sociedade.

Mas não é só. A carência de profissionalização resulta na reincidência criminosa daquele que, mesmo em liberdade, se vê socialmente preso ao mundo do crime, em razão da ausência de oportunidades de trabalhos dignos.

Analisando a realidade do sistema de execução penal brasileiro, resume o ministro Luís Roberto Barroso:

É fora de dúvida que o sistema punitivo no Brasil não realiza adequadamente qualquer das funções próprias da pena criminal: não previne, não ressocializa, nem prevê retribuição na medida certa. A despeito disso, toda sociedade democrática precisa de uma dose inevitável e proporcional de repressão penal e punição, como pressuposto da vida civilizada e da proteção dos direitos humanos de todos. É imperativo, portanto, encontrar um ponto de equilíbrio. Neste cenário, a Jurisprudência não pode ignorar a realidade, como se estivessemos na Suécia,

onde alguns presídios estão sendo fechados por falta de população carcerária. De fato, sem descurar dos deveres de proteção que o Estado tem para com a sociedade, as instituições e as pessoas, juízes e tribunais devem prestigiar os entendimentos razoáveis que não sobrecarreguem ainda mais o sistema, nem tampouco imponha aos apenados situações mais gravosas do que as que decorrem da lei e das condenações que sofreram. A justiça, aqui, envolve a ponderação entre os deveres de proteção da sociedade e o respeito aos direitos fundamentais dos condenados, temperada com uma dose de pragmatismo e de senso de realidade. (STF, 2014, p. 7)

Com todas as diretrizes apontadas pela Lei de Execução Penal e Código Penal, é de se pensar efetivamente nos meios necessários à viabilização dessa proposta, pois conforme salienta o jurista Miguel Reale Júnior (2009, p. 339), o trabalho constitui a espinha dorsal da execução da pena privativa de liberdade, sendo certo que a ociosidade do desempregado constitui uma situação de angústia ligada diretamente à ausência de ocupação e de salário. O trabalho fixa o horizonte do indivíduo, posicionando-o no mundo social como alicerce familiar e cidadão produtivo. Por tal razão, é imperioso que se persiga objetivos e projetos tendentes a garantir (ou resgatar) a dignidade do encarcerado, através do labor e do estudo.

IV. AS EXPERIÊNCIAS TOCANTINENSES COM O INSTITUTO DA REMIÇÃO

Em junho deste ano, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apresentou um relatório denominado Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil, com dados sobre a situação carcerária no Brasil. Segundo o estudo, a nova população carcerária brasileira é formada por 715.655 (setecentos e quinze mil seiscentos e cinquenta e cinco) detentos, levando-se em conta também os presos em regime domiciliar. Com esses números, o país apresenta a terceira maior população carcerária do mundo.

Segundo o relatório, o Tocantins possui o quinto maior número de detentos da região Norte do país, com 2.805 (dois mil oitocentos e cinco). O Pará apresenta a maior população com 12.172 (doze mil cento e setenta e dois) detentos, seguido de Rondônia com 7.674 (sete mil seiscentos e setenta e quatro),

Amazonas com 5.276 (cinco mil duzentos e setenta e seis) e Acre com 4.320 (quatro mil trezentos e vinte).

Dos 2.805 (dois mil oitocentos e cinco) detentos, o Estado apresenta 1.110 (mil cento e dez) que estão em regime domiciliar. Ainda de acordo com os dados, o sistema carcerário do Estado apresenta capacidade para 1.927 (mil novecentos e vinte e sete) pessoas, resultando em um déficit de 878 (oitocentos e setenta e oito) vagas.

Outra fonte de dados sobre a situação é carcerária do país é o InfoPen Estatística do Departamento Penitenciário Nacional. Esta página de internet registra os indicadores gerais e preliminares sobre a população penitenciária do país, que, com sua continuidade, fornece subsídios aos órgãos responsáveis na proposição de políticas públicas voltadas para o Sistema Penitenciário. Segundo o site, o Estado Tocantins possuía a seguinte quantidade de presos em Programas de Laborterapia (Trabalho), no ano de 2012:

Categoria: Tratamento Prisional	Masculino	Feminino	Total
Indicador: Quantidade de Presos em Programas de Laborterapia-Trabalho Interno	487	62	549
Item: Apoio ao Estabelecimento Penal	153	0	153
Item: Parceria com a Iniciativa Privada	46	0	46
Item: Parceria com Órgãos do Estado	97	0	97
Item: Parceria com Paraestatais (Sistema S e ONG)	0	0	0
Item: Atividade Desenvolvida - Artesanato	179	62	241
Item: Atividade Desenvolvida - Rural	12	0	12

Item: Atividade Desenvolvida - Industrial	0	0	0
--	---	---	---

Em entrevista publicada na página de internet do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 14 de fevereiro deste ano, o conselheiro Guilherme Calmon afirmou que os Tribunais de Justiça de todo o País precisam melhorar a gestão das varas criminais e de execução penal, uma vez que, segundo o mesmo, “falhas na tramitação dos processos têm prolongado prisões além do prazo e contribuído para o agravamento da superpopulação carcerária”. Ainda segundo Calmon, o Estado não deu a atenção que deveria ter sido dada à situação dos estabelecimentos prisionais, e não só às construções propriamente ditas das unidades, mas tudo que faz parte do sistema de execução penal em relação à execução da pena privativa de liberdade. Ele dá como exemplo de institutos legais omitidos pelo Estado ao detento, a assistência jurídica, a assistência religiosa, assistência para fins de profissionalização, para fins educacionais, até a permissão da remição da pena.

É preciso reconhecer que os números apresentados ressaltam que há muito ainda a ser realizado na questão do sistema prisional brasileiro. Em 27 de outubro de 2009, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou o Projeto Começar de Novo, através da Portaria de nº 96, com o objetivo de incentivar a reinserção social dos cumpridores de pena, egressos do sistema carcerário e adolescentes em conflito com a lei, promovendo, dessa forma, a cidadania, a inibição e redução da reincidência criminal.

A referida Resolução instituiu o Projeto Começar de Novo no âmbito do Poder Judiciário. Segundo seu art. 2º, o citado projeto “compõe-se de um conjunto de ações educativas, de capacitação profissional e de reinserção no mercado de trabalho”.

Cabe destacar que o Projeto Começar de Novo foi premiado na VII Edição do Prêmio Inovare, no ano de 2010. Tal premiação tem o objetivo de identificar, premiar e disseminar práticas inovadoras realizadas por magistrados, membros do Ministério Público estadual e federal, defensores públicos e advogados públicos e privados de todo Brasil, que estejam aumentando a qualidade da prestação jurisdicional e contribuindo com a modernização da Justiça Brasileira.

Entre suas disposições, a Resolução nº 96/2009 do Conselho Nacional de Justiça, em seu art. 2º, § 1º, criou a Rede de Reinserção Social, a ser constituída por todos os órgãos do Poder Judiciário e pelas entidades públicas e privadas, inclusive Patronatos, Conselhos da Comunidade, universidades e instituições de ensino fundamental, médio e técnico-profissionalizantes.

Criou-se também o Portal de Oportunidades do Projeto Começar de Novo, disponibilizado no sítio do Conselho Nacional de Justiça, na rede mundial de computadores (internet), no qual deverá haver o cadastramento das entidades integrantes da Rede de Reinserção Social, de propostas de cursos, trabalho, bolsas e estágios ofertados, contato eletrônico com as entidades públicas e privadas proponentes e relatório gerencial das propostas cadastradas e aceitas, em cada Estado e Comarca.

Em síntese, o Portal de Oportunidades é uma página na internet que reúne as vagas de trabalho e cursos de capacitação oferecidos para presos e egressos do sistema carcerário. As oportunidades são oferecidas tanto por instituições públicas como entidades privadas, que são responsáveis por atualizar o Portal.

Ainda relacionado ao supracitado projeto, o art. 3º da Resolução n. 96, de 27 de outubro de 2009, instituiu o selo do Programa Começar de Novo, a ser outorgado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) às empresas que oferecerem cursos de capacitação ou vagas de trabalho para presos, egressos, cumpridores de penas e medidas alternativas, bem como para adolescentes em conflito com a lei. Para que as empresas e instituições recebam o selo, é necessário comprovar a realização dos cursos ou a contratação.

Impende destacar que, até a presente data, o Estado do Tocantins não desenvolveu mobilizações em âmbito estadual, no sentido de sensibilizar órgãos públicos e a sociedade civil, a fim de viabilizar ações de ressocialização com o público alvo do Programa Começar de Novo.

Todavia, é preciso ressaltar que o Estado do Tocantins tem apresentados diversos projetos objetivando garantir a melhor execução da pena privativa de liberdade.

Em maio de 2008, o Ministério da Justiça elaborou um Relatório sobre a Situação do Sistema Penitenciário no que se refere à Assistência Laboral, também chamado de Meta 17. Segundo o mesmo, à época, haviam apenas dois estabelecimentos penais no Estado do Tocantins que ofereciam estruturas laborais de caráter produtivo e educativo, ambas destinadas aos presos do sexo masculino: uma penitenciária e uma colônia agrícola. Naquele ano, do século masculino, vinte e dois presos do regime fechado e dezesseis do regime semi-aberto exerciam atividade laboral. Em relação ao sexo feminino, o número era de quatro presas do regime fechado e duas do regime semi-aberto. Os presos provisórios não realizavam atividades laborais nas unidades prisionais onde estavam recolhidos.

Na época, os presos que trabalhavam na fábrica de bola recebiam R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais) mensais. Aqueles que trabalhavam na própria cela recebiam R\$ 2,00 (dois reais) por bola costurada. O restante dos presos realizavam trabalhos artesanais, na lavoura e na criação de animais. Os produtos resultantes do artesanato eram comercializados pelas famílias dos presos. Alguns dos projetos desenvolvidos no sistema eram: Plantar e Reviver; Pró-funcionário e Pintando a Liberdade.

Outra iniciativa deste Estado que merece destaque tem origem no município de Porto Nacional. Em 19 de novembro do ano passado, a Central de Execução de Penas e Medidas Alternativas (Cepema) instituiu oficialmente o Projeto Remição pela Leitura – Leitura e Progresso. Dessa forma, os reeducandos da Casa de Prisão Provisória de Porto Nacional (CPP), neste Estado, passaram a ter a possibilidade de remir à pena através da leitura.

A remição pela leitura complementou outro projeto de penas e medidas alternativas que já estava em vigor no presídio de Porto Nacional desde 2008: o de remição pelo estudo por meio de turmas regulares de EJA (Educação de Jovens e Adultos).

O município de Cariri, neste Estado, também possui um projeto de remição para o preso, só que através do trabalho. O Centro de Reeducação Social Luz do Amanhã permitiu que 30 (trinta) presos passassem a trabalhar varrendo ruas, capinando terrenos baldios, pintando meio-fios e realizando outros serviços de manutenção no município vizinho de Gurupi, no sul de Tocantins.

A mais nova iniciativa que merece destaque é o Projeto de Lei nº 20, de 27 de maio de 2013, posteriormente convertido na Lei Municipal nº 2.091, de 01 de julho de 2013, oriundo do Município de Gurupi/TO, que disciplinou a autorização para a concessão de bolsa auxílio aos internos que cumprem pena em regime semiaberto, tendo como contrapartida a mão de obra destes, tudo em conformidade com Termo de Cooperação Técnica firmado com o Estado do Tocantins.

Na aludida legislação contemplou-se um número de 60 (sessenta) internos em regime semiaberto, com rotatividade semestral, para a realização de funções de auxiliar de serviços gerais, limpeza pública, pintura, conservação de meio-fio, varrição e capina nos logradouros públicos, além de outras atividades correlatas à finalidade.

A jornada de trabalho restou fixada em 08 (oito) horas diárias, com possibilidade de pagamento de hora extraordinária proporcional ao tempo ultrapassado, na eventualidade de exceder-se no período de execução das atividades desempenhadas.

Como contrapartida pelos serviços prestados pelos detentos, e em observância ao que preconiza a Lei de Execução Penal, restou normatizado o pagamento de no mínimo $\frac{3}{4}$ (três quartos) do salário mínimo vigente à época, sem demais encargos.

A Lei, embora recentemente editada, tem surtido efeitos extremamente positivos àquela municipalidade e aos internos, devendo servir de exemplo e baliza para os demais Municípios do Estado do Tocantins, tudo com o propósito de aperfeiçoar o sistema carcerário e garantir que a finalidade ressocializadora da pena seja efetivamente alcançada e os direitos fundamentais do detento suficientemente respeitados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese o aumento exponencial da criminalidade na sociedade moderna, as autoridades governamentais continuam insistindo em dar maior atenção aos efeitos criminógenos, enquanto que as causas exógenas, consorciadas com as causas endógenas, as quais ensejam o surgimento dos crimes, são simplesmente ignoradas.

A transformação dessa triste realidade passa necessariamente pela modificação na aplicação do direito penal em relação ao indivíduo, que atualmente combate apenas os *efeitos* criminógenos, ignorando suas *causas*. Haver-se-á de corrigir as causas criminógenas históricas mais comuns (sociofamiliares, socioeconômicas, sócio-ético-pedagógicos, socioambiental) e, a partir desse enfoque, aplicar medidas de ressocialização adequadas a cada caso.

Não se pode cometer o equívoco de esperar que a vigência de normas de proteção no ordenamento jurídico positivo reverta os indicadores sociais negativos. Aliás, no Brasil, não é nenhuma novidade, as leis não guardam intimidade suficiente com a realidade vivenciada, a ponto de permitir a perfeita subsunção e necessária *aplicação* da norma aos fatos havidos em sociedade.

O caminho mais seguro é, sem dúvida, o investimento em educação e profissionalização dos reeducandos, devolvendo a estes a esperança de uma realidade apartada do mundo do crime.

Gordan Moore (*apud* SILVA, J. Vilsemar, 2008), antevendo problemas graves no futuro, diz: "*O que me preocupa é que só pessoas com uma ótima educação conseguirão bons empregos em um mundo tão evoluído*".

Uma educação profissionalizante, baseada em princípios familiares, faria com que a marginalização e o crime entrassem em declínio em decorrência da abertura de um sistema com oportunidades de ascensão social igual para todos e não apenas para uma minoria de privilegiados.

Em relação ao trabalhador preso, a atividade laboral insere-se entre as políticas públicas de prevenção da reincidência criminal e de reinserção social. Os presos inseridos nos setores produtivos podem aprender novas habilidades e, caso não sejam contratados pela empresa após o cumprimento da pena, terão adquirido novas competências laborais capazes de lhes proporcionar uma inclusão menos perversa e mais satisfatória.

Neste aspecto, a efetividade das disposições legais que garantem o trabalho ao apenado é de suma importância, não só para este, como para toda a sociedade, diretamente interessada na redução da criminalidade.

É de se notar, pois, a imprescindibilidade de as políticas governamentais se voltarem à socialização dos indivíduos, mesmo os que não estão encarcerados. A reintegração social dos detentos depende não apenas da atitude e boa vontade dos governantes, mas também da mudança de mentalidade de todos os cidadãos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/27764-falhas-na-gestao-dos-processos-contribuem-para-a-superpopulacao-carceraria-diz-conselheiro-do-cnj>>. Acesso em 14 jul. 2018.

BITENCOURT. Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: Parte Geral. Vol I**. São Paulo: Saraiva. 2000. p.436

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil**, de 05 jun. 2014. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em 14 jul. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Portaria nº 49**, de 30 mar. 2010. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/321-portarias/11953-portarai-n-49-de-30-de-marco-de-2010>>. Acesso em 9 jul. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução nº 96**, de 27 out. 2009. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12209-resolucao-no-96-de-27-de-outubro-de-2009>>. Acesso em 9 jul. 2018.

_____. Departamento Penitenciário Nacional. **Portaria Conjunta nº 276**, de 20 ju. 2012. Disponível em http://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/POC_276_2012_DPE.pdf. Acesso em 1º jul. 2018.

_____. Ministério da Justiça. **Relatório da situação atual do sistema penitenciário - Assistência laboral**, de mai. 2008. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/departamento-penitenciario-nacional/plano>>

[-diretor/anexos-plano-diretor/meta17_ass-laboral.pdf/view](#)>. Acesso em 1º jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Execução Penal 02 José Dirceu de Oliveira e Silva**. Relator: BARROSO, Luís Roberto. Publicado no DJe-090 de 13 mai. 2014. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25101281/trabalho-externo-na-execucao-penal-ep-2-df-stf>>. Acesso em 1º jul. 2018.

CAMPOS, Gleisson de; SOUSA, Rosânia Rodrigues de. **O trabalho prisional como eixo de reintegração social: a experiência do projeto “Liberdade com Dignidade” pela ótica dos presos**. De jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais/ Ministério Público do Estado de Minas Gerais. v. 12, n. 21 (jul./dez.. 2013), p. 97/131.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 28.ed. Trad. de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2004.

GUIBO, Vitor. **Comunidade é aliada na ressocialização de presos**. Cuiabá, 2007.

HULSMANN, Louk, Celis, Jacqueline Bemat de. **Penas perdidas: O sistema penal em questão**. Rio de Janeiro : Lumen, 1993.

LEAL, João José. **Crimes Hediondos: aspectos políticos-jurídicos da Lei n. 8.072/90**. São Paulo: Atlas, 2002.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **A execução penal à luz do método APAC/Organização da Desembargadora Jane Ribeiro da Silva**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. São Paulo: Atlas, 2007.

_____, Júlio Fabbrini. **Execução Penal: comentários à Lei 7.210 de 11_7_84**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MONTENEGRO, Tito. **O drama de ex - detentos que buscam trabalho, mas só encontram preconceito**. Revista Época, Rio de Janeiro, 19 de agosto, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à lei de Execução Penal: Lei n.7210, de 11.07.1984**. 3. ed. ver. e amp. São Paulo: Saraiva, 1996.

OTTOBONI, Mário. **Ninguém é irrecuperável– Apac: a revolução do sistema penitenciário**. São Paulo: Cidade Nova, 1997.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal: parte geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. **A função de reintegração social da pena privativa de liberdade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008

ROCHA, Simone Mariano da. **Sociedade criminógena: Sandro X Alex**. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id135.htm>> Acesso em: 28/03/2018.

SILVA, J. Vilsemar. **Sociedade Criminógena II**. 2008. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=948> Acesso em: 28/03/2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20 ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

IMPACTOS DO ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL NO SERVIÇO PÚBLICO

DENIS MENEZES DE ARAUJO: Graduado em Direito pela UNIT, pós graduado em Direito do trabalho e previdenciário pela Faculdade Guanambi, pós graduando em direito constitucional pelo Instituto Elpídio Donizetti.

RESUMO: A presente artigo científico abordou o instituto do assédio moral organizacional no serviço público, com o intuito de propiciar à comunidade jurídica, como também a sociedade uma melhor visão a respeito do instituto, destacando-o a sua atuação no âmbito organizacional, em especial no serviço público. A escolha do tema foi devido ao grande número de servidores públicos que ficam doentes, depressivos, com problemas psicológicos. O objetivo desta monografia é mostrar os impactos que o assédio moral organizacional causa no serviço público, aos servidores públicos que dão a sua vida em prol da administração pública, e muitas vezes são esquecidos pela administração pública. O trabalho vem com o objetivo de tratar sobre a questão do assédio moral organizacional, a monografia se divide em mostrar o assédio moral organizacional nas relações de trabalho, analisando seu histórico, conceito e seus elementos, suas espécies e o perfil do assediador. A obra demonstra os impactos causados pelo assédio moral organizacional no serviço público, trazendo os comportamentos configuradores, os danos causados no serviço público. Ao final, teve como cerne, as consequências do assédio moral organizacional no serviço público, os problemas que são causados, as responsabilidades do assediador organizacional e jurisprudências acerca do tema.

Palavras chaves: Impactos. Assédio Moral Organizacional. Serviço Público.

ABSTRACT: The present scientific article approached the institute of organizational moral harassment in the public service, with the purpose of providing the legal community, as well as society with a better vision regarding the institute, highlighting its performance in the organizational sphere, especially in the public service. The choice of theme was due to the large number of public servants who become ill, depressed, with psychological problems. The objective of this monograph is to show the impacts that organizational moral harassment causes in the public service, to civil servants who give their lives for the benefit of public administration, and are often forgotten by the public administration. The

work comes with the objective of dealing with the issue of organizational moral harassment, the monograph is divided in showing organizational moral harassment in work relations, analyzing its history, concept and its elements, its species and the profile of the harasser. The work demonstrates the impacts caused by organizational moral harassment in the public service, bringing the configurational behaviors, the damages caused in the public service. In the end, it had as its core, the consequences of organizational moral harassment in the public service, the problems that are caused, the responsibilities of the organizational stalker and jurisprudence on the subject.

Keywords: Impacts. Organizational Moral Harassment. Public service.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO.. 2.1 Breve históricos do assédio moral no trabalho. 2.2 Conceito e elementos do assédio moral organizacional. 2.3 Espécies de assédio moral organizacional. 2.4 Perfil do assediador organizacional 3 IMPACTOS CAUSADOS PELO ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL NO SERVIÇO PÚBLICO. 3.1 Comportamentos configuradores do assédio moral organizacional. 3.2 Danos causados na organização pelo assédio moral. 3.3 Princípios fundamentais violados pelo assédio moral organizacional. 3.4 Assédio moral organizacional no serviço público. 4 CONSEQUÊNCIAS DO ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL NO SERVIÇO PÚBLICO. 4.1 Problemas organizacionais. 4.2 Responsabilidades do assediador organizacional. 4.3 Danos do assédio moral organizacional na vida do servidor público. 4.4 Jurisprudências sobre assédio moral organizacional no serviço público. 5 CONCLUSÃO. 6 REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

Atualmente o mundo vem sofrendo com o aumento considerável de pessoas infelizes em seus ambientes de trabalho. No Brasil, os trabalhadores têm adoecido cada vez mais, e uma das causas dessas tristezas, infelicidades, estresses é o assédio moral organizacional. O assédio moral organizacional é um inimigo muitas vezes silencioso, imperceptível, e difícil de provar. Com o aumento do trabalho, metas, cobranças o trabalhador recebe muitas vezes cargas emocionais desnecessárias, que vem junto com o desânimo, angustias, estresses que prejudicam a saúde do trabalhador.

O assédio moral organizacional vem ganhando destaque neste mundo capitalista, que visam o lucro acima de tudo. As transformações, mudanças de pensamentos, trazem este inimigo para dentro de serviço público. Com o enfraquecimento do serviço público, as privatizações, avaliações periódicas de desempenho, promoções, funções de confiança, fazem com que, a cada dia o servidor público sofra com o assédio moral organizacional. A ganância, a corrupção, a busca pelo abuso dos políticos, sobre a máquina pública causam este fenômeno dentro do serviço público. Os planos e projetos para enfraquecer a estabilidade do servidor público, a busca incessante para terceirizar toda administração pública só aumenta, atraem a presença do assédio moral organizacional no serviço público.

O assédio moral organizacional não é uma novidade, há muito tempo vem sendo abordado pela comunidade jurídica. Com o crescimento da globalização, a disputa por mercado, ganância por lucros, corrupção, todas estes males, contribuíram para o aparecimento, como também o aumento do assédio moral organizacional no serviço público. No passar do tempo os estudos sobre assédio moral vai se aprofundando, começa a ser analisado em duas espécies, a interpessoal e a organizacional. Quando estudamos no aspecto organizacional, percebemos e presenciamos que a Administração Pública não está imune a figura do assédio moral organizacional. O presente estudo aborda especificamente o instituto assédio moral organizacional no serviço público brasileiro.

Nesse contexto emerge o enfoque do presente artigo científico, que é demonstrar os impactos que o assédio moral causa no serviço público. Infelizmente, os servidores públicos, muitas vezes são esquecidos, muitos trabalhos, artigos, abordam a questão do assédio moral interpessoal, e quando abordam o assédio moral organizacional, trazem a baila apenas no campo privativo, tratam o assédio moral nas organizações, empresas, corporações. Esta monografia vem mostrar um pouco do assédio moral organizacional no serviço público.

A obra mostra os impactos causados pelo assédio moral organizacional no serviço público. Assédio que muitas vezes são esquecidos no âmbito da administração pública. A presente obra mostra os comportamentos que configuram o assédio moral organizacional, trazendo a tona os danos causados na organização. O trabalho, trás os princípios fundamentais que são violados com

o assédio moral organizacional, não deixando de trazer as implicações que esta conduta trás na vida do servidor público estatutário.

Ao final, o trabalho aborda as consequências que o assédio moral organizacional causa no serviço público. Apontando os problemas organizacionais, as responsabilidades do assediador, os danos nas vidas dos servidores públicos. Não deixando de trazer a baila algumas jurisprudências acerca do referido tema. Mostrando o quando o assédio moral organizacional está presente no poder judiciário. A cada dia que passa tem crescido a judicialização das ações envolvendo assédio moral, o poder judiciário tem um grande papel nesse combate ao assédio moral.

Em suma, o artigo científico destaca os problemas que o assédio moral organizacional pode causar no serviço público. Demonstrando o quanto não só a administração pública, como também seus administrados podem ser prejudicados. O assédio moral organizacional vem chamando atenção da comunidade jurídica, dos médicos, pelo alto índice de servidores públicos apresentando problemas psíquicos, emocionais, estresse em níveis elevados. O assédio moral organizacional vem mostrando ser um dos atores principais desse crescente número de trabalhadores infelizes, angustiados.

2 ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

2.1 Breve históricos do assédio moral no trabalho

O instituto do assédio moral não é uma novidade como muitos pensam. As pressões, cobranças, perseguições por metas são antigas. Desde os primórdios, os homens são inseridos em seus ambientes de trabalhos intensos, cobranças excessivas, gerando sofrimento, problemas psíquicos, emocionais na vida do trabalhador.

A história nos mostra nos mostra a falta de sensatez, humanidade no ambiente de trabalho, a era da escravidão falasse por si mesma. Com os anos se passando, os castigos físicos, agressões físicas foram sendo substituídas, mascaradas de uma maneira artilosa, para atingir o empregado. Nesse cenário, emerge formas de punições que não são fisicamente, mas emocionalmente, psicologicamente, tornando mais difícil sua constatação, comprovação e punição.

Assim, surge o assédio moral, que está diretamente vinculado à nossa estrutura emocional, sentimental, conhecida popularmente como caráter.

Nesse contexto de cobrança por metas, produtividade e não sendo mais possíveis as agressões físicas, surge o assédio moral. A figura do assédio moral não é tão nova no mundo, também não é um problema apenas no Brasil, como bem destaca a ilustríssima Alice Monteiro de Barros:

O termo "assédio moral" foi utilizado pela primeira vez pelos psicólogos, e não faz muito tempo que entrou para o mundo jurídico. O que se denomina assédio moral, também conhecido como *mobbing* (Itália, Alemanha e Escandinávia), *harcèlement moral* (França), *acoso moral* (Espanha), terror psicológico ou assédio moral entre nós, além de outras denominações, são, a rigor, atentados contra a dignidade humana, que se manifestam, de início, na família e na escola, quando se confrontam, respectivamente, filhos e alunos com predileções ostensivas. (BARROS, 2013, p. 732).

Como vimos, a muito tempo o assédio moral no trabalho é registrado em diversas partes no mundo. O termo "assédio moral" foi usado pela primeira vez pela Psicologia, sendo o livro de Brodsky (1976), a primeira obra a tratar o assédio no trabalho. O tema aos poucos foi ganhando destaque, e começam os países a criarem leis para proteger o trabalhador em seu ambiente de trabalho. Com o crescimento do capitalismo, cresce também a busca pelo lucro, produção e consumo. Esse grande impulso econômico, ocorreu principalmente por conta de uma disponibilização de capital internacional com baixo custo que foi injetado no período, gerando um crescimento fabuloso das grandes organizações que dia após dia ficavam mais aptas ao desenvolvimento e expansão (BARRETO, 2008).

O assédio moral, não é uma novidade, tem suas origens na antiguidade, sendo estudado mais profundamente nas últimas décadas, por dois psicólogos, o alemão Heinz Leyman e a francesa Marie France Hirigiyen. E desde então, o tema tem sido cada vez mais recorrente no direito e foi também por meio das pesquisas por eles realizadas, que informações importantes sobre a temática chegaram até os sindicatos e trabalhadores, podendo estes tomar ciência da existência e dimensão desse mal no âmbito do trabalho (FIORELLI, 2007, p. 32).

O tema assédio moral foi delineado através das pesquisas feitas pela francesa Marie France Hirigoyen, que publicou em 1998 a primeira edição do livro sobre assédio moral, intitulado Assédio Moral: “a violência perversa no cotidiano”. A partir daí surgiram mais pesquisas e livros publicados por diversos autores sobre essa temática (BARRETO, 2008). O alemão Heinz Leymann, doutor em psicologia do trabalho foi importantíssimo, dedicando-se às pesquisas a respeito do ambiente de trabalho e saúde. Leymann denominou o assédio moral de *mobbing*, e foi a partir dele que o assunto começou então a ganhar contornos e definições como um mal decorrente também das relações de trabalho (BARRETO, 2008).

No Brasil, a problemática do assédio moral não é tão antiga assim, é recente. A grande expoente aqui no Brasil foi a Doutora Margarida Barreto, que defendeu sua tese de mestrado em 2000, usando como fonte estudos de Marie France Hirigoyen, sua tese cujo tema era Uma jornada de humilhação. A partir de então o assunto passou a ser mais discutido no âmbito acadêmico, como também no âmbito legislativo, surgindo diversas leis. Como vimos, os estudos acerca do assédio moral aqui no Brasil é mais recente, vejamos o que o nobre autor André Luiz Souza escreve:

A médica do trabalho Margarida Barreto realizou pesquisa junto a 2.072 trabalhadores *adoecidos*, de 97 empresas integrantes do Sindicato dos Trabalhadores nas indústrias químicas, farmacêuticas, plásticas e similares de São Paulo e região, na qual afirma que 42% daquele universo se referiam à vivência com situações de humilhações (870 trabalhadores – 494 mulheres e 376 homens), confirmando a presença do assédio moral também entre membros daquele setor industrial, sendo que desse percentual, 90% das mulheres e 60% dos homens foram demitidos por motivos relacionados a doenças ou acidentes de trabalho (AGUIAR, 2006, p. 23).

Após apresentação da tese da Doutora Margarida Barreto, o tema ganha destaque no Brasil. Atualmente o Brasil conta com diversas leis e projetos de leis sobre assédio moral sejam no âmbito municipal ou estadual. Porém, o assédio moral não pode ser aplicado aos empregadores em geral, por analogia,

pois a competência para legislar sobre Direito do Trabalho é da União. Logo, enquanto não for aprovado o Projeto de Lei Federal, tratando do assédio moral, ele deve ser enquadrado ao que no art. 483 da Consolidação das Leis Trabalhistas de 1943 – CLT, enquadrando na chamada rescisão indireta.

O ambiente de trabalho, enfim, começa a chamar atenção, sendo um ambiente que necessita ser sadio e agradável. Enfim, o assédio moral no trabalho começa a ganhar espaço. Apenas nos últimos anos o debate em torno do assédio moral ganhou fôlego, oportunidade em que apareceram estudos sobre o assunto, normas jurídicas que versam sobre o tema e jurisprudência a respeito (MARQUES JR, 2009). Graças aos estudiosos, pesquisadores, o Direito do Trabalho adquiriu contornos no sentido de garantir medidas protetivas à saúde mental dos trabalhadores, a fim de assegurar a manutenção da qualidade de vida no ambiente de trabalho. Buscou-se, durante época, minimizar o estresse do trabalhador adquirido em função do trabalho (NASCIMENTO, 2004).

2.2 Conceito e elementos do assédio moral organizacional

O assédio moral é um problema social mundial, que nas últimas décadas começa a despertar o interesse da comunidade acadêmica, pesquisadores, autores. O conceito de assédio moral não é tão fácil, pois há várias formas de manifestações. A renomada autora Alice Monteiro de Barros, trás uma definição interessante:

A situação em que uma pessoa ou um grupo de pessoas exercem uma violência psicológica extrema, de forma sistemática (em média uma vez por semana) e durante um tempo prolongado (em torno de uns 6 meses) sobre outra pessoa, com quem mantem uma relação assimétrica de poder no local de trabalho, com o objetivo de destruir as redes de comunicação da vítima, destruir sua reputação, perturbar o exercício de seus trabalhos e conseguir, finalmente, que essa pessoa acabe deixando o emprego (BARROS, 2013, p. 732-733).

O referido conceito é criticado por ser muito rigoroso. Alguns autores acrescentam o dono psíquico sofrido pelo empregador, outros enfatizam a

situação vexatória e ao dano à imagem. A ilustríssima Hirigoyen traz uma definição muito pertinente a respeito do assédio moral:

Toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se, sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho (HIRIGOYEN, 2002, p. 65).

Hoje é sabido que esse comportamento ocorre não só entre chefes e subordinados, mas também o contrário, entre colegas de trabalho, forçando a demissão do empregador, forçando um pedido de aposentadoria precoce, uma licença para tratamento de saúde, transferência e etc.

Ferreira, citada por Nascimento diz que “o assédio moral nas relações de trabalho é um dos problemas mais sérios enfrentados pela sociedade atual” (NASCIMENTO, 2011, p. 13). O assédio moral não se confunde com outros conflitos, que são esporádicos, nem mesmo com más condições de trabalho, pois pressupõe o comportamento, ação ou omissão por um período prolongado, premeditado, que desestabiliza o empregado, seja na área emocional, psicologicamente.

Para Márcia Novaes Guedes assim conceitua:

o assédio moral, significa todos aqueles atos e comportamentos provindos do patrão, gerente ou superior hierárquico ou dos colegas, que traduzem uma atitude de contínua e extensiva perseguição que possa acarretar danos relevantes às condições físicas, psíquicas e morais da vítima (GUEDES, 2008, p. 113).

De acordo com Zygmunt Bauman (2008, p. 259), a violência se utiliza do terror, inclusive corporal e psicológico, para forçar o indivíduo ou uma coletividade a atuar contra a sua vontade, configurando uma privação ao direito de escolha e de se autodeterminar. Independente do conceito, definição, o mais importante é que o assédio moral no trabalho, não é uma manifestação isolada, o que caracteriza o assédio moral é a sistematização e a repetição.

Conforme observamos o conceito de assédio moral engloba tanto a espécie interpessoal quanto organizacional. O que irá diferenciar são nos casos concretos, nos danos, responsabilidades, e nas medidas protetivas. O assédio moral organizacional a própria empresa é quem exerce o papel do assediador. A empresa, age, implanta através de políticas de gestão práticas assediadoras, que muitas vezes passam despercebidos, com práticas abusivas, exigências de metas desumanas, pressões, constrangimentos e etc.

O assédio moral organizacional é um problema muito grave, e difícil de ser provado e percebido, muitas vezes invisível. Este tipo de assédio é uma afronta aos direitos fundamentais, direitos dos trabalhadores e acima de tudo, afronta o princípio mãe que é o da dignidade da pessoa humana. Segundo Wilson Ramos Filho (2009, p. 13), a violência do assédio moral organizacional é estrutural, não decorre apenas do poder diretivo do empregador, mas também dos modos de gestão, que são características do capitalismo atual.

De acordo com a legislação e a doutrina brasileira, são características do assédio moral: conduta de natureza psicológica, ato praticado de forma prolongada e repetitiva no tempo, existência de dano, nexos causal entre o dano e a conduta praticada. A autora Thereza Cristina Gosdal como sempre magnífica conceitua o assédio moral organizacional:

O assédio moral é um conjunto sistemático de práticas reiteradas, inseridas nas estratégias de métodos de gestão, por meio de pressões, humilhações e constrangimentos, para que sejam alcançados determinados objetivos empresariais ou institucionais, relativos ao controle do trabalhador (aqui incluído o corpo, o comportamento e o tempo de trabalho), ou ao custo do trabalho, ou ao aumento de produtividade e resultados, ou à exclusão ou prejuízo de indivíduos ou grupos com fundamentos discriminatórios. (GOSDAL, 2009, p. 23).

A organização, empresa e administração pública, através de metas, promoções, avaliações de desempenho, violentam psicologicamente seus empregados. As empresas usam a questão da competitividade do mercado, do aumento dos lucros, da competitividade. Já a administração pública, com o enfraquecimento da estabilidade dos servidores públicos, com o aumento das

privatizações, terceirizações, cria um ambiente de medo, e abusam do poder diretivo. Administradores que usam funções, horários de trabalho, para incentivar o servidor a se prestar a situações vexatórias, estressantes.

A intenção do assédio moral organizacional é humilhar, fragilizar, forçar o empregado a sair da empresa. Assédio moral organizacional é um tipo de pressão que a empresa, organização, administração pública fazem, com o intuito de afastar o trabalhador da empresa, do órgão público. Sendo que, essa pressão, ocorrerá sempre na forma vertical, pois a empresa, na figura dos seus gerentes, diretores impõem, implantam políticas de gestão a seus subordinados, que não tem escolha, pois estão em desvantagens, nesta "queda de braço", restando apenas aceitar, ou pedir demissão.

O assédio moral organizacional usa métodos de gestão empresarial para abusarem dos seus poderes. Os diretores, gestores usam seus poderes diretivos para implantarem suas metas, seus abusos. O assédio organizacional utiliza a subordinação que o empregado tem com a empresa, para agir, pressionar os trabalhadores. Assim, mais e mais empresas que buscam lucros excessivos, utilizam suas gestões e políticas para cometerem abusos.

De acordo com FREIAS "nas organizações, a violência e o assédio nascem do encontro entre a inveja do poder e a perversidade". Infelizmente, com o aumento das organizações e disputas por mercado as empresas viram as costas para o trabalhador e focam em lucros, ganhos no mercado. Desse modo, o *mobbing* (termo inglês que significa (aborrecer-se, irritar-se, decorrência do ataque de outrem), no ambiente de trabalho ocorre nas empresas que possuem um sistema organizacional atrasado, focando no poder dos gestores, dirigentes, na hierarquia e na subordinação dos empregados.

O renomado autor Domenico, em sua obra "O ócio criativo", retrata um pouco desta sistemática das empresas:

[...] em muitas empresas reina um clima de indiferença ou suspeita recíprocas, quando não de medo. Mas mesmo quando as direções se esforçam para criar uma atmosfera colaborativa, quase sempre o convívio tem um ar artificial, forçado, as festas de trabalho e as reuniões são sempre um

pouco tristes e patéticas. [...] e não são raros os casos quando alguém se torna alvo de perseguições, objeto de *mobbing*.

O assédio moral organizacional é uma realidade infelizmente no ambiente de trabalho. Não podemos fechar nossos olhos, precisamos enfrentar o problema e achar uma solução para este inimigo, que muitas vezes vem imperceptível, silencioso. Segundo entendimento do autor Marcelo Rodrigues Prata:

“O assédio moral no trabalho se caracteriza por qualquer tipo de atitude hostil, individual e coletiva, dirigida contra o trabalhador por seu superior hierárquico (ou cliente do qual dependa economicamente), por colega do mesmo nível, subalterno ou por terceiro relacionado com a empregadora, que provoque uma degradação da atmosfera de trabalho, capaz de ofender a sua dignidade ou de causar-lhe danos físicos, ou psicológicos, bem como de induzi-lo à prática de atitudes contrárias à própria ética, que possam excluí-lo ou prejudicá-lo no progresso em sua carreira” (PRATA, 2008, p. 57).

O assédio moral vem demonstrando ser um problema social. Pois, além de prejudicar o ambiente de trabalho, prejudica também a vida do trabalhador pessoal. Como vimos, o assédio moral não se confunde com outros conflitos, que são esporádicos, nem mesmo com más condições de trabalho, os abusos tem que ser prolongados no tempo, com o objetivo de causar dano psíquico ou moral ao trabalhador. Dano esse que pode ser permanente ou transitório.

Em fim, como vimos, o assédio moral tem vários conceitos, sendo que muitos deles têm parâmetros unânimes. Não poderia deixar de trazer a baila o Projeto de Lei que tramita no Poder Legislativo, para enquadrar, o assédio moral. O projeto de Lei nº 2.369/2003 define o assédio moral como:

“Assédio moral consiste no constrangimento do trabalhador por seus superiores hierárquicos ou colegas, através de atos repetitivos, tendo como objetivo, deliberado ou não, ou como efeito, a degradação das relações de trabalho e que: I. atente contra a sua dignidade ou seus

direitos, ou; II. Afete sua higidez física ou mental, ou; III. Comprometa a sua carreira profissional”.

Como vimos, já tem um Projeto de Lei para enquadrar a conduta do assédio moral. Portanto, agora é esperar, o nosso legislativo aprovar este projeto e transformar em lei, dando uma segurança jurídica melhor para o trabalhador. O conceito jurídico de assédio moral é difícil de serem elaborados, diversos autores enfatizam que têm que haver o dano psíquico, outros enfatizam que tem que ocorrer situações vexatórias. Mas, existem elementos que caracterizam o assédio moral, onde os autores são uníssonos. São eles: a intensidade da violência psicológica, ela tem que ser grave. Como bem assevera GARCIA:

Não deve ser avaliada sob a percepção subjetiva e particular do afetado, que poderá viver com muita ansiedade situações que objetivamente não possuem a gravidade capaz de justificar esse estado de alma. Nessas situações, a patologia estaria mais vinculada com a própria personalidade da vítima do que com a hostilidade no local de trabalho. (GARCIA, 2003, p. 43).

Outro elemento importante do conceito é quanto ao tempo, tem que ser prolongado no tempo, não pode ser esporádico, é preciso ser permanente os atos assediadores, produzindo os seus objetivos. Os atos tem que ter a finalidade de ocasionar um dano psíquico ou moral no empregado em seu ambiente de trabalho. É necessário que produzam de fato danos psíquicos seja permanente ou transitório. O renomado autor Gherzi destaca a necessidade dos danos psíquicos:

Ele se configura quando a personalidade da vítima é alterada e seu equilíbrio emocional sofre perturbações, que se exteriorizam por meio de depressão, bloqueio, inibições, etc. Esses estados devem guardar um nexo de causalidade com o fato danoso. Poderá ocorrer de este último não gerar o desequilíbrio emocional, mas agrava-lo. Nessa última hipótese, aplica-se a concausa, e o responsável responde pelo agravamento. (GHERSI, 2002, p. 206 e 207).

2.3 Espécies de assédio moral organizacional

Há diversas espécies de assédio moral organizacional. Destacamos as três espécies do assédio moral organizacional: descendente; o ascendente; e o horizontal. O sujeito passivo pode ser caracterizado por um indivíduo ou por um grupo de pessoas. Alkimin (2005), diz que “o assédio moral descendente decorre da hierarquia e em virtude do poder diretivo do empregador, desorientado pelo abuso”. O assédio moral descendente ocorre com frequência do poder hierárquico, os superiores abusam de seus poderes e assediam seus subordinados.

O assédio moral descendente tem um agravante, pois o assediado muitas vezes não tem a quem recorrer e acabam ficando em silêncio. A autora Hirigoyen divide o assédio moral descendente em três subgrupos: assédio perverso, assédio estratégico e o institucional. A ilustríssima autora Hirigoyen (2002) explica que no assédio perverso é quando o assediador persegue o empregado para elimina-lo; já o estratégico busca o pedido de demissão por parte do empregado e o institucional, usa o assédio como instrumento de gestão. A outra espécie de assédio moral é o ascendente, que é a mais rara. Ocorre quando o grupo reprova seus superiores. Neste caso o superior não tem respaldo, credibilidade sendo “forçado” a pedir demissão.

Como bem afirma Ferreira (2004) que a modalidade de assédio moral ascendente, ocorre quando um ou vários subordinados assediam seu superior hierárquico, com falsas acusações de assédio sexual, ou quando um grupo de subordinado boicota seu superior hierárquico desprezado. A última espécie do assédio moral é o horizontal, ocorre entre os colegas de trabalho. Neste caso, não há hierarquia, ocorre geralmente quando disputa um mesmo cargo, funções ou brigas por questões políticas, sexuais, religião e etc. Alkimin (2005) diz que se trata também de assédio moral cometido por colega de serviço e que se manifestam através de brincadeiras maldosas, gracejos, piadas grosseiras, gestos obscenos, isolamento e etc.

Não poderíamos deixar de dividir o assédio moral também em interpessoal e organizacional. O assédio moral interpessoal ocorre entre sujeitos em um processo prolongado de ofensas, ataques direcionados, com objetivo de causar danos, forçando o assediado a demissão, afastamentos e etc. Já o assédio moral organizacional são atos contínuos, através de políticas organizacionais, cujo objetivo é o lucro, o aumento da produtividade ou até mesmo forçar demissões do empregador. Os ataques podem ser direcionados para todo o grupo

indiscriminadamente, ou alvos determinados. O assédio moral organizacional quase sempre é o empregador, superiores hierárquicos.

Muitas vezes o assédio moral organizacional vem mascarado de políticas “motivacionais” de vendas, metas, “incentivos” aos trabalhadores, buscando aumento da produtividade, lucros, fazendo com que os trabalhadores “gastem” suas vidas em busca de uma recompensa. Enfim, a ilustríssima autora Maria Aparecida Alkimin resume bem as espécies de assédio moral:

O assédio moral se classifica em: vertical descendente (parte do superior em relação aos seus subordinados); horizontal simples ou coletivo (parte de um ou mais trabalhadores em relação ao colega de serviço); vertical ascendente (de um ou mais assalariados em relação ao superior hierárquico). No que tange ao assédio moral vertical descendente, pode-se observar que esse tipo de assédio é proveniente do empregador, compreendido na expressão o empregador propriamente dito, bem como qualquer outro superior hierárquico (diretos, gerente, assessor, chefe, supervisor e etc) que receba a delegação de poder de comando (ALKIMIN, 2005, p. 61).

Regina Célia Pezzuto Rufino assevera que:

A humilhação vertical se caracteriza por relações autoritárias, desumanas, onde predomina os desmandos, a manipulação do medo, a competitividade. O avanço do sistema organizacional do trabalho demandou novas características incorporadas a função: polifuncionalidade, rotação das tarefas, autonomia e flexibilização. Exige-se uma maior qualificação dos trabalhadores a custo de menores salários. (RUFINO, 2006, p. 77).

2.4 Perfil do assediador organizacional

O assediador, nem sempre será necessariamente o superior hierárquico. Como vimos, existem várias espécies de assédio moral. O assediador poderá ser um subalterno que almeja o cargo de chefe ou diversos empregados

que tenham apressado pelo antigo chefe e tem o objetivo de “boicotar”, desvalorizar o chefe atual. Existe ainda a situação que em que o assediador está no mesmo patamar que o assediado, fato que é bem ilustrado pela magnífica Hirigoyen (2002): “Os colegas de trabalho que tem dificuldade de conviver com a diferença (mulher em grupo de homens, homossexualidade, diferença religiosa ou social) também poderão ser assediadores”.

Não é tão difícil a identificação de um assediador, situações de assédio moral estão no dia a dia no ambiente de trabalho.

[...] em alguns casos a instalação na situação costuma ocorrer mediante o desenvolvimento de orientações de condutas masoquistas, com as quais a vítima do assédio psicológico tende a evadir-se de sua insuportável sensação de solidão e impotência. Seus sentimentos de insignificância, unidos a outros possíveis de inadequação, fazem com que busque no assediador alguém a quem ligar-se para, desse modo, renunciar a sua eguidade ou individualidade. (ZABALA, 2001, p. 230).

O perfil do assediador moral, em princípio, é o de uma pessoa “perversa” (HIRIGOYEN 2002). Ele excede os limites, vai além, tem prazer em humilhar os empregados. São pessoas que se acham acima de todos, melhor que os outros como bem explana a magnífica HIRIGOYEN: “Em regra, utiliza-se “de um tom doutoral, dá a impressão de saber”, “usa palavras técnicas sem se preocupar com o sentido”, demonstra uma erudição superficial e argumentos incoerentes”.

Na maioria dos casos o objetivo do assediador é diminuir, desprezar. É um ser que gosta de fazer com que as pessoas tenham medo dele. A eterna professora Alice Monteiro de Barros resume muito bem os objetivos do assediador:

“Muitas vezes o objetivo do assediador é massacrar alguém mais fraco, cujo medo gera conduta de obediência, não só da vítima, mas de outros empregados que se encontram ao seu lado. Ele é temido e, por isso, a possibilidade de a vítima receber ajuda dos que a cercam é remota. Ao agirmos assim, no entanto, tornamo-nos

cúmplices do assediador pela indiferença, pelo medo ou pela covardia. A meta do “perverso”, em geral, é chegar ao poder ou nele manter-se por qualquer meio ou então mascarar a própria incompetência”. “O importante para o assediador é o domínio da organização; é controlar os outros”. (BARROS, 2013, p. 737).

Nesse sentido, é nítida que uma das características do assediador é a mediocridade, vaidade, eloísta, falta de solidariedade dentre outros. A doutrina espanhola traz uma excelente contribuição a respeito do perfil do assediador moral que exerce altos cargos:

“O perfil de um tipo de assediador, pouco estudado, que é o ocupante de alto cargo, inteligente, muito considerado na sociedade, mas com dose excessiva de vaidade e narcisismo, que exige a tal ponto a entrega absoluta do subordinado que acaba por incutir-lhe terror psicológico. Ele adota uma estratégia de utilização e depois de destruição do outro, sem qualquer culpa”. (GARCIA CALLEJO, 2003, p. 45).

O assediador moral é um perverso, egocêntrico, que impõem suas ideias, não suporta ser criticado. É um ser que sempre está certo, não pode ser contrariado, insensível, “grosso”. Desconhece afeto, é sádico, pois se alegra com o sofrimento do próximo. Muitas iniciativas assediadoras vêm de um desejo do assediador em manipular, controlar as pessoas que estão em sua volta, para conseguir seus objetivos.

São exemplos de instrumentos que contribuem para o assédio moral organizacional: o tipo de gestão de pessoas e os critérios de delegação e avaliação de desempenho, o que evidentemente cria um ambiente de competição não ético internamente, dando início há vários fatores que iram prejudicar o ambiente de trabalho. O assédio moral organizacional, Hirigoyen (2002) afirma que práticas de gestão pouco claras, ou, até maléficas, representam uma autorização para comportamentos individuais perversos.

A conduta do assédio moral no ambiente de trabalho se manifesta por diversos motivos, como bem assevea Alkimin:

“Deficiência na organização do trabalho, precariedade de comunicação e informação interna, corrida pela competitividade, ausência de uma política de relações humanas, rivalidade dentro do setor, gerenciamento sob pressão para forçar a adaptação e a produtividade, inveja, ciúmes, e até mesmo a perversidade a muitas pessoas”. (ALKIMIN, 2006, p.48).

É uníssona a doutrina, que o assediador é um perverso narcisista, neurótico, que só tem seu ego preenchido, humilhando os outros. É um sujeito vazio que não tem afeto, não se relaciona com ninguém, usa as pessoas só para atingir seus objetivos e depois descarta. É certo que o perfil do assediador é ser uma pessoa perversa, sarcástica, que tem como objetivo dominar, controlar o ambiente de trabalho e as pessoas desse ambiente.

3 IMPACTOS CAUSADOS PELO ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL NO SERVIÇO PÚBLICO

3.1 Comportamentos configuradores do assédio moral organizacional

O assédio moral organizacional nas últimas décadas vem chamando atenção no meio jurídico e acadêmico. Com o grande número de processos e problemas relacionado a saúde do trabalhador e a relevância de um ambiente de trabalho sadio, a problemática do assédio moral organizacional começa a ganhar destaque. Observa-se o assédio moral como resultado da sinergia de causas, perpassando entre as dimensões do ser e estar, interpessoal e organizacional. Os comportamentos configuradores do assédio moral não são uníssonos entre os autores, mas compreende como: comportamento impertinente e socialmente ofensivo seja por ação ou omissão. Caracteriza-se com o dano psíquico, reiterados atos, intensidade de violência psicológica aplicada de modo sistemático e prolongada no tempo. O assédio moral é investido prolongado, continuado.

No assédio moral existe uma intenção, o dolo é o nexa entre o assediado e o assediador. O assédio organizacional é configurado quando a

prática serve com o fim da obtenção de lucros. Logo, percebe-se que existe um dolo, uma intenção com a ação ou omissão. É uma intenção dirigida a alguém ou grupo, causando lesão psíquica no trabalhador. Em síntese, o assédio moral configura-se com agressões de baixa intensidade, que com o tempo vão evoluindo de acordo com a vulnerabilidade do assediado.

A regularidade, a frequência das ações ou omissão caracteriza o assédio moral. Leymann (1990) destacou em seu estudo como elementos definidores do assédio a periodicidade (seis meses ou mais) e a frequência (no mínimo, duas vezes por semana). São comportamentos prolongados. Podemos destacar alguns comportamentos que caracterizam o assédio moral organizacional, como bem ilustra Hirigoyen:

“Os propósitos do agressor são variados: comprometer a imagem da vítima; desacreditando-a; sabotar processos organizacionais; perturbar o exercício profissional do indivíduo ou mesmo do grupo; lograr êxito em competições; alcançar satisfação pessoal; minar a rede de relacionamentos do assediado, deixando-o fragilizado e vulnerável a novas incidências, entre outros”. (HIRIGOYEN, 2012, p. 93).

O assédio, essencialmente moral ou corporativo puro, pode ser direcionado a um ou a mais empregados, o que enseja sua categorização em individual e coletivo (ou estratégico). Esse último, geralmente relacionado a interesses econômicos (HAAK e ABAL, 2014). O assédio moral organizacional muitas vezes é mascarado por políticas empresariais, gestões, que “encurralam” o indivíduo no ambiente de trabalho. O assédio moral se configura através de uma perseguição prolongada, humilhante e praticada por um sujeito perverso, que tem por objetivo afastar o indivíduo do emprego. O assediador utiliza várias formas para conseguir seus objetivos. Muitas vezes utiliza um olhar de desprezo, recusa de comunicação, desvaloriza o indivíduo, desqualifica seus afazeres, muitas vezes grita, xinga o indivíduo dentre outras manifestações reprováveis. Nas últimas décadas, com o avanço da globalização, capitalismo, incorporou-se uma cultura de competitividade no mercado.

A busca cada vez mais incessante por lucros, domínio de mercado, as organizações, corporações, começam a focarem em seus lucros acima de tudo,

não se importando com quem de fato produzem o lucro, que são os empregados. Infelizmente, este ambiente de ganância, lucratividade torna cada vez mais degradante o meio ambiente do trabalho.

Os desafios são vários, pois é uma situação que muitas vezes vem camuflada. Ocorre que diversas vezes o assédio moral está presente, mas o assediado não percebe que está tendo sua dignidade humana violada. Uma das características do assédio moral são as repetição e sistematização de comportamentos hostis no ambiente de trabalho, a falta de respeito pelo próximo, as humilhações e a intenção de prejudicar, desvalorizar, desmoralizar e forçar o indivíduo a pedir demissão do emprego. Nesse sentido, não é de se espantar que em um cenário onde o lucro, o dinheiro é o foco, o centro das relações, o ser humano ser colocado como “produto”, “meio” e não como fim nesse cenário. Esta inversão de valores trazem prejuízos desastrosos para a sociedade. Por isso que com o passar do tempo, é possível nos depararmos com ambientes de trabalho cada vez mais adoecido.

É um mal que vem se alastrando no Brasil, é preciso as autoridades estarem de olho, pois ambientes de trabalhos doentes, levam a uma população, a sociedade tornarem doentes. A vítima tem que enfrentar a situação, mas para isso ela precisa está amparada pela legislação, pelos poderes, para não permitir o assédio. O problema é que muitas vezes a vítima começa a sentir os sinais da doença depois de algum tempo. Sem falar que na maioria dos casos as vítimas ocultam o problema, não denunciam. Pois tem medo de perder o emprego, sofrendo calado, agravando mais ainda sua situação.

Enfim, existem vários comportamentos que configuram o assédio moral. Hirigoyen (2002) afirma que seja quem for o assediador, ele utiliza procedimentos perversos para acometer psicologicamente suas vítimas.

“Para manter o poder e controlar o outro se utiliza de manobras aparentemente sem importância, que vão se tornando cada vez mais violentas se o empregado resiste a elas. Em um primeiro momento, busca-se retirar dele todo e qualquer senso crítico, até que ele não saiba mais quem está errado e quem tem razão. Ele é estressado, crivado de críticas e censuras, vigiado, cronometrado, para que se sinta seguidamente sem saber de que modo agir; sobretudo, não

se lhe diz nada que possa permitir-lhe compreender o que acontece”. (HIRIGOYEN, 2002, p. 76).

Percebe-se que, onde existe assédio moral, é um ambiente adoecido. Os trabalhadores ficam confusos, estressados. Hirigoyen (2002) destaca algumas situações que caracterizam o assédio moral: “deterioração proposital das condições de trabalho; isolamento e recusa de comunicação; atentado contra à dignidade; violência verbal, física ou sexual, e etc”. O assediador, muitas vezes, age de forma indireta e não verbal, destruindo as defesas do indivíduo; se estendem à identidade e autoestima da pessoa, violando sua dignidade. E dentro desse cenário, estão os servidores públicos, que não estão imunes ao assédio moral. Com o enfraquecimento da estabilidade do servidor público, o assédio moral passa a estar presente a cada dia na administração pública. Situação que vem atrapalhando a máquina pública, órgãos, entidades que estão a cada dia ineficientes. Portanto, não basta uma situação isolada, como bem explica autora Nascimento (2011), “a caracterização do assédio moral está ligada à ideia de reiteração, ou seja, ocorrência da repetição de atos que desabonem a integridade moral da vítima, humilhações seguidas de atos vexatórios, minando a autoconfiança e desestimulando o trabalhador”.

O assédio moral organizacional é compreendido como uma forma de violência, que viola direitos fundamentais e atrapalha a vítima a realizar suas atividades, tarefas perfeitamente bem. Não se pode desprezar a importância da vontade do assediador em destruir a dignidade da vítima, causando-lhe danos psíquicos. Existe um contexto social, estrutural, mundial que incentiva esses comportamentos, essas violações à dignidade da pessoa. A globalização reforça a guerra pelo mercado, à guerra econômica. Criando um ambiente propício ao aparecimento de gestões, políticas, pessoas gananciosas, e perversas, com o objetivo de lucrar acima de tudo, passando por cima dos princípios básicos da vida.

3.2 Danos causados na organização pelo assédio moral

O assédio moral no trabalho é uma problemática muito grave. Pois, ele é um fato de risco psicossocial capaz de provocar danos à saúde do trabalhador. Não obstante, o assédio moral pode ser considerado uma doença do trabalho, equiparada a acidente do trabalho. Logo, a CIPA – Comissão Interna de Prevenção

contra Acidentes do Trabalho, atuar na sua prevenção ou na repressão desses abusos cometidos pelo assediador. Os danos causados pelo assédio moral organizacional, não são apenas do assediado. A organização, empresa, serviço público, sofrem com a presença do assédio moral no trabalho. O assédio moral corporativo tem suas peculiaridades, mas é uníssono que a figura dele nas organizações criam inúmeras dificuldades institucionais, dentre elas destacamos: perda de motivação funcional; isolamento social; impotência diante dos desafios profissionais; incapacidade de articulação laboral; falta de colaboração no ambiente de trabalho dentre outros.

Mas, sem dúvida o que mais sofre é o assediado. Os problemas causados à saúde das vítimas são enormes. Conforme Antloga e Costa e Merísio relatam:

“Os distúrbios causados à saúde do trabalhador são variados: crises de hipertensão, alterações da libido e do sono, síndrome do pânico, dores físicas, perda de apetite, dificuldades de concentração, cansaço, depressão, mudanças no metabolismo e problemas digestivos, entre outros. As patologias podem evoluir para graves doenças ocupacionais de natureza psicossomática ou psicossocial”. (ANTLOGA e COSTA, 2007, p.195) e (MERÍSIO, 2012, p. 164).

Portanto, o maior prejudicado sem dúvida é o assediado. O assédio afeta sua saúde mental, emocional, física, irradiando para a sua vida social, pois influenciará os seus relacionamentos, sejam eles pessoais ou sociais. Tornando-o uma pessoa com problemas psicológicos, de relacionamentos, ocorrendo problemas com patologias mais severas, podendo chegar ao suicídio, homicídio dentre outras violências. O assédio moral reflete em todas as áreas da vida do ser humano, como bem assevera Sossela e Neves (2011): “O assédio moral repercute nas esferas biológica, biopsicológica e comportamental, o que implica destruir a qualidade de vida do indivíduo integralmente. Na verdade tem consequências psicopatológicas, psicossomáticas e comportamentais”.

De se ver que o assédio moral afeta todas as áreas da vida do assediado. Na área física ocasionando a fadiga, distúrbio do sono, hipertensão arterial, alterações no ciclo menstrual, enxaquecas, problemas gastrointestinais, dores musculares e etc. Já os sintomas psíquicos podem destacar a dificuldade de

concentração, lapsos de memória, impaciência, ciclotimia, diminuição no raciocínio, sentimento de solidão, angústias e etc. Quanto aos sintomas comportamentais, destacamos a irritabilidade, deambulação, negligência na prática laboral, perda de identidade e interesse pelo trabalho, agressividade, isolamento, tentativas de autoflagelo, ruptura de laços afetivos dentre outros.

É certo que as práticas assediadas, causam prejuízos infinitos na vida da vítima. O assédio moral leva a vítima a exaustão emocional, a sua auto depreciação, e insatisfação pessoal no trabalho. Argimon, Gauer e Oliveira (2009) afirmam: "O assediado pode perder a referência de si mesmo (autovisão de sua capacidade e potencial), contaminando-se pelas impressões perniciosas do assediador". Nos últimos anos com o aumento relevante de trabalhadores adoecidos, o ambiente de trabalho começa a ser visto de outra forma. É preciso ter um olhar mais atento no ambiente de trabalho, pois ele tem sido um grande vilão na saúde dos seus empregados. Esse contexto o assédio moral tem grande destaque, sendo responsável por diversas solicitações de afastamento do trabalho. Cresce a cada dia o número de trabalhadores doentes, o número de inimizades nas organizações.

O assédio moral como já foi dito, não causa prejuízos apenas a vítima, ele afeta também os custos operacionais da empresa, pois pode levar a baixa produtividade, absenteísmo, falta de motivação e de concentração, que aumentam os erros no serviço. Logo, percebemos que aquela velha máxima de que "o feitiço vira contra o feiticeiro" se faz presente, pois o assediador além de prejudicar a vida da vítima, estará prejudicando o seu próprio trabalho, sua própria organização, empresa. Um ambiente de trabalho estressado é um ambiente doente. O assédio moral inevitavelmente cria um ambiente ruim, insalubre, estressante, apreensão. E em ambientes de tensão, competição, apreensão, conseqüentemente ocorre a queda na produtividade, ocasionando a redução do serviço, tanto na qualidade como na quantidade. A partir de então se tornando uma bola de neve, causando prejuízos à vida do assediado principalmente, como também prejuízos econômicos ao empregador. Danos que podem ser irreparáveis, podendo levar a empresa a falência, pois sua imagem, reputação perante o mercado pode ser manchada.

Mas, sem dúvida o maior prejudicado é a vítima, como bem registra a magnífica Hirigoyen:

“O assédio moral é recente e existe ainda uma possibilidade de reação, os sintomas são, no início, parecidos com os do estresse, o que os médicos classificam de perturbações funcionais: cansaço, nervosismo, distúrbios do sono, enxaquecas, distúrbios digestivos, dores na coluna... É a autodefesa do organismo a uma hiperestimulação e a tentativa de a pessoa adaptar-se para enfrentar a situação. Mas, se o assédio moral se prolonga por mais tempo ou recrudesce, um estado depressivo mais forte pode se solidificar. A pessoa assediada apresenta então apatia, tristeza, complexo de culpa, obsessão e até desinteresse por seus próprios valores (HIRIGOYEN, 2002, p. 159-160).

É de se notar, que o maior prejudicado é o assediado. Não tem dinheiro que compre uma vida saudável, tranquila. Como já foram falados, diversos danos à saúde do trabalhador é registrado. Os malefícios causados pelo assédio moral em regra irradiam para outras áreas da vida do assediado. Atrapalha a vida social da vítima, ela não tem mais entrosamento com os colegas de trabalho, se afasta dos amigos, tem problemas de relacionamento familiar, casamentos, dentre outros. Situação essa, que pode ser agravada, quando a organização foca, assedia apenas um indivíduo, como bem corrobora autora Hirigoyen:

“As consequências, o impacto dos procedimentos, serão mais fortes se partirem de um grupo aliado contra uma só pessoa do que se vier de um único indivíduo, bem como que o assédio de um superior hierárquico é mais grave do que o de um colega, pois a vítima tem o sentimento, na maioria justificado, de que existem menos recursos possíveis dos casos e que existe muitas vezes uma chantagem implícita na ação”. (HIRIGOYEN, 2002, p. 118).

O assédio moral poderá deixar sequelas na vida da vítima por toda a sua vida. É importantíssimo detectar logo no início atitudes que caracterizem assédio moral. Não só para dá um basta nas atitudes assediadoras, como também não permitir o agravamento dos sintomas na vida da vítima. É fundamental, assim que

detectado o assédio a pessoa procurar um psicólogo, fazer terapia para não permitir que sua autoestima, ego, confiança seja eliminada.

Em suma, o assédio moral com o tempo, ocorre o agravamento da saúde da vítima, passando de sintomas como angustias, estresses, ansiedades e etc. Surgindo um quadro mais profundo, caracterizado por transtornos, distúrbios psicossomáticos, depressão, podendo levar ao suicídio. Os transtornos causados pelo estresse da situação são gravíssimos. A autora Hirigoyen, aborda um pouco do que o assédio moral se não tratado pode fazer na vida da vítima, através do transtorno de estresse pós-traumático:

“a rememoração das cenas de violência e humilhação se impõe à pessoa traumatizada, que não consegue se livrar delas. Essas imagens, exteriores à pessoa que as recusa, funcionam como *flashbacks* dolorosos. À noite, as situações traumáticas são revividas sob forma de pesadelos. A evocação das cenas violentas permanece dolorosa por muito tempo, às vezes até para sempre. Anos depois, as vítimas continuam a ter terríveis pesadelos associados a elas”. (HIRIGOYEN, 2002, p. 165).

Portanto, precisamos dá mais ênfase à questão do assédio moral. É nítido o quando o assédio moral é perigoso. Em síntese, o assédio moral afeta toda sociedade, pois vai prejudicar a empresa, os lucros das empresas, ocorrendo no serviço público prejudica toda coletividade. E o maior prejudicado que é a vítima, tornando-a um ser com diversos problemas, podendo causar sofrimento que irão durar a vida toda.

3.3 Princípios fundamentais violados pelo assédio moral organizacional

Importante salientar que o assédio moral viola diversos princípios fundamentais. A ocorrência do assédio moral é um atentado ao Estado Democrático de direito, Estado esse que tem o dever de proteger as pessoas. Podemos destacar como princípio base violado o da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade é um direito irrenunciável. O brilhante Alexandre de Moraes conceitua dignidade:

“[...] um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos”. (MORAES, 2011, p. 48).

O princípio da dignidade da pessoa humana está presente no artigo 1º, inciso III, título I Dos Direitos Fundamentais da Constituição da República de 1988, sendo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. É considerado, um princípio base, orientador, servindo de parâmetro para outros princípios. A dignidade do trabalho é destacada nas declarações de direitos do homem. Como bem explica Nascimento (2009), que: “Promove-se assim, a tutela de direitos extrapatrimoniais, de natureza pessoal, abarcando não só direitos do homem e do cidadão, mas também do trabalhador”.

A dignidade humana ultrapassa o conceito transcendental, expressão de ordem metafísica e concretiza-se como norma alvo de estudos científicos profundos, orientando além da ideia que deve guiar o trabalho do intérprete do direito ou de orientação da atividade legiferante.

O ilustríssimo Ingo Wolfgang Sarlet assevera que:

“Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos”. (SARLET, 2001, p. 61).

Logo, percebemos que o assédio moral organizacional viola o princípio da dignidade da pessoa humana. Como bem afirma GUEDES:

“a perseguição, o “terror psicológico” chamado assédio moral, ao atingir, principalmente, o trabalhador em seu ambiente de trabalho, concorre para que este tenha a sua dignidade frontalmente violada, causando profundo sofrimento, vindo a degenerar-se em doenças, como a depressão”. (GUEDES, 2008, p. 67).

Notasse que o conceito de dignidade da pessoa humana que a prática do assédio moral configura um desrespeito a um direito que é próprio do ser humano, que é ter respeitado. A partir do momento em que o trabalhador é desrespeitado, a sua dignidade é violada. O princípio da dignidade da pessoa humana dá um respaldo para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Autora Joyceane Bezerra de Menezes (2008) assevera que “A dignidade da pessoa humana funciona como cláusula geral do direito de personalidade”.

Ainda a respeito da dignidade da pessoa humana, não poderíamos deixar de destacar a magnífica lição de Ruy Barbosa a respeito da importância do homem para o trabalho e no trabalho e dos significados dessa relação para a produção de valores na sociedade e na própria vida do indivíduo na sua magnífica obra *Oração aos Moços*:

“O trabalho, certamente dignifica a existência terrena, e quando livre e criativo, liga o homem a Deus, pois o indivíduo que trabalha acerca-se continuamente do autor de todas as coisas, tomando na sua obra uma parte, de que depende também dele. O criador começa, e a criatura acaba a criação de si própria”. (Ruy Barbosa, *Oração aos Moços*).

O trabalho edifica o ser humano, é necessária a valorização do trabalho. Nascimento já asseverava:

“A dignidade é um valor subjacente a numerosas regras de direito. A proibição de toda ofensa à dignidade da pessoa é uma questão de respeito ao ser humano, o que leva o direito positivo a protegê-la, a garanti-la e a vedar atos que

podem de algum modo levar à sua violação, inclusive na esfera dos direitos sociais”. (NASCIMENTO, 2004, p. 358).

É uníssono na doutrina, o prestígio que a jurisprudência, os tribunais superiores dão a proteção à dignidade da pessoa humana. Temos milhares de julgados na justiça brasileira que destacam o princípio da dignidade da pessoa humana no ambiente de trabalho. Citaremos alguns exemplos da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana no trabalho, segue trechos dos acórdãos:

TST - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA AIRR 102823320155150098 (TST)

Data de publicação: 24/03/2017

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA . PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AGRESSÃO FÍSICA POR COLEGA DE **TRABALHO** DENTRO DO **AMBIENTE** LABORAL. DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA **DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**, DA INVIOABILIDADE PSÍQUICA (ALÉM DA FÍSICA) DA **PESSOA HUMANA**, DO BEM-ESTAR INDIVIDUAL (ALÉM DO SOCIAL) DO SER HUMANO, TODOS INTEGRANTES DO PATRIMÔNIO MORAL DA **PESSOA** FÍSICA. DANO MORAL CARACTERIZADO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO EMPREGADOR. ARTS. 932, III E 933, DO CÓDIGO CIVIL. INCIDÊNCIA, ADEMAIS, DA SÚMULA 126/TST, RELATIVAMENTE AOS FATOS EXPLICITADOS **NO** ACÓRDÃO. 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 afirmação de sua individualidade **no** meio econômico e social, com repercussões positivas conexas **no** 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. O direito à indenização por dano moral encontra amparo **no** art. 5º, V e X, da

Constituição da República e **no** art. 186 do CCB/2002, bem como nos princípios basilares da nova ordem constitucional, mormente naqueles que dizem respeito à proteção da **dignidade** humana, da inviolabilidade (física e psíquica) do direito à vida, do bem-estar individual (e social), da segurança física e psíquica do indivíduo, além da valorização do **trabalho** humano. O patrimônio moral da **pessoa** humana envolve todos os bens imateriais, consubstanciados em princípios. Afrontado esse patrimônio moral, em seu conjunto ou em parte relevante, cabe a indenização por dano moral, deflagrada pela Constituição de 1988. Na hipótese, a Corte de origem foi clara ao consignar que " houve comprovação de que a reclamante sofreu agressão física pela funcionária Maria Lúcia, **no** dia 07/01/2015, após incidente ocorrido na fila do cartão de ponto". Entendeu...(Grifos originais).

TST - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA AIRR 9687520155190058 (TST)

Data de publicação: 24/11/2017

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015 /2014 E ANTERIOR À LEI 13.467 /2017 . 1. HORAS "IN ITINERE". FORNECIMENTO DE TRANSPORTE PELA EMPRESA. ÔNUS DA PROVA. SÚMULAS 90, II E 126/ TST. 2. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONDIÇÕES PRECÁRIAS DE HIGIENE **NO AMBIENTE DE TRABALHO**. DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA **DIGNIDADE** DA **PESSOA** HUMANA, DA INVIOABILIDADE PSÍQUICA (ALÉM DA FÍSICA) DA **PESSOA** HUMANA, DO BEM-ESTAR INDIVIDUAL (ALÉM DO SOCIAL) DO SER HUMANO, TODOS INTEGRANTES DO PATRIMÔNIO MORAL DA **PESSOA** FÍSICA. DANO MORAL CARACTERIZADO. INCIDÊNCIA, ADEMAIS, DA SÚMULA 126/TST, RELATIVAMENTE AOS FATOS EXPLICITADOS **NO** ACÓRDÃO. 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 afirmação de sua individualidade **no** meio econômico e social, com repercussões positivas conexas **no** plano cultural - o que se faz, de maneira geral, considerado o conjunto mais amplo e diversificado das **pessoas**, mediante o **trabalho**, particularmente, o emprego. O direito à indenização por dano moral encontra amparo **no** art. 5º, V e X, da Constituição da República e **no** art. 186 do CCB/2002, bem como nos princípios basilares da nova ordem constitucional, mormente naqueles que dizem respeito à proteção da **dignidade** humana, da inviolabilidade (física e psíquica) do direito à vida, do bem-estar individual (e social), da segurança física e psíquica do indivíduo, além da valorização do **trabalho** humano. O patrimônio moral da **pessoa** humana envolve todos os bens imateriais, consubstanciados em princípios. Afrontado esse patrimônio moral, em seu conjunto ou em parte relevante, cabe a indenização por dano moral, deflagrada pela Constituição de 1988. Na hipótese, o Tribunal Regional, com alicerce **no** conjunto fático-probatório produzido nos autos, concluiu ter ficado demonstrada a insuficiência e a precariedade das instalações sanitárias... (Grifos originais).

Dentre muitos, não poderíamos deixar de expor um pouco do que a nossa suprema corte tem entendido a respeito da dignidade humana no ambiente de trabalho:

STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO ARE 1078491 CE CEARÁ 0009781-68.2010.4.05.8100 (STF)

Data de publicação: 04/10/2017

Decisão: assim ementado: "DIREITO CIVIL. ADMINISTRATIVO. DANOS MORAIS. ASSÉDIO MORAL SOFRIDO EM **AMBIENTE...** DE **TRABALHO**. INOCORRÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO." A parte ora recorrente, ao deduzir o apelo extremo... habitualmente **no** ambulatório de egressos, sendo

convocada apenas eventualmente para exercer atividade **no...** (Grifos originais).

STF - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ADI 5625 DF DISTRITO FEDERAL 0062522-18.2016.1.00.0000 (STF)

Data de publicação: 17/08/2017

Decisão: violação dos princípios da **dignidade** da **pessoa** humana, dos valores sociais do **trabalho** e da livre..., ao viabilizar a contratação de profissionais utilizando-se a forma de **pessoa** jurídica e as normas internacionais do **trabalho**, configurando-se verdadeiro retrocesso social. A Associação... (Grifos originais).

Enfim, compreendesse que assédio moral e dignidade da pessoa humana estão de lados opostos. Uma das principais características do assédio moral organizacional é a violação dos direitos fundamentais do trabalhador. Outro princípio que é violado com o assédio moral é o do direito da personalidade do trabalhador. A personalidade está dentro de todo ser humano. A eterna Alice Monteiro de Barros corrobora a respeito dos direitos da personalidade, afirmando que são:

“Prerrogativas de toda pessoa humana pela sua própria condição, referentes aos seus atributos essenciais em suas emanações e prolongamentos, são direitos absolutos, implicam num dever geral de abstenção para sua defesa e salvaguarda, são indisponíveis, intransmissíveis, irrenunciáveis e de difícil estimação pecuniária”. (BARROS, 2008, p. 581-582).

É importantíssima a preservação dos direitos da personalidade. Que junto com o princípio da proteção do empregado, são limitadores do poder do empregador. Outro princípio fundamental que é violado é o do meio ambiente de trabalho equilibrado. Na nossa carta maior, Constituição Federal, assegura lá no artigo 225 que:

“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Lembrando que, o termo meio ambiente é extenso, abstrato. A doutrina divide o meio ambiente em quatro subespécies: natural, artificial, cultural e do trabalho. Logo, o meio ambiente do trabalho é amparado por esta proteção. O direito fundamental a saúde também é violado quando ocorre o assédio moral. A empresa, o patrono, a administração pública, tem a obrigação de fornecer aos seus trabalhadores um local sadio, harmônico, digno. O princípio fundamental ao desenvolvimento também é violado com o assédio moral organizacional. Um ambiente sustentável, que venha contribuir para o desenvolvimento, visa coibir as práticas degradantes do ser humano.

Em fim, o assédio viola diversos princípios e direitos fundamentais. E um Estado Democrático de direito como é o caso da República Federativa do Brasil, não pode permitir essas violações.

3.4 Assédio moral organizacional no serviço público

O assédio moral está presente em todos os lugares, inclusive no serviço público. O serviço público brasileiro é um campo fértil para o desenvolvimento do assédio moral. Seja qual forem as formas: vertical; horizontal e misto o assédio moral organizacional está presente no serviço público. Com o avanço do enfraquecimento das garantias no serviço público, cresce o número de abusos na administração pública. Superiores hierárquicos se aproveitam de seus cargos e pressionam o servidor público. O assédio moral horizontal no serviço público tem crescido com o tempo. Os servidores públicos que estão no mesmo patamar, e um começa a “agredir” os outros.

Apesar do assédio moral no serviço público ser mais presente na espécie interpessoal, o assédio moral organizacional é recorrente também no serviço público. O assédio moral organizacional na administração pública ocorre de uma maneira camuflada, através de uma “capa” de legalidade, legitimidade, que com ações ou omissões seja direta ou indiretamente, prejudicam os direitos

do servidor público. O assédio moral organizacional no serviço público ocorre muitas vezes por desafetos por motivos pessoais.

Devemos observar que dentro da administração pública, sejam nos órgãos, entidades públicas, existem fatores que vão além do emprego, tais como lutas diretas e indiretas por funções de confiança, cargos políticos, promoções pessoais e profissionais dentre outros. Percebe-se que muitas vezes o assediado tem a sua estabilidade garantida em lei, mas o seu superior hierárquico, apesar de saber que não pode demiti-lo ao bel prazer, o expõe a tarefas árduas, desnecessárias, que o diminua, desmotive, desmereça intelectualmente. O servidor público pode ser vítima de ironias, deboches indiretos, risos, elogios a um integrante do grupo de trabalho, sem nunca menciona-lo o outro, sofrer uma vigilância excessiva, ser injustamente prejudicado em sua avaliação de desempenho e etc.

Como vimos, o assédio moral organizacional no serviço público ocorre através de diversos fatores. O servidor público é exposto a situações humilhantes e constrangedoras, que se prolongam no tempo. O serviço público brasileiro nem sempre é executado em ambientes sadios. Nem mesmo a estabilidade dos empregados públicos impedem situações vexatórias, sarcásticas, assediadoras. É de se notar, o aumento considerável de servidores públicos que ingressam no judiciário em busca de reparações morais e físicas envolvendo o ambiente de trabalho.

Muitas vezes o assédio moral organizacional vem com a roupagem de eficiência, pois o serviço público deve primar pela eficiência, sempre buscando o melhor para a sociedade. Como está escrito na nossa carta magna, no capítulo VII, Da Administração Pública, Seção I, artigo 37: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]". Logo, muitos chefes, diretores de entidades, superiores hierárquicos utiliza esta eficiência para assediar o servidor público.

Hely Lopes Meirelles conceitua eficiência como:

"O que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional.

É o mais moderno princípio da função administrativa, que há não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”. (MEIRELLES, 2003, p. 102).

Portanto, o servidor público não está imune ao assédio moral, pois ele pode sofrer difamações, abusos verbais, perseguições políticas, alterações de funções, tratamento frio, desprezíveis, excesso de trabalho, transferências injustificadas de local de trabalho dentre outras ações que se configuram assédio moral organizacional no serviço público.

O Superior Tribunal de Justiça já afirmou que o assédio moral no serviço público pode ser considerado como ato de improbidade administrativa, abaixo trecho do julgado:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ASSÉDIO MORAL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 11 DA LEI 8.429/1992. ENQUADRAMENTO. CONDUTA QUE EXTRAPOLA MERA IRREGULARIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO GENÉRICO. 1. O ilícito previsto no art. 11 da Lei 8.249/1992 dispensa a prova de dano, segundo a jurisprudência do STJ. 2. Não se enquadra como ofensa aos princípios da administração pública (art. 11 da LIA) a mera irregularidade, não revestida do elemento subjetivo convincente (dolo genérico). 3. O assédio moral, mais do que provocações no local de trabalho - sarcasmo, crítica, zombaria e trote -, é campanha de terror psicológico pela rejeição. 4. A prática de assédio moral enquadra-se na conduta prevista no art. 11, caput, da Lei de Improbidade Administrativa, em razão do evidente abuso de poder, desvio de finalidade e malferimento à impessoalidade, ao agir deliberadamente em prejuízo de alguém. 5. A Lei 8.429/1992 objetiva coibir, punir e/ou afastar da atividade pública os agentes que demonstrem caráter incompatível com a natureza da

atividade desenvolvida. 6. Esse tipo de ato, para configurar-se como ato de improbidade exige a demonstração do elemento subjetivo, a título de dolo lato sensu ou genérico, presente na hipótese. 7. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1286466 RS 2011/0058560-5, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 03/09/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/09/2013). (Grifos nosso).

O Superior Tribunal de Justiça já tem uma jurisprudência ampla em casos de assédio moral no serviço público. Nos últimos anos a corte tem recebido vários casos de abusos cometidos por agentes do estado contra colegas de trabalho, subordinados ou público em geral. Em outro processo, a 2ª Turma manteve decisão da Justiça catarinense que condenou um professor de matemática da rede pública estadual à perda do cargo com base na Lei 8.429/1992, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA). Ele foi acusado de assediar sexualmente suas alunas em troca de boas notas. A condenação foi imposta com base no artigo 11 da LIA, "constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições".

O servidor público apesar de ter uma estabilidade não está imune ao assédio moral. Apesar de todo aparato, estabilidade, legislação que protege o servidor público, o que temos visto é uma crescente no número de denúncias de assédio moral no serviço público. O que vem acontecendo é que o Estado através do seu poder legislativo vem reduzindo as garantias constitucionais do servidor público, com a desculpa de que o serviço público tem que preservar a eficiência. Demonstrando um assédio moral organizacional institucionalizado.

O desvio de função é uma prática caracterizadora do assédio moral organizacional no serviço público. Sendo que, no serviço público não pode ocorrer o desvio de função, pois a partir do momento em que a administração pública determinar que o servidor passe a ter competência para função diversa da sua admissão, o mesmo locupleta-se ilicitamente aproveitando-se do menor pagamento de remuneração ao servidor, causando um prejuízo enorme a própria administração. Pois com o desvio de função, o servidor irá buscar no poder judiciário os seus direitos, levando a administração pública responder diversos processos nos tribunais.

O assédio moral organizacional que infelizmente está inserido cada vez mais no serviço público, prejudicando várias instituições de direito público brasileira, que são chefiadas por cargos comissionados, que em regra tem cunho político, sendo muitas vezes indicações decorrentes das relações de parentesco, amizades. As indicações políticas causam sérios problemas estruturais no serviço público, pois pessoas sem qualquer qualificação acadêmica, técnica, estão no comando do serviço público, que muitas vezes trabalham apenas para os políticos. Nesse desiderato, vemos uma gestão ineficiente, improdutiva, pois diretos, chefes altamente despreparados, na frente de serviços públicos essenciais para a população. Atualmente, percebe-se o quando o serviço público está nas mãos de pessoas apadrinhadas politicamente. Repercutindo não só em cargos altos, como também em cargos menores, é notório o quando a máquina pública está "inchada", com pessoas desqualificadas, que estão ali simplesmente por ser indicado por algum político, em troca de votos.

A velha estrutura de apadrinhamento político cresce a cada dia. O que vemos são pessoas inseridas na administração pública ao bel prazer dos políticos. Essa velha politicagem prejudica a sociedade como um todo, causando um ambiente de medo a administração, pois do mesmo jeito que o servidor público foi colocado ele é demitido, pois não existe nenhuma garantia para ele. Transformando assim, em pessoas que se sujeitam a qualquer tipo de situação para não perder seu emprego.

São tipos de sofrimentos que o servidor público é exposto nas instituições. O assédio moral organizacional vem revestido de uma seleção interna de pessoal, corporativismo ou amigos dos chefes, diretores, funções que são entregues a pessoas desqualificadas e não por mérito e etc. Infelizmente, usam-se muitas vezes a ferramenta da avaliação periódica de desempenho como instrumento assediador. A perversidade é tão grande, que muitas vezes utilizam instrumentos legítimos, que ajudam a administração pública a cumprir suas funções e entregar um serviço público digno, para o mal, como é o caso da Avaliação de desempenho, que é para aferir o desempenho do servidor, suas competências, seus atributos, tornasse um instrumento de perseguição. Chefes, diretores perversos usam a avaliação de desempenho para alcançarem seus objetivos, criando um ambiente de trabalho doentio, estressante.

Ao fim e ao cabo, o assédio moral organizacional institucionalizado é mais difícil de ser provado, percebido. Em regra, vem de uma maneira sutil, quase imperceptível, invisível aos servidores, pois acontece com a roupagem da legalidade, supremacia do interesse público, eficiência, moralidades dentre outros princípios fundamentais.

4 CONSEQUÊNCIAS DO ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL NO SERVIÇO PÚBLICO

4.1 Problemas organizacionais

Diante desse cenário atual, o assédio moral organizacional no serviço público traz consequências gravíssimas para a administração. Problemas organizacionais são criados, agravados pelo assédio moral organizacional. O serviço público sofre com o assédio moral, toda sociedade é prejudicada, pois não terão um serviço público digno, adequado. As práticas de gestão pouco claras, ou até mal intencionadas, prejudicam toda organização, pois é como se fosse uma autorização para comportamentos egoístas, perversas.

As consequências causadas pelo assédio moral organizacional são muitas, dentre elas podemos destacar: ambiente com inimizades; falta de companheirismo; estresse cotidiano; perda de produtividade e etc. Todos têm direito ao meio ambiente equilibrado, inclusive o meio ambiente de trabalho. Segundo as Organizações Internacionais do Trabalho (2000), o assédio pode causar baixa produtividade, diminuição de benefícios, maiores custos de seleção e formação de pessoal substituto; para o Governo, acarreta gastos com a saúde do trabalhador. É nítido que toda uma sociedade sofre, pois uma coisa leva a outra. Uma administração com órgãos, entidades com servidores doentes, é lógico que a sociedade irá também ser penalizada, pois terá seus serviços públicos prejudicados, ineficientes.

Não é só a vítima que sofre prejuízo, a organização também será bastante prejudicada. Um ambiente de trabalho doente, inevitavelmente cria um clima ruim para o serviço público, pois a tensão, estresses, competitividade estará instalada nos órgãos e entidades públicas. Logo, não só o trabalhador, a vítima perde a organização também. O Governo, empresas, corporações e a sociedade serão prejudicados. Não obstante, com o assédio moral organizacional, vem a

diminuição da produtividade, apresentando um serviço precário a toda uma sociedade. Assédio moral poderá causar gastos elevados para a administração pública, como benefícios previdenciários, aposentadorias prematuras, indenizações judiciais, substituição de servidores públicos e etc.

A ilustríssima autora Márcia Novaes Guedes (2003) assevera que “as consequências econômicas ultrapassam a fronteira pessoal e atingem também o Estado, que é onerado com auxílio doença do empregado assediado”. Nessa mesma linha a autora Paula Ariane Freire (2008) esclarece que “uma vez que mais pessoas gozam de benefícios previdenciários temporários, ou mesmo permanentes, em virtude da incapacidade adquirida, sobrecarrega a Previdência Social”. Em fim, a administração pública gastará com as vítimas, dinheiro público que poderia ser empregado em outras coisas, será usado para indenizar, amenizar o problema que foi criado pelo próprio administrador público. Com os servidores públicos estressados, doentes, angustiados por causa do assédio moral, é impossível a administração pública entregar serviços de qualidade. Com isso, os princípios da eficiência, eficácia e efetividade são prejudicados, sendo impossível entregar um serviço de qualidade e eficiente.

Diversos problemas são criados com através da presença do assédio moral organizacional no serviço público. No serviço público, o assédio moral pode se estender por anos, pois as vítimas são protegidas pelas leis, não podendo ser demitidas, salvo falta grave. E como bem assevera Hirigoyen (2002), “dessa forma, os métodos de assédio são muito mais perniciosos, produzindo resultados dramáticos sobre a saúde e a personalidade das vítimas”. Em fim, poderá persistir o assédio moral por muito tempo. O assédio moral organizacional no serviço público gira em torno das disputas internas pelo poder, funções. Desencadeando um ambiente de disputa, estresse, inveja, lugar onde um quer passar a “perna” no outro. Os órgãos, entidades públicas viram locais de insuportáveis, perseguições.

A Constituição Federal de 88 no seu Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, no seu artigo 5º, em seus incisos V diz “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”; e no seu inciso X diz “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. De fato, o assédio moral viola o ordenamento jurídico

brasileiro. O assédio moral organizacional no serviço público é um ato ilícito, é um ato que atenta contra os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. A presença do “perverso” é uma afronta aos princípios, gera danos diretos e indiretos com suas ações. A imoralidade administrativa não pode ocorrer, as ascensões funcionais garantidas por questões políticas, apadrinhamentos, amizades violam todo o serviço público, destroem a moralidade administrativa.

Em resumo, assédio moral organizacional no serviço público, adoece toda administração pública e seus administrados. O fenômeno do assédio moral organizacional causa diversos danos dentro do serviço público, como: queda da produtividade, baixa eficiência, acidentes de trabalho, doenças profissionais, alta rotatividade da mão de obra, aumentando de despesa com rescisões contratuais, seleção e treinamento de pessoal, aumento de causas na justiça com pedidos de reparação de danos e etc.

4.2 Responsabilidades do assediador organizacional

A ocorrência do assédio moral organizacional causa responsabilidade ao assediador. Como vimos, o assediador poderá ser o empregador, o empregado. O comportamento destrutivo do assediador gerará responsabilidade, na área administrativa, civil e penal. O assediador será responsabilizado pelo seu ato ilícito.

Os comportamentos considerados como assédio moral poderiam ser enquadrados em várias alíneas do art. 483 da CLT/43, como rigor excessivo, perigo manifesto de mal considerável, descumprimento de obrigações legais ou contratuais, serviços superiores às forças do trabalhador, ofensa à honra e etc. Essas situações acarretavam a rescisão indireta ou dispensa indireta, além de indenização por dano moral ou material. Nos casos de assédio ascendente e horizontal, a vítima poderá ser dispensada por justa causa se preencher os requisitos do art. 482 da CLT/43 alíneas “b”, “j” e “k”. Mas, como é sabido de todos, ocorreu a reforma trabalhista, e dentre as mudanças trazidas, o tema assédio moral está presente.

A reforma trabalhista entrou em vigor em novembro de 2017, alterando significativamente a antiga Consolidação Trabalhista de 1943. As novas regras alteram o modo como os valores das indenizações serão medidos: a partir de então, a

remuneração do empregado e a intensidade da conduta obrigatoriamente integrarão o cálculo. Apesar de a reforma trabalhista ter retrocedido à medida que garante indenizações menores aos cargos inferiores, os trabalhadores devem se conscientizar do quão importante é reivindicar os seus direitos e dar um basta nessas situações vexatórias. Como vimos, a reforma trabalhista não mexeu no art. 483 da CLT, nem no art. 482 e suas alíneas b, j, k.

Não só a CLT protege de condutas assediantes, como também o nosso Código Civil brasileiro de 2003. O Código Civil brasileiro traz uma responsabilidade civil, para quem comete atos ilícitos como o assédio moral. O artigo 927 do referido Código Civil este escrito:

“Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Lá no artigo 186 e 187 do Código Civil mostra o que é considerado ato ilícito:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

É de se notar que, o assédio moral é um ato ilícito, logo quem praticou o ato ilícito deverá ser responsabilizado. A legislação brasileira dá instrumentos para que o ofendido, a vítima venha ser amparada, indenizada pelos danos sofridos. Observa-se que a responsabilidade atribuída ao empregador por ato de seus empregados, permite que o responsável pelo pagamento da indenização intente ação regressiva contra o causador do dano.

No caso do assédio moral organizacional no serviço público, a administração pública responde objetivamente (não depende de comprovação da culpa do empregado) pelo dano causado por seus servidores, mas poderá entrar com uma ação de regresso contra o causador do dano, se o caso resultou de culpa grave ou dolo do empregado, sendo nítido que o assédio moral é um caso de ação de regresso. O direito do trabalho busca proteger os empregadores de passarem pelo sofrimento, humilhações e do assédio moral. A indenização é uma forma de compensar a vítima pelo sofrimento e também de punir quem provocou conduta antijurídica, o sofrimento.

A doutrina vem demonstrando ser favorável a responsabilidade objetiva do empregador, pelos danos decorrentes da relação de trabalho. Destacamos alguns julgados a respeito da responsabilidade objetiva da administração:

RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI 13.015/2014. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONFIGURAÇÃO DA CULPA IN VIGILANDO. Ao julgar a ADC 16/DF e proclamar a constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93, **a Suprema Corte não afastou a possibilidade de imputação da responsabilidade subsidiária aos entes da Administração Pública, por dívidas trabalhistas mantidas por empresas de terceirização** por eles contratadas, desde que configurada conduta culposa, por omissão ou negligência, no acompanhamento da execução dos contratos de terceirização celebrados, nos moldes da Súmula 331, V, do TST. Mais recentemente, ao julgar o RE 760931, em 30/3/2017, o Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral, consolidou a tese jurídica no sentido de que "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93". A tese jurídica consagrada pela Excelsa Corte em nada difere da compreensão desta Corte, inscrita no item

V da Súmula 331, o qual dispõe que **"Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993,** especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.". Cumpre ressaltar, todavia, que, na sessão do dia 26/4/2017, após o julgamento do referido RE 760931, ressaltou a Excelentíssima Ministra Cármen Lúcia, no debate travado com os demais Ministros, que "Ante a ausência de prova taxativa de nexos de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador, a dizer que se tenha comprovado peremptoriamente no processo tal circunstância, subsiste o ato administrativo; e a Administração Pública exime-se da responsabilidade por obrigações trabalhistas em relação àqueles que não compõem os seus quadros", concluindo, ao final, que "Salvo comprovação cabal da culpa da Administração Pública contratante, exime-se a Entidade Pública de responsabilidade por obrigações trabalhistas dos empregados das entidades contratadas". Ainda no curso do debate, ponderou a Excelentíssima Ministra Rosa Weber que "o ônus da prova é sempre do reclamante", exigindo-se prova robusta nessa linha. A partir da análise dos fundamentos lançados no debate travado no âmbito do Supremo Tribunal Federal é possível concluir ser permitida a responsabilização do ente da Administração Pública, em caráter excepcional, desde que robustamente comprovada sua conduta culposa, não se cogitando de responsabilidade objetiva ou de transferência automática da responsabilidade pela quitação dos haveres em razão do simples inadimplemento das obrigações trabalhistas pela prestadora

de serviços. Ademais, tem-se que compete ao Autor da ação o ônus probatório quanto à conduta culposa do tomador de serviços. No caso dos autos, o Tribunal Regional, após exaustivo exame do conjunto fático-probatório dos autos - inviável de reanálise nesta instância extraordinária (Súmula 126/TST)-, consignou estar cabalmente comprovada a conduta culposa da segunda Reclamada pelos danos sofridos pelo trabalhador. Registrou, assim, a culpa in vigilando do ente da Administração Pública. Legítima, portanto, a imputação da responsabilidade subsidiária combatida, nos termos da Súmula 331, V/TST. Recurso de revista não conhecido. **(TST - RR: 101514920165030036, Relator: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 13/12/2017, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/12/2017) (Grifos nossos).**

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA N.º 331, V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. CONDUTA OMISSIVA. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16/DF, publicada no Dje de 09/09/2011, reconheceu a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei n.º 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação que lhe emprestou a Lei n.º 9.032/1995. A Suprema Corte, na ocasião, sufragou tese no sentido de que a mera inadimplência da empresa contratada não justifica a transferência, para a Administração Pública, da responsabilidade pelo pagamento dos encargos resultantes da relação de emprego havida entre particulares. Ressalvou, todavia, o Supremo Tribunal Federal, que a conduta omissiva da **Administração Pública, quanto ao seu poder-dever de fiscalizar o fiel cumprimento das obrigações atribuídas à empresa contratada, rende ensejo ao reconhecimento da responsabilidade subsidiária do ente público.** É o que se extrai do voto condutor lavrado pelo Exmo. Ministro Cezar Peluso, segundo o qual o reconhecimento da

constitucionalidade do dispositivo legal em comento "não impedirá que a Justiça do Trabalho continue reconhecendo a responsabilidade da Administração com base nos fatos de cada causa" (fl. 38), sendo certo que "o mero inadimplemento deveras não transfere, mas a inadimplência da obrigação da Administração é que lhe traz como consequência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho eventualmente pode reconhecer a despeito da constitucionalidade da lei" (fl. 46 - destaques acrescidos). 2. Nesse exato sentido passou a orientar-se a jurisprudência desta Corte superior, a partir da edição, pelo Tribunal Pleno, da Resolução n.º 174, de 24/05/2011, de que resultou a inserção do item V na Súmula n.º 331, cujo teor é o seguinte: "os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada" (destaques acrescidos) . 3. Num tal contexto, resulta incensurável a decisão proferida pelo egrégio Tribunal Regional, que, examinando a situação concreta dos autos, constatou a omissão da Administração Pública quanto ao poder-dever de fiscalizar o cumprimento, pela contratada, das obrigações legais que lhe incumbiam. Correta, no caso, a imposição ao ente público da obrigação de arcar, de forma subsidiária, com o pagamento dos créditos trabalhistas reconhecidos à obreira. 4. Agravo de Instrumento a que se nega provimento. **(TST - AIRR: 104502420155150134, Relator: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 13/12/2017, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/12/2017). (Grifos nosso).**

Não poderia deixar de destacar o julgado abaixo, muito relevante sobre o tema:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA RÉ EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. LEGITIMIDADE AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE DO TRABALHO . A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a desta Corte Superior firmaram-se no sentido de que o Ministério Público do Trabalho detém legitimidade para ajuizar ação civil pública para tutela de interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis ou homogêneos socialmente relevantes. No caso destes autos, o órgão ministerial requer sejam impostas obrigações de fazer e não fazer, a fim de compelir a ré a cumprir as normas de proteção ao meio ambiente do trabalho, consistentes em fazer com a empresa deixe de praticar ou continuar praticando ato caracterizador de assédio moral organizacional. Pede, ademais, indenização por dano moral coletivo. Esta ação civil pública visa tutelar normas de ordem pública, que se revestem, simultaneamente, de caráter difuso, coletivo e individual indisponível e homogêneo. De um lado, tem por escopo proteger direitos individuais indisponíveis e com repercussão social, uma vez que inerentes ao meio ambiente do trabalhador; por outro, o interesse da coletividade de trabalhadores de laborar em um meio ambiente de trabalho saudável; e, ainda mais, o interesse difuso de toda a sociedade, em ver concretizados a Constituição Federal e os direitos trabalhistas fundamentais. Assim, patente a legitimidade ativa e o interesse de agir do Ministério Público do Trabalho. Inteligência dos artigos 127, 129, III, da Constituição Federal; 5º, I, da Lei nº 7.347/85; 1º, 6º, VII, e 83, I e III, da Lei Complementar nº 75/93. Precedentes. Agravo de instrumento a que se nega provimento. **JULGAMENTO EXTRA PETITA. ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL.**

Para se concluir pela existência de julgamento fora dos limites da lide é necessário que a decisão proferida tenha natureza claramente diversa do objeto pretendido, como disposto nos artigos 128 e 460 do CPC. No caso, observo que os atos caracterizadores de assédio moral delimitados no acórdão recorrido guardam congruência com a causa de pedir e pedidos descritos na petição inicial. Agravo de instrumento a que se nega provimento. **AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VALOR PROBANTE DOS ELEMENTOS REUNIDOS PELO PARQUET EM SEDE DE PRÉVIO INQUÉRITO CIVIL.** As provas produzidas no inquérito civil possuem valor probante e podem ser devidamente apreciadas quando da propositura da ação civil pública. Contudo, possuem valor probatório relativo e devem ser afastadas, diante de contraprova produzida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. No caso dos autos, acrescentou o Tribunal Regional que: "perde força a discussão acerca do valor dos elementos de prova reunidos pelo MPT quando se verifica que também há testemunhos coletados em juízo que delatam os atos de assédio moral". Ilesos os artigos indicados como violados. Agravo de instrumento a que se nega provimento. **CONDENAÇÃO. DANOS MORAIS COLETIVOS. POSSIBILIDADE**. Os danos morais coletivos são definidos como aqueles que atingem, ao mesmo tempo, vários direitos da personalidade, de pessoas determinadas ou determináveis, nas palavras de Carlos Alberto Bittar Filho, invocado por Flávio Tartuce: "Como supedâneo, assim, em todos os argumentos levantados, chega-se à conclusão de que o dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico; quer isso dizer, em última instância, que se feriu a

própria cultura, em seu aspecto imaterial. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (damnum in re ipsa)". Se o indivíduo pode ser vítima de dano moral, não há porque não possa ser alvo a coletividade, segundo o entendimento do Professor Pinho Pedreira, esposado há muitos anos. E a reparação dos danos mencionados está expressamente prevista no Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VI), como na Lei nº 7.347/85, art. 1º, caput e inc. IV (sobre ação civil pública), quando se torna necessária a presença do elemento culpa, pois a hipótese é de responsabilidade subjetiva do empregador, pressuposto inafastável e já revelado na conduta omissiva perpetrada em não promover ambiente de trabalho adequado e saudável aos seus trabalhadores. Agravo de instrumento a que se nega provimento. DANOS MORAIS COLETIVOS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. IMPUGNAÇÃO GENÉRICA. A alegação genérica de que o valor arbitrado para a indenização por danos morais coletivos não atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade não se coaduna com a natureza especial do recurso de revista. É necessário que a parte indique, de modo fundamentado, em que pontos os critérios utilizados pela Corte Regional não foram aplicados ou mensurados corretamente e as razões pelas quais considera que o valor fixado não corresponde à extensão do dano. Não observada essa exigência, mostra-se inviável a constatação de afronta ao artigo 944, parágrafo único, do Código Civil. Precedentes desta Turma. Agravo de instrumento a que se nega provimento. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. Consoante a jurisprudência desta Corte, consubstanciada na Súmula nº 439, nas condenações por dano moral, a atualização monetária é devida a partir da data da decisão de arbitramento ou de alteração do valor. Decisão recorrida em harmonia com a referida Súmula.

Incide na espécie o óbice contido no artigo 896, § 5º, da CLT. Agravo de instrumento a que se nega provimento. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA INIBITÓRIA "ATÍPICA". ARTIGO 461, § 5º, DO CPC. PREVENÇÃO DA OCORRÊNCIA DO ILÍCITO. Agravo de instrumento a que se dá provimento para determinar o processamento do recurso de revista, em face de haver sido demonstrada possível afronta ao artigo 461, § 5º, do CPC. RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA INIBITÓRIA "ATÍPICA". ARTIGO 461, § 5º, DO CPC. PREVENÇÃO DA OCORRÊNCIA DO ILÍCITO. Consoante dispõe o § 5º do artigo 461 do CPC, para a efetivação da tutela específica, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, inclusive o uso da multa como meio de coerção capaz de convencer o réu a cumprir a obrigação. O presente caso consiste no deferimento de tutela inibitória "atípica" consistente em fazer com que a empresa deixe de praticar, reiterar a prática ou continuar praticando ato caracterizador de assédio moral por seus representantes no exercício dos poderes patronais que lhes foram delegados, tais como: "exigir dos trabalhadores das rotas de transporte de valores o cumprimento de várias tarefas com tempo por demais exíguo, inclusive acrescentando tarefas extras; submetê-los ao trabalho em veículos sem os equipamentos de segurança ou sem a escolta necessária prevista em contrato com as seguradoras; impor um ritmo e sistema de trabalho que obriga os empregados a fazer suas refeições e suas necessidades fisiológicas dentro dos veículos de carro forte; expor os empregados a jornadas extenuantes; não manter o ambiente de trabalho em condições salubres e não tentar minimizar os riscos de acidentes laborais; exigir autorização da supervisão para que o trabalhador possa se levantar ou ir

ao banheiro; exigir de trabalhadores a realização de serviços para os quais não estão qualificados ou aquém de sua qualificação; expor trabalhadores a situações vexatórias e humilhantes." Veja-se que apenas o ilícito, e não o dano, é pressuposto da ação em epígrafe. Sendo assim, e considerando que a execução da tutela inibitória ocorre no próprio bojo do processo, bem assim que a imposição de astreintes tem por objetivo prevenir a ocorrência do ilícito, impedindo que este seja praticado, ou que haja a sua continuação, parece certo que não há sentido lógico em condicionar a efetivação da tutela específica reconhecida nestes autos ao ajuizamento de outras ações. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. JULGAMENTO EXTRA PETITA. Com os olhos voltados para o direito fundamental à tutela específica, rompe-se com a regra da congruência objetiva limitadora da atuação jurisdicional, diante do quanto previsto nos arts. 128 e 460 do CPC, e até mesmo com o princípio da inércia da jurisdição, em face da amplitude conferida pela regra em foco, ou seja, o magistrado pode não apenas autorizar a medida, como também escolher, independentemente de pedido, a que lhe pareça mais adequada, como assinala Luiz Guilherme Marinoni, ao se referir aos arts. 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor. Reconhece-se, ainda, em ambos os dispositivos, o poder de o juiz, de ofício, ordenar sob pena de multa ou determinar as denominadas 'medidas necessárias', para que seja obtida a tutela específica ou o resultado prático equivalente. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 98). Logo, não há se falar em julgamento extra petita. Recurso de revista de que não se conhece. OBRIGAÇÕES DE FAZER. MEDIDAS NECESSÁRIAS À EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA. POSSIBILIDADE. O direito fundamental à tutela específica é um verdadeiro "cheque em branco" que se

atribui ao magistrado para, diante do caso concreto, determinar quaisquer providências que, a seu juízo, possibilitem à decisão judicial produzir efeitos para além do mundo dos autos e alcance a vida real, o mundo dos fatos. Decisão regional que contraria o artigo 461, caput, do CPC ao excluir da condenação as obrigações de fazer necessárias à efetivação da tutela específica. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. **(TST - RR: 995009120095030106, Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 30/09/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/10/2015). (Grifos nossos).**

É uníssona na jurisprudência a responsabilização do assediador pelos seus atos. A administração pública é titular de direitos e obrigações, sendo responsável pelos seus atos. Como observamos, a responsabilidade pela ocorrência do assédio moral institucional tem sua aplicabilidade jurídica variável, dependendo do caso concreto.

4.3 Danos do assédio moral organizacional na vida do servidor público

A maior vítima do assédio moral organizacional no serviço público é a vítima, que é o servidor público. O assédio afeta a saúde física e mental do indivíduo, prejudicando-o na organização, no seu ambiente de trabalho. De acordo com a OMS (2008), os danos causados pelo assédio moral “podem ser psicopatológicas, psicossomáticas e comportamentais”. São sintomas altamente prejudiciais, como: depressão, insônia, problemas de concentração, problemas estomacais, enxaquecas, labirintite, isolamentos e etc. O servidor público é “bombardeado” por vários problemas, podendo desenvolver vícios, como tabagismo, alcoolismo e até em drogas ilícitas.

Segundo estudiosos o “mobbing” pode ser considerado um problema de saúde pública, causando problemas das esferas física e psicológica do servidor público. O assédio moral organizacional no serviço público é responsável pelo aumento de pedido de licenças médicas, afastamento por doenças, inclusive pelo aumento do número de servidores públicos que se suicidaram.

A ilustríssima Hirigoyen acrescenta que:

“O assédio moral é recente e existe ainda uma possibilidade de reação, os sintomas são, no início, parecidos com os do estresse, o que os médicos classificam de perturbações funcionais: cansaço, nervosismo, distúrbios

do sono, enxaquecas, distúrbios digestivos, dores na coluna... É a autodefesa do organismo a uma hiperestimulação e a tentativa de a pessoa adaptar-se para enfrentar a situação. Mas, se o assédio moral se prolonga por mais tempo ou recrudescer, um estado depressivo mais forte pode se solidificar. A pessoa assediada apresenta então apatia, tristeza, complexo de culpa, obsessão e até desinteresse por seus próprios valores". (HIRIGOYEN, 2002, p. 159-160).

O indivíduo que sofre assédio moral ele terá problemas transitórios e muitas vezes permanentes por toda sua vida. O assédio moral atingirá a vida do servidor público em todas as suas áreas, atingindo sua autoestima, seu desempenho, seu foro íntimo. Os malefícios causados pelo assédio moral organizacional irradiam para a vida social do servidor, transformando em uma pessoa sem muitos amigos, fechada, sendo um indivíduo introspectivo, sem interação com os colegas de trabalho.

A magnífica Marie-France Hirigoyen, como sempre brilhante, destaca que:

"As consequências, o impacto dos procedimentos, serão mais fortes se partirem de um grupo aliado contra uma só pessoa do que se vier de um único indivíduo, bem como que o assédio de um superior hierárquico é mais grave do que o de um colega, pois a vítima tem o sentimento, na maioria justificado, de que existem menos recursos possíveis dos casos e que existe muitas vezes uma chantagem implícita na ação". (HIRIGOYEN, 2002, p. 118).

Os resultados do assédio moral na vida do servidor público são desastrosos. O assédio moral deixa sequelas para uma vida toda, sendo importantíssimo o tratamento logo que detectado o assédio. Os estados depressivos estão ligados ao esgotamento pelo excesso do estresse. Esse excesso pode ser causado pelo assédio moral organizacional na vida do servidor público. Quando o servidor chega a esse nível, ele começa a perder o prazer pelo trabalho, pela vida.

O servidor público sofre um grande abalo em sua vida, com emoções negativas, que acarretam a diminuição da qualidade de vida, contribuindo para um desenvolvimento patológico. Quando são intensas e frequentes acarretam em

condutas não saudáveis, como alcoolismo, tabagismo, dependência de drogas entorpecentes, falta de vontade de viver, transtornos alimentares, isolamentos e etc.

Umás séries de transtornos psicofisiológicos estão ligadas ao assédio moral. Os efeitos são desastrosos na vida do servidor público, pois o assédio moral, além de conduzi-la à demissão, ao desemprego e à dificuldade de relacionarem-se, causas sintomas psíquicos e físicos, que variam um pouco entre as vítimas, dependendo do sexo. As mulheres em geral, são sujeitas a crises de choro; são também mais sujeitas a palpitações, tremores, tonturas, falta de apetite, interferência no ciclo menstrual. Já nos homens, alguns têm sede de vingança, tentativa de suicídio, falta de ar, passam a ser dependente de drogas lícitas e ilícitas.

4.4 Jurisprudências sobre assédio moral organizacional no serviço público

Atualmente com o crescimento do assédio moral no trabalho, o poder judiciário recebeu uma enxurrada de ações judiciais, envolvendo assédio moral no ambiente do trabalho. Existem inúmeras decisões favoráveis ao trabalhador, reconhecendo a indenização por danos morais em virtude do assédio moral organizacional. Neste contexto, trataremos a baila, alguns julgados envolvendo o fenômeno do assédio moral. O tribunal tem se debruçado a cada dia para uma melhor reparação ao assediado.

CERCEAMENTO DE DEFESA – Insurgência pautada na oitiva de testemunha contraditada – Possibilidade da produção de provas necessárias à solução da controvérsia – Exegese do disposto nos artigos 370 e 371 do Código de Processo Civil – Preliminar rejeitada. ASSÉDIO MORAL NO SERVIÇO PÚBLICO – Pedido de reparação por dano à honra decorrente de represálias pessoais e político-partidárias cometidas pelo prefeito contra servidora municipal – Suposto esvaziamento de função, realocação do local de trabalho e afastamento com desvio de finalidade – Queixa de situação vexatória prolongada no tempo – Acusações não comprovadas – Notoriedade das desavenças políticas e sindicais entre a subordinada e seu chefe que, no caso concreto, não configura represália – Indícios, ao contrário, de que também

ela instilava sua oposição ao chefe hierárquico – Realocação justificada do endereço da repartição onde a servidora despachava – A definição das tarefas atribuídas ao subordinado constitui prerrogativa do Administrador, e sua aceitação pelo subordinado é imperativo do princípio da hierarquia administrativa – Apelação fazendária e remessa necessária providas para o fim de julgar a ação improcedente. **(TJ-SP - APL: 10067071120148260637 SP 1006707-11.2014.8.26.0637, Relator: Fermino Magnani Filho, Data de Julgamento: 08/02/2017, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 08/02/2017). (Grifos nosso).**

A nossa Suprema Corte também tem se posicionado quando ao assédio moral no ambiente de trabalho:

Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão de cuja transcrevo o seguinte trecho: **“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA – POLICIAL CIVIL – REGIME DE PLANTÃO – ADICIONAL NOTURNO – DIREITO ASSEGURADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ART. 7º, INC. IX – HORAS EXTRAS AFASTADAS – ASSÉDIO MORAL – NÃO COMPROVAÇÃO – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.** (...). 2) o agente de polícia civil que trabalha em regime de plantão possui jornada de 44 (quarenta e quatro) horas semanais, visto que no período de 24 (vinte e quatro) horas (em que se encontra de serviço) o servidor tem direito ao intervalo para almoço, razão pela qual tenho a convicção que sua jornada se amolda ao limite previsto pela Constituição Federal. (...)” (fl. 205). Neste RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, alegou-se, em suma, ofensa aos arts. 7º, XIII, e 39, § 3º, da mesma Carta. Sustentou-se, ainda, que “quando a Constituição diz ‘... e quarenta e quatro semanais’, almeja o entendimento que, v.g., o empregado possa trabalhar 07 horas por dia 06 vezes por semana, porém jamais que o empregado possa trabalhar 14h40min, por dia, 03 vezes na semana, ou trabalhar de segunda à quarta iniciando a sua atividade laborativa na segunda-feira

às 8h e terminando na quarta-feira às 4h da manhã, perfazendo assim 44 semanais, e compensado essa SUPERJORNADA, com folgas na quinta, sexta e sábado” (fls. 222-223). A pretensão recursal não merece acolhida. Isso porque esta Corte tem se orientado no sentido de que a controvérsia acerca do cabimento de horas extras aos policiais civis cuja jornada de trabalho é estabelecida em regime de plantão demanda a análise da legislação infraconstitucional local que disciplina a carreira, bem como o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que inviabiliza o extraordinário nos termos das Súmulas 280 e 279 do STF. Nesse sentido, transcrevo ementas de julgados de ambas as Turmas desta Corte:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. HORAS EXTRAS E ADICIONAL NOTURNO. REGIME DE COMPENSAÇÃO. LEIS ESTADUAIS 2.068/1976, 2.148/1977 E 3.868/1977 E DECRETO 21.892/2003. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL LOCAL. OFENSA REFLEXA. SÚMULA 280 DO STF. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO IMPROVIDO. I - O acórdão recorrido dirimiu a questão dos autos com base no conjunto fático-probatório dos autos e na legislação infraconstitucional local aplicável à espécie, o que inviabiliza o recurso extraordinário, nos termos das Súmulas 279 e 280 do STF.Precedentes. II - Agravo regimental improvido” (RE 606.516-AgR/SE, de minha relatoria, Primeira Turma).

“Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Policial civil. Jornada de trabalho. Regime de plantão. Pagamento de horas extras. 3. Aplicação do Estatuto dos Servidores Públicos Estaduais, Lei 2.148/77 do Estado de Sergipe. 4. Deslinde da controvérsia demanda análise da legislação local. Impossibilidade. Enunciado 280 da Súmula do STF. Precedentes desta Corte. 5. Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão agravada. 6. Agravo

regimental a que se nega provimento” (AI 784.639-AgR/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma). No mesmo sentido, em situações semelhantes à destes autos, cito as seguintes decisões: RE 695.371/RR, Rel. Min. Dias Toffoli; RE 670.652/RR, Rel. Min. Joaquim Barbosa; ARE 659.394/RR, Rel. Min. Gilmar Mendes; RE 700.002/RR, Rel. Min. Rosa Weber. Isso posto, nego seguimento ao recurso (CPC, art. 557, caput). **Publique-se. Brasília, 13 de março de 2013. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI- Relator –(STF - RE: 681698 RR, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 13/03/2013, Data de Publicação: DJe-052 DIVULG 18/03/2013 PUBLIC 19/03/2013). (Grifos nosso).**

O Tribunal Regional do Trabalho da 20ª região – TRT20º (Sergipe) tem se manifestado também a respeito no assédio moral no ambiente de trabalho:

DANO MORAL. INEXISTÊNCIA DE PROVA. MANUTENÇÃO DO DECISUM. É da parte autora o ônus de provar os fatos que dão supedâneo à sua pretensão de se ver indenizada por suposto dano moral que lhe teria causado a empregadora. In casu, não se **desincumbindo a reclamante do encargo processual que titularizou, uma vez que não demonstrou a ocorrência das situações relatadas na inicial que a teriam exposto a constrangimento e/ou humilhação em decorrência de atos supostamente praticados por prepostos da ré**, é de se manter a sentença que indeferiu a reparação pecuniária respectiva, pois não configurado o alegado dano moral. Recurso da obreira conhecido e não provido. **(TRT-20 00001822020165200009, Relator: FABIO TULIO CORREIA RIBEIRO, Data de Publicação: 10/08/2017). (Grifos nosso).**

DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PROVA DO TRATAMENTO HUMILHANTE E DESUMANO ALEGADO NA INICIAL. MANUTENÇÃO DO DECISUM. Não comprovada nos autos a conduta imputada à empregadora que, através de seus supervisores, teria

exposto a obreira a tratamento humilhante e vexatório, ofendendo sua honra ou dignidade, é de se manter o decisum que indeferiu o pedido de indenização por dano moral. DOENÇA OCUPACIONAL. PROVA PERICIAL QUE APONTA O TRABALHO COMO CONCAUSA PARA DOENÇA DIVERSA. NÃO DEFERIMENTO DOS PEDIDOS. PRINCÍPIO DA ADSTRIÇÃO OU CONGRUÊNCIA. MANUTENÇÃO DO DECISUM. O julgador deve apreciar a lide nos limites estabelecidos pelas partes, sendo -lhe defeso proferir decisão além do objeto discutido. Embora o perito tenha reconhecido a existência de concausa em relação ao quadro psicológico, entendo como correta a decisão de primeiro grau, pois todo o contexto fático e jurídico delineado na petição inicial foi no sentido de serem deferidos estabilidade acidentária, danos morais, anulação de sua dispensa imotivada, reintegração para fins de gozo previdenciário e pensionamento mensal vitalício em função das doenças físicas indicadas na exordial, sendo esta rigorosamente a causa de pedir trazida na peça de ingresso. Nada obstante, observa-se que o perito menciona como causa principal do abalo psicológico a demissão da obreira, sendo que esse ato - a demissão sem justa causa - não configura ato ilícito do empregador. Recurso conhecido e desprovido. **(TRT-20 00018286520165200009, Relator: FABIO TULIO CORREIA RIBEIRO, Data de Publicação: 24/08/2017). (Grifos nosso).**

Em fim, como vimos os tribunais tem sido cada vez mais convocados para resolverem litígios ocasionados pelo assédio moral organizacional. Não poderíamos deixar de trazer à baila as jurisprudências do Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. 1. ASSÉDIO MORAL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. O TRT, com base na revelia e confissão da primeira reclamada e defesa genérica da segunda reclamada, assentou que são verdadeiras as afirmações expostas pelo autor na reclamação trabalhista, qual seja, que

sofreu assédio moral por parte do supervisor da primeira reclamada, onde era constantemente ameaçado de dispensa por justa causa, além de ser ofendido por xingamentos na frente de seus colegas, inclusive, noticiou tais fatos à empregadora, sem, todavia, obter retorno da empresa. Assim, restou caracterizado pelo Regional onexo causal, o dano e a culpa da empregadora no constrangimento, que era submetido o empregado, por atitude do supervisor da empregadora, o que gerou a condenação das reclamadas ao pagamento da indenização por danos morais, decorrentes de assédio moral. A adoção de entendimento diverso, como pretendido pela 2ª Reclamada, a fim de se afastar a reparação, implicaria, necessariamente, revolvimento do contexto probatório delineado nos autos, atraindo, assim, o óbice da Súmula 126 do TST. Incólumes os artigos 818 da CLT, 333, I, do CPC/1973, 186 e 884 do Código Civil. Recurso de revista não conhecido.

2. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. TOMADOR DE SERVIÇOS. CULPA CARACTERIZADA. A norma do art. 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/1993, por si só, não afasta a responsabilidade subsidiária da Administração Pública tomadora dos serviços. Uma vez caracterizada, no quadro fático constante dos autos, a culpa da Administração na efetiva fiscalização do cumprimento do contrato formalizado com a prestadora de serviços e o inadimplemento de direitos decorrentes do contrato de trabalho, é possível a responsabilização subsidiária do ente público, nos termos da ADC n.º 16 do STF e da Súmula n.º 331 do TST. Recurso de revista não conhecido.

3. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE CREDENCIAL SINDICAL. Esta Corte já pacificou a controvérsia acerca da matéria, por meio das Súmulas 219 e 329 do TST, segundo as quais a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre unicamente da sucumbência, sendo necessária a ocorrência concomitante de dois requisitos: a assistência por sindicato da categoria profissional e a comprovação da percepção de salário

inferior ao dobro do mínimo legal ou de situação econômica que não permita ao empregado demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. In casu, ausente a credencial sindical, indevida a condenação em honorários advocatícios. Com ressalva de entendimento pessoal da relatora. Recurso de revista conhecido e provido. **(TST - RR: 11321820135040029, Relator: Maria Helena Mallmann, Data de Julgamento: 22/11/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/12/2017). (Grifos nosso).**

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. BANCO DE HORAS. REGIME DE COMPENSAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DOS CRITÉRIOS ADOTADOS NA NORMA COLETIVA. A invalidade do regime de compensação foi declarada diante da constatação de que a jornada ultrapassava as 10 horas diárias, com trabalho aos sábados, dia destinado a compensação. Desse modo, verificada a inobservância dos requisitos estabelecidos na norma coletiva acerca da validade do regime de compensação, não há que se falar em violação do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal. Recurso de revista não conhecido. **PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS . ÔNUS DA PROVA.** A delimitação do eg. TRT é de que a reclamada não se desincumbiu do ônus de provar que efetivamente efetuou o pagamento da parcela relativa à participação nos lucros e resultados. Desse contexto, não se vislumbra violação dos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC. Recurso de revista não conhecido. **ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL.** Consignado no v. acórdão regional que os equipamentos de proteção fornecidos pela reclamada não são capazes de neutralizar a atuação do agente insalubre, não há como ser acolhida a pretensão recursal. Recurso de revista não conhecido. **DESCANSO SEMANAL REMUNERADO. PAGAMENTO AGRUPADO. PREVISÃO EM**

NORMA COLETIVA. Na linha da jurisprudência desta c. Corte deve ser prestigiada a norma coletiva que prevê a integração do repouso semanal remunerado ao valor do salário-hora . Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE CREDENCIAL SINDICAL. Na Justiça do Trabalho os honorários advocatícios somente são devidos nos termos da Lei nº 5.584/70, quando existentes, concomitantemente, a assistência do Sindicato e a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal ou a impossibilidade de se pleitear em juízo sem comprometimento do próprio sustento ou da família. Constatado que o reclamante não se encontra assistido por sindicato de sua categoria, dá-se provimento ao recurso de revista, para excluir da condenação os honorários advocatícios. Incidência das Súmulas nºs 219 e 329 do c. TST e da Orientação Jurisprudencial nº 305 da SBDI-1 desta Corte. Recurso de revista conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA ADESIVO INTERPOSTO PELO RECLAMANTE ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13 . 015/2014. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PENSÃO VITALÍCIA. DOENÇA OCUPACIONAL NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. Delimitado no v. acórdão regional que inexistente prova do nexo etiológico entre a moléstia que acomete o reclamante e a sua atividade laborativa, não há como ser acolhida a pretensão de indenização por danos morais e materiais, posto que a análise da pretensão recursal demanda o revolvimento da matéria fático probatória. Aplicação do óbice da Súmula 126 desta c. Corte. Recurso de revista não conhecido. **ASSÉDIO MORAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO** . Não tendo o reclamante se desincumbido do ônus de comprovar as alegações de assédio moral é inviável o processamento do recurso de revista. Divergência jurisprudencial inespecífica. Recurso de revista não conhecido. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. INTERVALO PARA O CAFÉ E PARA O DIÁLOGO DE SEGURANÇA. É entendimento pacífico desta Corte que o

tempo gasto pelo empregado com troca de uniforme, lanche, higiene pessoal, e deslocamento, dentro das dependências da empresa, é considerado como tempo à disposição do empregador (antiga Orientação Jurisprudencial nº 326 da SBDI-1, cancelada em decorrência da sua conversão na Súmula nº 366/TST). Assim, evidenciado que os minutos residuais ultrapassaram de dez minutos diários, impõe-se a consideração, como extraordinário, do tempo total que excedeu a jornada normal de trabalho. Recurso de revista conhecido e provido. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO . Tendo em vista o cancelamento da Súmula nº 17, a suspensão da Súmula nº 228, ambas deste c. Tribunal, e a decisão proferida pelo e. Supremo Tribunal Federal, que orienta pelo aguardo de iniciativa do poder legislativo quanto à base de cálculo a ser adotada, o adicional de insalubridade permanece sendo calculado sobre o salário mínimo, enquanto persistir essa lacuna da lei ou não existir norma coletiva fixando especificamente a base de cálculo do adicional de insalubridade na forma preconizada pela legislação trabalhista. Recurso de revista não conhecido. HORA NOTURNA. NORMA COLETIVA QUE FIXA A DURAÇÃO DA HORA NORMAL COM ADICIONAL NOTURNO SUPERIOR AO LEGAL. É válida a negociação coletiva que estabelece a duração normal para a hora noturna, com a incidência de adicional diferenciado, representando quase o dobro do previsto em lei. Violação do art. 73, § 2º, da CLT, não verificada. Recurso de revista não conhecido. DIFERENÇAS SALARIAIS. ACÚMULO DE FUNÇÕES. Incólumes os dispositivos indicados, diante da delimitação do eg. TRT de que o reclamante não se desincumbiu do ônus de provar o fato constitutivo de seu direito. Recurso de revista não conhecido. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA ADESIVO INTERPOSTO PELO RECLAMANTE. Diante do processamento do recurso de revista adesivo, resta prejudicado o exame do agravo de instrumento interposto

do referido recurso. **(TST - ARR: 15526420115040232, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 03/06/2015, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/06/2015). (Grifos nosso).**

O assédio moral no ambiente de trabalho está cada vez mais presente no poder judiciário. Os tribunais do trabalho do Brasil têm sido chamados todos os dias para resolverem os problemas ocasionados pelo assédio moral no trabalho. Infelizmente, como sabemos, não há indenização que paga uma vida destruída por pessoas perversas, que se contentam com a desgraça dos outros. É preciso que os tribunais, o poder judiciário deem uma resposta enérgica, para evitar que o assédio moral continue avassalando vidas. O poder judiciário tem um grande papel neste combate contra o assédio moral organizacional.

5 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, é inegável o quando o assédio moral organizacional ganhou espaço nos ambientes de trabalho, infelizmente. O assédio moral que por muito esteve presente nos bastidores do trabalho, muitas vezes passando despercebido, outras vezes com a roupagem de legalidade, moralidade. Essa preocupação com o assédio moral começa com a mudança de postura do mundo, que começa a voltar os olhos aos trabalhadores, que antes era invisível para as empresas, organizações e a administração. O mundo começa a se preocupar com o ambiente de trabalho, pois ele cumpre uma missão social importante não só na vida do empregado, como também na vida da sociedade.

O avanço do capitalismo contribui para o aparecimento de mecanismos prejudiciais no ambiente do trabalho em busca de lucros. Ocorrendo a desvalorização do trabalhador e a valorização dos lucros, das metas, das políticas. E nessa busca incansável por políticas internas para alcançar seus objetivos, começam a expor os trabalhadores a situações degradantes, humilhantes, constrangedoras, que se prolongam durante um tempo. O assédio moral organizacional caracteriza-se pela situação degradante, vexatória, deliberada no ambiente de trabalho, com situações negativas cujo objetivo é de diminuir, inferiorizar, ridicularizar a vítima. Na maioria dos casos com o intuito de forçar a pessoa a se afastar do trabalho, da função e muitas vezes chegando até a pedir demissão do trabalho.

Dessa forma, o assédio moral organizacional se torna uma ferramenta encontrada pelo chefe, diretor, superior hierárquico, para aumentar seus lucros, produção não se importando com a vida do trabalhador. No entanto como vimos

na presente monografia, o assédio não traz consequências apenas a vítima, toda a sociedade perde, pois um trabalhador assediado não desenvolverá bem seu trabalho, prejudicando o seu ambiente laboral, como também todos que estão a sua volta.

Não há dúvidas, que o assédio moral é um ato ilícito. E como destacamos, acontece também no serviço público. Muitas vezes, o assédio passa despercebido na administração pública, as pessoas se enganam, achando que não existe assediador no serviço público. Apesar do servidor público está “protegido” contra uma demissão banal, injusta, percebemos que no serviço público o assédio organizacional age com o intuito de prejudicar o servidor, afasta-lo das funções.

É sabido, que o assédio moral organizacional no serviço público tem situações peculiares, graças a estabilidade que o servidor público tem. Na maioria dos casos são perseguições políticas, ou até mesmo por pura perversidade. E com o enfraquecimento do serviço público, cada vez mais os políticos usam a máquina pública como barganha em troca de votos. Não obstante, a precarização do serviço público contribui para um ambiente doentio. Em fim, a presente monografia teve como objetivo mostrar o quanto o assédio moral organizacional é prejudicial não só a vida da vítima como também toda a sociedade. Mostrando que o serviço público não está imune a esse fenômeno, com o enfraquecimento dos direitos e garantias dos servidores públicos, que ficam a mercê dos diretores, chefes, superiores hierárquicos que na maioria das vezes são colocados por indicações políticas.

O serviço público é extremamente prejudicado com o assédio moral. O Estado também é muito prejudicado, pois terá que responder muitas vezes na justiça por danos moral causados pelos seus servidores. Sem falar da quantidade de aposentadorias solicitadas, prejuízo com a previdência, com licenças, reposição de servidor e etc. Não há dúvidas, que o assédio moral organizacional prejudica todos, não tem vencedor nessa guerra. Administração pública perde, pois terá que arcar com as consequências causadas pelo assédio moral organizacional. Mas, é inegável, que o maior prejudicado é a vítima, que no caso do serviço público será o servidor público, que terá implicações na sua vida.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, André Luiz Souza. *Assédio moral*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2006.

ALKIMIN, M. A. *Assédio moral na relação de emprego*. Curitiba: Juruá, 2005.

ANTLOGA, C. S. X; COSTA, S. H. B. *Organização do trabalho e o prazer sofrimento dos trabalhadores de uma empresa familiar de vendas*. In: MENDES, A. M. (org). *Psicodinâmica do trabalho: Teoria, método e pesquisa*: São Paulo: Casa do psicólogo, 2007.

ARGIOMN, I. I. L; GAUER, G. J. C; OLIVEIRA, M. S. *Bioética e psicológica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

BARRETO, Margarida. et al. *Assédio moral no trabalho*. 1º ed, São Paulo: Cengage Learning, 2009.

BARRETO, Margarida. *Uma jornada de humilhações*. 2000. 266 F. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social) – PUC. São Paulo 2000.

BRASIL. Constituição Federal do Brasil de 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Assédio moral no serviço público é considerado improbidade*. 11 de novembro de 2013. Conjur. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-nov-11/stj-assedio-moral-servico-publico-considerado-ato-improbidade>. Acesso em 21 de dezembro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.286.466/RS – Rio Grande do Sul. Min. Eliana Calmon. *Pesquisa de Jurisprudência*. Acórdãos, em 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24200959/recurso-especial-resp-1286466-rs-2011-0058560-5-stj/inteiro-teor-24200960?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 21 dez 2017.

GARCIA CALLEJO, José Maria. *Protección Jurídica contra el acoso moral em el trabajo o la tutela de la dignidade del trabajador*. Madrid: Gráfica de Diego, 2003.

GHERSI, Carlos Alberto. *Daño moral y psicológico*. Buenos Aires: Astrea, 2002.

GUEDES, Márcia Novaes. *Terror psicológico no trabalho*. 3º. ed. São Paulo: LTr, 2008.

DE MASI, Domenico. *O ócio criativo*. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

FERREIRA, H. D. B. *Assédio moral nas relações de trabalho*. Campinas: Russell: 2004.

FIORELLI, José Osdir. *Assédio moral: Uma visão multidisciplinar*. LTr, 2007.

FREITAS, M. E. *Assédio moral e assédio sexual: Faces do poder perverso nas organizações*. São Paulo. FGV, 2001, v. 41, n. 2. P 10.

FREIRA, P. A. *Assédio moral e saúde mental do trabalhador. Trabalho, saúde e educação*. Rio de Janeiro: EPSJV, v. 6, n. 2, 2008.

HAAK, M. P; ABAL, F. C. *Dano moral coletivo decorrente da prática de dumping sócia*. In: ABAL, F. C (org). *Direito do trabalho: estudos tde temas atuais. Passo fundo*:UPF Editora, 2014 (Seção).

HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio moral. A violência perversa no cotidiano*. 5°. ed. Rio de janeiro; Bertrand Brasil, 2002.

HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no trabalho: Redefinindo o assédio moral*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

LEYMANN, H. *Mobbing and psychological terror at work place. Violence and Victims*,v. 5, 1990.

MARQUES JR, Fernando Antônio. *Assédio moralno ambiente de trabalho: questões sócio jurídico*. São Paulo; LTr, 2009.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENEZES, J. B. *A família na Constituição Federal de 1988 – Uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade*. NEJ, v. 13, n. 1, 2008.

MERÍSIO, P. M. *Noções gerais de direito e formação humanística*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MORAES, A. *Direitos fundamentais: teoria geral*. São Paulo: Atlas, 2011.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Assédio moral no ambiente de trabalho*. Revista LTr, São Paulo, v68,n 08, agosto de 2004.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Assédio moral*. 2º. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. Genebra: 2000.

PRATA, Marcelo Rodrigues. *Anatomia do assédio moral no trabalho: uma abordagem transdisciplinar*. São Paulo: LTr, 2008.

RUFINO, Thereza Cristina; SOBOLL, Lis Andrea Perreira (org). *Assédio moral interpessoal e organizacional*. São Paulo: LTr, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado.

SOSSELA, M. L; NEVES, E. B. *As consequências do assédio moral para trabalhadores, organização e governo*. Revista Uniandrade, v. 12, n. 1, 2011.

ZABALA, I. P. *Mobbing: Como sobreviver ao assédio psicológico no trabalho*. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

OS TRAÇOS DO COLONIALISMO NA SIGNIFICAÇÃO DAS RELAÇÕES ENTRE HUMANOS E NÃO-HUMANOS

LUIZA ALVES CHAVES: Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense.

MYLENA DEVEZAS SOUZA

(Coautora)

RESUMO [1]: Este artigo versa sobre a objetificação dos animais não-humanos. Buscar-se-á entender como essa relação veio sendo construída de modo simbólico ao longo dos últimos séculos e como o imperialismo contribuiu na sua formação. Além disso, mostrar-se-á como ela se mantém nos dias de hoje através de práticas que se reformularam na atualidade e como se constitui uma rede de explorações onde o humano subalternizado e o não-humano estão constantemente servindo aos objetivos de uma elite exploradora. Com intuito de demonstrar a como esse processo vem se realizando abordou-se a legislação brasileira que trata dos animais demonstrando alguns traços que demonstram a subjugação dos animais no seu texto. Buscou-se também avaliar brevemente o PL 6268/2016, para que se possa entender como as inovações legislativas que tratam do meio ambiente construídas nesse período de retrocesso social que vive o Brasil pode ser nefasto tanto para humanos quanto para não-humanos.

Palavras-chave: natureza, imperialismo ecológico, especismo, ecocentismo, América Latina

SUMÁRIO: 1. Introdução, 2. Representação Simbólica, 3. Influências do Imperialismo, 4. Mudanças na América Latina, 5. Cenário Brasileiro, 6. Projeto de Lei 6268/16, 7. Conclusão, 8. Referências

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo analisar algumas características elementares da relação entre humanos e animais não-humanos, mais

precisamente o processo de desvalorização moral destes por aqueles. A forma pela qual esses traços vieram se construindo ao longo da História, especialmente com a difusão do modo de vida europeu realizado no processo de colonização, e como eles simbolicamente constituem os seres humanos consiste no enfoque central que se pretende abordar o tema do comércio de animais.

O trabalho apresentará um estudo analítico e, para que seja possível realizar uma abordagem consistente acerca do problema levantado optou-se por uma pesquisa bibliográfica pautada principalmente no conceito de biota portátil trazido por Albert Crosby, nos debates levantados acerca do ideário de natureza levantados por Antônio Diegues e na compreensão da cultura vinculada ao consumo de animais abordada por Ann Potts. Bem como, uma breve análise da legislação brasileira referente ao tema.

2. REPRESENTAÇÃO SIMBÓLICA

A relação de dominação entre homens e animais não-humanos atravessa a história de praticamente todas as sociedades componentes do globo terrestre. Em maior ou menor grau, a utilização e domesticação das mais diversas espécies funcionaram como mecanismos de desenvolvimento das sociedades humanas.

Embora a grande maioria dos animais não-humanos que se tornaram objetos de consumo dessas sociedades tenham servido de maneira utilitária (para alimentação ou transporte, por exemplo), a utilização de animais com fins não utilitários também remonta à antiguidade. Segundo Filho (2013, p.8) tem-se que:

A tradição de capturar e enjaular animais selvagens para fins não utilitários teve início na pré-história, no período conhecido como Neolítico, entre os anos de 8000 a 3000 antes da Era Cristã. Pesquisadores das áreas de paleozoologia e arqueologia encontraram vestígios da coexistência, em uma mesma localidade, tanto de animais selvagens, como de espécies domesticadas - como porco e cavalo, usados pelo homem como fontes de alimento e meios de transporte.

Como exemplo trágico e marcante na História temos as arenas romanas. Filho, (2013, p, 9) nos mostra ainda que:

Foi nessas arenas que muitos imperadores romanos desenvolveram uma forma única e particularmente cruel de demonstração de poder, prestígio e persuasão. Era nessas arenas que os cidadãos poderiam observar os animais de uma maneira inédita. Para o imperador e também para o público era uma experiência única, inédita e irresistível observar centenas de animais matando-se uns aos outros, dilacerando humanos e, principalmente, mortos por gladiadores.

As relações simbólicas estabelecidas entre o homem e os seres que o cercam sejam eles de natureza humana ou não-humana representam traços culturais indispensáveis à compreensão de um dado indivíduo ou sociedade. Nesse sentido, Potts (2016, p. 16) relaciona que o consumo de animais:

In all human cultures it is also symbolic: in the Western context it signifies important ideas about gender(Adams 2010; Parry 2010, Potts and Party 2010, Hovorka 2012), class and taste (potts and White 2008), socioeconomic position(galobardes et al 2001), geographical and economic factors (Hovorka, 2008). Its acceptance is facilitated by beliefs about humans right to dominate nature, including the bodies of animals and their reproductive lives (Luke 2007, Adams 2010, Joy 2010).

Seguindo o viés de estruturação social e dinâmica das classes não há como olvidar o aprendizado trazido por Bourdieu da necessidade de se avaliar a dinâmica entre significantes e significados e, portanto, a importância de se vislumbrar a prática do consumo e os objetos consumidos não somente como mero frutos de decisões utilitárias racionais, mas, principalmente, como fontes de construção do indivíduo e da sociedade como um todo.

O entendimento do "eu" perpassa a noção de identificação social onde o indivíduo utiliza do consumo como meio de autoexpressão, autoafirmação e colocação na complexa dinâmica das estruturas sociais.

Desse modo, o que se tem de mais relevante é que os objetos deixam de representar algo para serem centrais na criação do indivíduo, assim as relações constituídas através dos seres e grupos sociais com os objetos se tornam mais complexas e ultrapassam muito a visão econômica do fato.

A manutenção de animais silvestres em cativeiro, por exemplo, representa historicamente a relação com o poder a riqueza e a autoridade de um determinado reino, família ou pessoa. A relação entre a raridade, ferocidade do animal e dificuldade vinculam-se diretamente ao tamanho do prestígio de seu detentor dominante.

Dessa forma reis, rainhas, imperadores e nobres expressaram seu poderio utilizando-se de animais capturados principalmente nas regiões coloniais. No que remete especificamente as coleções de animais mantidas no Brasil, Filho (2013, p. 7) relata que:

D. João VI, rei do reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, por meio de uma ordem régia exigia do governador de Angola que começasse a enviar, em todos os navios que partissem daquela região para o Brasil, "um viveiro de pássaros esquisitos". [...] Em outubro de 1819 a primeira remessa de Benguela, com 100 pássaros exóticos, seguia para o Brasil a bordo do bergantim *Tejo*, que também trazia 396 escravos africanos. Em apenas três anos, de 1819 a 1823, D. João VI recebeu na Corte do Rio de Janeiro um total de 762 aves de diversas espécies.

3. INFLUÊNCIA DO IMPERIALISMO

Os países componentes da América Latina são constituídos por uma imensa rede de culturas, sendo a grande maioria delas atravessada pela dominação imperialista eurocêntrica.

Assim sendo, percebe-se que embora em diversas sociedades latino americanas, como inúmeras populações indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais, a percepção acerca da natureza seja construída de maneira biocêntrica e holística a visão que impera nos ordenamentos jurídicos e políticos desses países é antropocêntrica e conservadora.

Isso se reflete nas políticas públicas de “proteção à natureza” que partem do princípio de que o homem e o não-humano estão em constante disputa, não compreendendo a possibilidade de relações harmônicas serem construídas. Dessa forma, ignoram-se as relações centenárias que diversas comunidades têm com a Terra e o espaço onde habitam, vendo eles como depredadores (e quiçá predadores) do meio ambiente.

À esse respeito Diegues (2000, p.13) traz que:

Para o naturalismo da proteção da natureza do século passado, a única forma de proteger a natureza era afastá-la do homem, por meio de ilhas onde este pudesse admirá-la e reverenciá-la. Esses lugares paradisíacos serviam também como locais selvagens, onde o homem pudesse refazer as energias gastas na vida estressante das cidades e do trabalho monótono. Parece realizar-se a reprodução do mito do paraíso perdido, lugar desejado e procurado pelo homem depois de sua expulsão do Éden. Esse neomito, ou mito moderno, vem impregnado, no entanto, do pensamento racional representado por conceitos como ecossistema, diversidade biológica etc.

A construção das áreas protegidas, que se basearam no modelo norte-americano de parques, sem muitas vezes se atentarem aos benefícios (e malefícios!) dessa estrutura e as particularidades brasileiras na sua implementação, tornam-se exemplo real de que essas práticas imperialistas, onde o conceito de natureza é formado com base na separação e no distanciamento entre o homem e o não-humano, se perpetuam e integram a política e legislação brasileira.

A desconexão existente entre a percepção do homem e do meio natural reflete-se também na forma como a própria natureza é tratada legalmente. Esse distanciamento reforça a percepção especista que impera na(s) sociedade(s) brasileira(s), em relação aos animais não-humanos, sendo essa claramente representada no ordenamento jurídico pátrio.

Animais não-humanos, mesmo com todo desenvolvimento científico demonstrando sua sensibilidade, são colocados no patamar de objetos de direito, tendo seus interesses protegidos somente no limite do interesse humano.

Aparentemente desconexos os dois pontos unem-se justamente na construção acerca do ideário de natureza e das relações que se estabelecem entre os não-humanos e os humanos.

Como bem identifica Crosby, o imigrante colonizador trouxe consigo uma biota portátil, onde além e fauna e flora, ele trouxe também seu *modus vivendi* e, conseqüentemente, sua forma de se relacionar com a natureza. Desse modo, o processo de dominação não foi (e continua sendo!) só de um povo sobre outro, mas de uma tecnologia de organização social sobre a outra.

Sendo assim, ao realizar o processo de “domesticação” da natureza o colonizador já define qual parte dela ele deseja reproduzir. Tendo, hoje, a natureza se tornado fruto dessa atividade, sendo uma espécie de reconstituição de um modelo europeu, compondo uma espécie de natureza globalizada. (CROSBY, 2011, p. 13-19).

Essa dinâmica repercutiu diretamente nas relações entre os homens e a natureza não-humana que se resignificaram, de maneira geral, em todo planeta, sobre a forma de relações de exploração, subjugação e inferiorização, fato esse que muitas vezes não fazia parte da cultura tradicional de diversos povos, como as citadas populações indígenas ameríndias.

Isso porque, como já mencionado, a colonização Norte-Sul superou (e muito!) a barreira da dominação territorial significando um imperialismo social, étnico, cultural e político.

1. MUDANÇAS NA AMÉRICA LATINA

Em relação especificamente a construção legal das normativas de proteção a natureza, o que se percebe é que os países latino-americanos que tiveram maior abertura ao pluralismo representado em sua sociedade, também apresentam proposta de correlação com a natureza em que o processo de objetificação desses seres é bastante reduzido comparativamente.

São exemplos dessa diferente proposta legislativa a Constituição Equatoriana de 2008, bem como para a lei boliviana intitulada Lei da Mãe Terra.

Mais recentemente foi lançada também diretiva jurisdicional da Suprema Corte Colombiana que reforçar a percepção, onde a Amazônia Colombiana foi elevada ao patamar de sujeito de direito, sendo determinada pela Corte que esta região tem direitos e recaem sobre os homens os deveres a ela referentes, entre eles o principal é sua preservação.

Nesse sentido, foram estabelecidos como alguns dos deveres:

Entre las órdenes que emitió la Corte, está la de ordenar a la Presidencia y al Ministerio de Ambiente a que, en un plazo de no más de cuatro meses, formule un plan de acción de corto, mediano y largo plazo para contrarreste la tasa de deforestación en la Amazonía, en donde se haga frente a los efectos del cambio climático. Asimismo, el alto tribunal ordenó a las anteriores autoridades a que dentro de cinco meses formulen un pacto intergeneracional por la vida del amazonas colombiano, en donde se adopten medidas encaminadas a reducir a cero la deforestación y las emisiones de gases efecto invernadero. (El espectador, Redacion Judicial, 5 de abril de 2018).

Muito embora os manuais de direito ambiental remontem a referência dessas normativas à uma visão da ecologia profunda sobre o Direito Ambiental, acredita-se que alegar esse fato é mais uma vez apropriar-se da percepção ancestral dos ameríndios dando margem a uma teoria eurocêntrica que se põem inovadora, mas que de certa forma nada mais é que a teorização de um conceito relacional que já existe nessa região há milhares de anos.

Esses países tiveram levantes populares, pelos quais, as populações tradicionais ganharam mais poder e visibilidade, chegando a cargos políticos e sendo responsáveis por inúmeras mudanças sociais. Por óbvio, a visão legal e jurídica acerca da natureza não passou de forma despercebida por essa mudança, sendo essas diretivas legais formas de representação de alguns avanços conquistados nesse processo.

5. CENÁRIO BRASILEIRO

No Brasil, infelizmente, essa dinâmica vindo sendo produzida de modo diferente, quiçá oposto. Para aprofundarmos essa percepção vamos levar em consideração ao posicionamento dos animais no nosso cenário jurídico.

Como já mencionado, seguindo os ensinamentos trazidos pelo Direito Romano, os animais, no Brasil, são tratados como objeto de Direito. Sua posição primordial continua sendo a de coisa, semovente. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

O art. 82 do Código Civil considera móveis *“os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social”*. Trata-se dos *móveis por natureza* que se dividem em *semoventes* e *propriamente ditos*. Ambos são corpóreos.

(...)

Semoventes – São os suscetíveis de movimento próprio, como os animais. Movem-se de um local para outro por força própria. Recebem o mesmo tratamento jurídico dispensado aos bens moveis propriamente ditos. Por essa razão, pouco ou nenhum interesse prático há em distingui-los.^[2]

É necessário que se entenda que há, no ordenamento jurídico pátrio, uma discussão referente ao conceito de fauna. Isso recai em uma divisão dos animais em dois grupos, sendo cada um destes considerados dentro de uma espécie de bem jurídico diferente.

A Constituição Federal trata o tema da proteção aos animais no seu art. 225, §1º, inciso VII, que tem a seguinte redação:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder

Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações

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

(...)

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.

José Afonso da Silva (SILVA apud RODRIGUES, 2008, p. 69) interpreta o artigo literalmente, considerando, portanto, que o termo fauna, no texto constitucional, refere-se aos animais silvestres e aos peixes. Sendo a proteção jurídica ditada pela Carta, a eles referentes. Divergem desse entendimento, juristas como Celso Antônio Pacheco Fiorillo, Edna Cardozo Dias, Laerte Fernando Levai^[3], entre outros. Para estes doutrinadores, a expressão fauna silvestre inclui todos os animais não-humanos na sua mais completa classificação, sendo a garantia constitucional elencada no dispositivo em voga estendida a todos os animais que estejam no território nacional, sejam eles pertencentes ou não à fauna brasileira (RODRIGUES, 2008, p. 69).

Essa falta de unidade conceitual também está presente na legislação, dificultando ainda mais a formulação de um entendimento convergente. A Lei 5.197/67 definiu, em seu art. 1º, caput, animais silvestres como:

Art. 1º. Os animais de quaisquer espécies, em qualquer fase do seu desenvolvimento e que vivem naturalmente fora do cativeiro, constituindo a fauna silvestre, bem como seus ninhos, abrigos e criadouros naturais são propriedades do Estado, sendo proibida a sua utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha.

Enquanto que a Lei 9.605/98, em seu art.29, §3º, traz:

§ 3º São espécimes da fauna silvestre todos aqueles pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro, ou águas jurisdicionais brasileiras.

Ademais, o Ibama, através do art. 2º da Portaria 93, de 07.07.1998, conceitua três tipos de faunas diferentes, sendo elas:

Art. 2º - Para efeito desta Portaria, considera-se:

I - Fauna Silvestre Brasileira: são todos aqueles animais pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do Território Brasileiro ou águas jurisdicionais brasileiras.

II - Fauna Silvestre Exótica: são todos aqueles animais pertencentes às espécies ou subespécies cuja distribuição geográfica não inclui o Território Brasileiro e as espécies ou subespécies introduzidas pelo homem, inclusive domésticas em estado asselvajado ou alçado. Também são consideradas exóticas as espécies ou subespécies que tenham sido introduzidas fora das fronteiras brasileiras e suas águas jurisdicionais e que tenham entrado em território brasileiro.

III - Fauna Doméstica: Todos aqueles animais que através de processos tradicionais e sistematizados de manejo e/ou melhoramento zootécnico tornaram-se domésticas, apresentando características biológicas e comportamentais em estreita dependência do homem, podendo apresentar fenótipo variável, diferente da espécie silvestre que os originou.

Essa discussão culmina com a necessidade de se fazer uma categorização dos animais para sua efetiva proteção jurídica. Nas palavras de Rodrigues (2008, p. 70):

Os animais são juridicamente protegidos mediante certa classificação segundo suas características físicas (...) e qualificados em categorias de selvagens ou não, domésticos ou domesticados, aquáticos, terrestres, migratórios ou não, exóticos ou não, ameaçados ou em extinção.

Desta forma, sob a égide jurídica, a proteção dos animais é feita da seguinte forma: existe um primeiro grupo de animais, compreendendo os domésticos ou domesticados, que continuam sendo tratados como coisas ou semoventes ou como coisas sem dono, de acordo com sua situação e enquadramento no Código Civil Brasileiro.

Neste sentido, sua proteção é feita dentro do Direito de Propriedade, sendo estes considerados como propriedade privada do homem, sujeitos à apropriação.

Pode-se averiguar, por exemplo, nos art. 1.444 a 1.446, disposições concernentes ao penhor pecuário, que os animais são objetos válidos de penhor e alienação, além de compra e venda. Abaixo os artigos, para melhor visualização:

Art. 1.444. Podem ser objeto de penhor os animais que integram a atividade pastoril, agrícola ou de laticínios.

Art. 1.445. O devedor não poderá alienar os animais empenhados sem prévio consentimento, por escrito, do credor.

Parágrafo único. Quando o devedor pretende alienar o gado empenhado ou, por negligência, ameace prejudicar o credor, poderá este requerer se depositem os animais sob a guarda de terceiro, ou exigir que se lhe pague a dívida de imediato.

Art. 1.446. Os animais da mesma espécie, comprados para substituir os mortos, ficam sub-rogados no penhor.

Parágrafo único. Presume-se a substituição prevista neste artigo, mas não terá eficácia contra terceiros, se não

constar de menção adicional ao respectivo contrato, a qual deverá ser averbada.^[4]

Os animais silvestres em ambientes naturais e os exóticos (sendo estes os originários de outros países) compreendem o segundo grupo e são tratados como bens jurídicos de uso comum do povo, tendo natureza difusa, assim como os demais bens socioambientais. Os bens jurídicos de uso comum do povo não são públicos nem privados, eles pertencem à coletividade. Assim sendo, é dever do Poder Público e de todos protegê-los. Como bem salienta Pedro Lenza (2010, p. 941):

(...) o meio ambiente é bem de fricção geral da coletividade, de natureza difusa e, assim, caracterizado como *res omnium* – coisa de todos, e não como *res nullius* (...). Trata-se de direito que, apesar de pertencer a cada indivíduo é de todos ao mesmo tempo e, ainda, das futuras gerações.

A esse respeito, cabe mencionar que os bens de uso comum ou bens difusos, não são os bens públicos de uso comum elencados no art. 66 do Código Civil Brasileiro, mas sim bens que independente da natureza pública ou privada, sendo considerados bens comuns de todos.

Uma propriedade privada não deixa de assim ser, por ser um bem difuso, o que poderá ocorrer é um gravame de uma limitação ou restrição de uso a ela imposta para que haja maior preservação, visto que ela pertence à coletividade. Contudo, isso não indica que haja transmissão de propriedade para o poder público, nem que possa ser reivindicado o espaço por ser bem de uso comum.

De todo modo, a classificação constitucional dos animais como bens difusos foi uma grande evolução no que concerne ao protecionismo animal, mesmo o dispositivo tendo aberto margem à discussão e de modo geral deixado de lado grande parte da efetiva fauna brasileira. Contudo, a maior parte da legislação brasileira que se propõe à tutela jurídica da fauna ainda funciona de forma parca e termina por preservar primordialmente o interesse humano, leia-se aqui de um grupo humano dominante.

Como diz Rodrigues (2008, p.77):

Portanto, toda essa parafernália legislativa está sendo impotente para proteger os direitos à vida, à liberdade e dignidade dos Animais porque é tida sob a ótica antropocêntrica do ordenamento jurídico.”

E, claro, em um momento político onde há avanço significativo do conservadorismo, expresso por medidas como a Reforma Trabalhista, no campo legislativo. E, no campo jurisdicional, na recente decisão do Supremo Tribunal de Justiça autorizando a prisão em segunda instância, se faz quase irreal pensar em uma inovação legal que possa trazer benefícios a qualquer grupo subalternizado, seja ele humano ou não-humano.

Pelo contrário, sejam elas legais ou jurisdicionais estão cada vez mais nefastas para ambos os grupos.

Como exemplo crucial de como esse cenário político pode ser extremamente maléfico ao meio ambiente e aos humanos vulneráveis e como estão ambas as questões interligadas na sociedade brasileira, optou-se por fazer uma breve análise do Projeto de Lei 6268/2016 (PL da Caça).

6. PROJETO DE LEI 6268/2016

O Projeto de Lei 6268/2016, de autoria do deputado membro da Frente Parlamentar da Agropecuária, Valdir Colatto (MDB-SC), que tramita na Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável da Câmara dos Deputados (CMAD), tendo como relator o deputado Nilto Tatto (PT- SP), cujo objetivo é legalizar a caça de animais silvestres no Brasil.

Uma breve análise ao projeto de lei em questão foi trazida aqui, pois ele demonstra com facilidade como para se entender a relação entre o homem e a natureza no sistema jurisdicional brasileiro é fundamental compreender como o mesmo grupo que constantemente luta pela manutenção da visão eurocêntrica importada, ou melhor, imposta ao longo do processo de colonização, também é responsável pela constante reprodução de paradigmas exploradores, que aumentam os abismos existentes em nossa sociedade, principalmente nas áreas rurais.

Isso porque, além de autorizar a caça e o abate de animais silvestres ameaçados de extinção, legalizar o comércio de animais silvestres e exóticos e a manutenção desses em criadouros comerciais, permitir a erradicação de espécies exóticas que sejam considerados nocivos à saúde pública, às atividades agropecuárias ou correlatas e à integridade e diversidade biológica dos

ecossistemas, autorizar o estabelecimento de campos de caça em propriedades privadas, permitir que animais resgatados que estejam sendo mantidos em campos de triagem sejam vendidos a campos de caça, ou levados a eutanásia sumária, possibilitar a comercialização de animais por zoológicos e o do abate de animais silvestres em unidades de conservação, ou seja, representar um retrocesso sem tamanho no que tange a legislação vigente no país referente à proteção à fauna. O supracitado projeto traz, entre outros pontos, em seu texto, a permissão de utilização de armas de fogo, proposta esta que se faz ameaçadora no que se refere também ao caráter humano.

Em seu texto:

Art. 38. O abate de espécimes da fauna silvestre é proibido. a) com visgos, atiradeiras, fundas, bodoques, veneno, incêndio ou armadilhas que maltratem o animal; b) com armas a bala, a menos de três quilômetros de qualquer via férrea ou rodovia pública; c) com armas de calibre .22 para animais de porte superior à lebre europeia (*Lepus capensis*); [...]

Em um cenário de aumento de mais de 20% na violência rural entre os anos de 2016 e 2017, segundo dados do Observatório Nacional de Justiça Socioambiental Luciano Mendes de Almeida – OLMA, uma modificação que traga qualquer abertura ao aumento do índice de armas nas áreas rurais do país se propõe ameaçadores, principalmente aos socioambientalistas, membros de comunidades tradicionais, indígenas e quilombolas.

Propostas como essa servem ao propósito de um grupo dominante que explorada animais humanos e não-humanos, sendo responsáveis por esses indivíduos serem subalternizados, silenciados e, por que não?, abatidos todos os dias.

O deputado Valdir Colatto, autor do Projeto de Lei, é abertamente a favor do armamento da população rural, tendo apoiado o Projeto de Lei 6717/2016 que libera o porte de arma a moradores de zona rural com pelo menos 21 anos (modificando e reduzindo a idade mínima vigente no Estatuto de Desarmamento de 25 anos). Nesse sentido o deputado mencionou em entrevista dado ao programa Direito ao Ponto, do Canal Rural, que:

Estamos precisando que o agricultor tenha uma arma na propriedade. Imagine alguém lá no interior, isolado, sem telefone e os bandidos dizimando, assassinando as pessoas.

A lei do abigeato aumentou a pena para quem rouba os animais, mas mesmo assim não conseguimos resolver o problema da criminalidade.^[5]

No breve relato fica clara a posição do deputado e a que grupo se filia, sendo reforçada a percepção acerca da conexão entre os sujeitos que são responsáveis pela objetificação e instrumentalização dos não-humanos e da constante exploração dos humanos mais vulneráveis.

1. CONCLUSÃO

Como brevemente abordado o tema é composto por inúmeros recortes que demonstram sua complexidade.

Ao buscar compreender o universo simbólico que permeiam as mais diversas relações humanas nos deparamos com signos, significantes e significados plurais que formam uma colcha de retalhos. Assim sendo, trabalhar a dinâmica das relações humanas e não-humanas não poderia deixar de envolver toda essa amalgama.

O objetivo com esse trabalho, portanto, não poderia ser esgotar o tema, visto que diante desses fatos essa busca seria no mínimo inocente. Buscou-se, portanto, iluminar alguns dos pontos de choque que se tem ao discutir a significação da relação entre os homens e os não-humanos que os cercam.

A compreensão da necessidade de se reinterpretar o conceito de Natureza para que se torne ao menos possível o diálogo dos mais diversos atores que compõem as sociedades latinoamericanas é fundamental na tentativa de debater qualquer evolução relacionada as políticas públicas e as legislações que abarcam o tema.

Além disso, é imprescindível a interpretação do papel que a natureza (principalmente no que tange aos animais não-humanos) exerce na construção simbólica dos indivíduos afim de se poder discutir novas propostas política, jurídicas e legais. Para tanto, não é possível se olvidar da percepção do que o imperialismo europeu gerou nessa formação de um ideal de natureza.

Além disso, é crucial que se entenda como o histórico dessas relações imperialistas continuam se perpetuam no cenário sociopolítico brasileiro,

representado por elites que subalternizam, exploram, escravizam e abatem todos os dias tanto humanos como não-humanos.

Opta-se aqui então por não utilizar nenhuma palavra de conclusão, uma vez que o processo de compreensão dos dados levantados e dos argumentos elaborados ainda está em pleno desenvolvimento, representando esse artigo o processo inicial de discussão.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 30 mar. 2018.

[1]BRASIL. *Lei 10.406/02*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 30 mar.2018.

BRASIL. *Lei 5.197/67*, de 3 de janeiro de 1967. Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 5 de janeiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5197compilado.htm Acesso em: 30 mar.2018.

BRASIL. *Lei 9.605/98*, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm . Acesso em: 30 mar.2018.

BRASIL. *Portaria IBAMA nº 93*, de 7 de julho de 1998. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 8 de julho de 1998. Disponível em: <http://servicos.ibama.gov.br/ctf/manual/html/042200.htm> . Acesso em: 30 mar. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei nº 6268/2016. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=34A02A283F3771C187ABBE6150DA08.proposicoesWebExterno2?codteor=1497510&filename=PL+6268/2016 Acesso em: 16 abr. 2018.

BRASIL. SÍNTESE DOS ÍNDICES DE VIOLÊNCIA, TRABALHO ESCRAVO E MORTALIDADE INFANTIL NO BRASIL. Disponível em: <http://olma.org.br/wp-content/uploads/2016/12/BRASIL-s%C3%ADntese-das-viol%C3%Aancias-e-emergencias-sociambientais.pdf> . Acesso em: 16 abr. 2018

COELHO, Natália. Armamento rural é esperança do setor em 2018. Canal Rural. Disponível em: < <http://www.canalrural.com.br/noticias/direto-ao-ponto/armamento-rural-esperanca-setor-2018-70961> > . Acesso em: 23 de abr. de 2018.

CROSBY, Alfred. W. Prólogo. Em: Imperialismo ecológico: a expansão biológica da Europa 900-1900. Tradução de José Augusto Ribeiro e Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

DIEGUES, Antonio Carlos Santana. O mito moderno da natureza intocada / Antonio Carlos Santana Diegues. — 3.^a ed. — São Paulo : Hucitec Núcleo de Apoio à Pesquisa sobre Populações Humanas e Áreas Úmidas Brasileiras, USP, 2000.

FILHO, Nelson Aprobato. A surpreendente história do Jardim Zoológico – Elementos históricos de uma das mais controversas relações entre o homem e os outros animais. In: Scientific American. Edição Especial Vida Animal. Brasil, 2013. p, 6-13.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 1: Parte Geral. 8^a edição. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 288

LATOUR, Bruno. Políticas da natureza: como fazer ciência na democracia. Tradução de Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru SP: EDUSC, 2004.p. 25 -105.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 941.

POTTS, Annie. What is meat culture?. In: Meat Culture, Edited: Annie Potts. Leiden: Boston: Brill, 2016.

RODRIGUES, Danielle Tetü. O Direito & os Animais: Uma Abordagem Ética, Filosófica e Normativa. 2ª Edição. Curitiba: Juruá

NOTAS:

[1] Artigo apresentado ao Espaço de Discussão ED 4 (Povos e comunidades tradicionais, questão agrária e conflitos socioambientais) do 7º Seminário Direitos, Pesquisa e Movimentos Sociais, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 27 a 30 de abril de 2018.

[2] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 1: Parte Geral. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 288

[3] Celso Antônio Pacheco Fiorillo, autor de obras como o *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. Edna Cardoso Diaz, autora de obras como *Direito Ambiental no Estado Democrático de Direito* e Laerte Fernando Levai, autor de *Direito dos Animais: O Direito Deles e o Nosso Direito sobre Eles*.

[4] BRASIL. *Lei 10.406/02*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 30 jun.2013.

[5] Entrevistado do programa Direto ao Ponto deste domingo, dia 31, o deputado Valdir Colatto (PMDB-SC) fez uma análise de alguns temas que dominaram o agronegócio em 2017 - Canal Rural - Leia mais no link <http://www.canalrural.com.br/noticias/direto-ao-ponto/armamento-rural-esperanca-setor-2018-70961>

A TRAJETÓRIA DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ATÉ SUA CONFIGURAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

LISSA AGUIAR ANDRADE: bacharela em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR, advogada, aprovada no Concurso para Promotor de Justiça do Estado de Rondônia.

Resumo: A importância do artigo "A trajetória do Direito do Consumidor no ordenamento jurídico brasileiro até sua configuração como direito fundamental" está em realizar uma evolução histórica acerca das principais legislações que trataram da matéria de direito do consumidor, direta ou indiretamente, desde uma época em que não se vislumbrava uma sociedade de consumo, até os tempos atuais, culminando na previsão constitucional do direito consumerista como um direito fundamental e na criação do Código de Defesa do Consumidor (CDC), através da Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. A metodologia utilizada no artigo quanto à finalidade, trata-se da pesquisa básica estratégica; quanto a abordagem, pesquisa qualitativa; quanto a tipo, pesquisa descritiva; quanto ao procedimento, pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais. Direito do Consumidor

Abstract: The importance of the article "The trajectory of Consumer Law in the Brazilian legal system until its configuration as a fundamental right" is to carry out a historical evolution on the main laws that dealt with the matter of consumer law, directly or indirectly, from a time when not a consumer society was envisaged to date, culminating in the constitutional provision of consumer law as a fundamental right and in the creation of the Consumer Defense Code, through Law No. 8078 of September 11, 1990.

Keywords: Fundamental rights. Consumer Rights.

Sumário: Introdução. 1. Evolução Social da Defesa do Consumidor. 2. Histórico legislativo do direito do consumidor brasileiro. 2.1 Dos Primórdios aos anos 30. 2.2 Da legislação dos anos 30 à década de 60. 2.3 A legislação dos anos 60 a 1985. 2.4 De 1985 aos dias atuais. 3. Interrelação dos Direitos Fundamentais com os direitos consumeristas. Conclusão. Referências.

Introdução

O Direito do Consumidor está garantido na Constituição Federal (CF) em seu art. 5º, XXXII. Nota-se que este tema, enquanto direito fundamental, tem como objetivos principais a proteção do ser humano-consumidor, a busca do equilíbrio da relação de consumo e a formação de um micro sistema capaz de regulamentar essa nova realidade criada pela sociedade capitalista. O poder público, a fim de garantir o equilíbrio nas relações consumeristas, intenta, através de instrumentos adequados, pôr o consumidor vulnerável no mesmo patamar do fornecedor do produto.

A sistematização construída a partir de uma lenta evolução social e/ou legislativa, representada pela lei fundamental, em consonância com o CDC e outras leis infraconstitucionais, formam o micro sistema de defesa do consumidor, tendo por produto uma das codificações mais moderna e completa do mundo. Não podemos nos olvidar que estamos no campo do dever-ser, necessitando-se que toda a máquina estatal esteja em harmonia com o objetivo maior da legislação para a concretização de suas determinações. Sendo assim, torna-se imperativo aos órgãos judiciais, poder executivo, poder legislativo e toda sociedade, efetivar tais determinações normativas.

A justificativa para a apresentação deste trabalho faz-se necessária devido a utilidade na compreensão do lento processo de formação da legislação do consumidor no estado brasileiro, dada a relevância que o direito do consumidor vem alcançando com sua amplitude em albergar as diversas relações jurídicas consumeristas, até então carente de normas especiais. Em razão disso, tem-se como objetivo geral analisar a trajetória legislativa do direito posto em paralelo à evolução da sociedade brasileira.

A metodologia utilizada no artigo foi realizada através de um estudo descritivo-analítico, desenvolvido através de pesquisa, quanto ao tipo, bibliográfica, e, além disso, foi feita uma pesquisa doutrinária sobre o assunto. Já quanto à abordagem, trata-se que uma pesquisa qualitativa, que teve por propósito compreender a operacionalização do Sistema Nacional de Proteção do Consumidor. Por fim, quanto ao objetivo, a mesma é exploratória, objetivando

aprimorar ideias, procurando soluções sobre o tema em foco e firmando hipóteses sobre este.

1. Evolução Social da Defesa do Consumidor.

Um fato relevante e inquestionável em relação ao direito diz respeito ao seu surgimento. A ciência jurídica trata de uma área do estudo intrinsecamente ligada ao cotidiano das pessoas, sendo, desta forma, produto, digo, consequência dos anseios da sociedade, vindo a regulamentar as relações que se mostram necessárias de jurisdição em um dado momento histórico.

Ao longo do século XX, houve uma considerável modificação do perfil social dos brasileiros, que passou de eminentemente rural para parcialmente urbana, formando-se uma sociedade de consumo, mais precisamente depois da II Guerra Mundial, em razão da expansão do comércio, da atividade industrial, da urbanização, dos bens não duráveis e da indústria automobilística.

Houve, destarte, uma remodelação na estruturação das cidades e do comércio, surgindo uma sociedade mais dinâmica e veloz, devido à introdução da mulher no mercado de trabalho, à facilitação da aquisição do veículo automotor, à criação dos hipermercados e *Shopping Center*, à criação em grande escala dos eletrodomésticos, à ampliação dos meios de comunicação e à divulgação em massa dos produtos através da propaganda em rádio, TV e *outdoors*.

Diante dessa realidade social, surge um novo sentimento social, definido pelo contexto: "O processo de mudança produtiva e de difusão das mercadorias possibilitou que novos valores sociais fossem surgindo, fundamentalmente baseados no consumo. A individualização do consumo, proporcionada pela diversificação e especialização da produção, é atualmente um dos grandes elementos para se compreender os novos padrões da sociedade." (24 HORAS..., 2011, *online*).

Apesar das transformações ocorridas no século XX e da implementação de leis esparsas para a regulamentação dessas novas relações jurídicas formada ao longo dos anos, sabe-se que a lei não é condição suficiente para tornar o direito

efetivo, sendo necessário um aparato de órgãos bem estruturados, interligados harmonicamente e juridicamente para tornarem seus objetivos eficazes.

2. Histórico legislativo do direito do consumidor brasileiro.

Segundo o doutrinador Marcelo Gomes Sodré (2007), existem três grandes ciclos na construção da legislação consumerista. O primeiro ciclo ocorreu em meados da década de 30 a 1960, com introdução da legislação penal; o segundo estágio deu-se entre 1960 a 1985, abrangendo a contribuição do direito administrativo; e no terceiro e último estágio, período de 1985 aos dias de hoje, há precipuamente a implementação da legislação dos direitos difusos.

2.1 Dos Primórdios aos anos 30.

Até a década de 30 do Século XX não havia no Brasil uma efetiva sociedade de consumo, fato que refletiu na construção de legislações esparsas e que citavam apenas indiretamente a matéria consumerista.

Inicialmente foi promulgada as Ordenações Filipinas, vigente entre os anos de 1603 a 1821. Sua contribuição, embora pequena e singela, deu-se principalmente no campo da compra e venda. No tocante à seara penal, havia a tipificação de algumas condutas, como: "Dos que falsificam mercadorias", "Dos que medem, ou pesão, com medidas ou pesos falsos" (sic).

Em seguida, com a promulgação da Constituição Federal de 1824, não se observou grande evolução nessa matéria, apenas menção da inviolabilidade dos direitos civis e menção expressa de que nenhum comércio ou indústria poderá ser proibido, exceto quando contrarie os costumes locais e os princípios constitucionais.

Nessa mesma vertente, foi aprovado em 1850, o Código Comercial, parcialmente em vigor, criando novas regras relacionadas ao direito comercial, que pouco formulava normas atinentes ao consumidor. Já em 1890, foi promulgado o Código Penal do Estado Unidos do Brasil, pelo Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, trazendo pela primeira vez um corpo legislativo de normas adequadas a(tímida) sociedade urbana em formação. Alguns exemplos das

tipificações penais criadas por esse decreto foram: crimes contra a saúde pública, crimes contra o meio de transporte ou comunicação, falência, violação dos direitos de patente e de invenção.

Por fim, esse ciclo concluiu-se com a promulgação do Código Civil de 1916. O Código Bevilacqua baseou-se nas relações civis, tratando os contratantes em condição de igualdade, não havendo a previsão de temas de supra importância na seara do consumo como a hipossuficiência, a vulnerabilidade das relações de consumo e a menção dos contratos de adesão. Foi uma legislação que atendeu às relações jurídicas atinentes à época, que até então permaneciam, em sua maioria, rurais.

2.2 Da legislação dos anos 30 à década de 60.

Nessa época, o Brasil ainda era eminentemente rural, inexistindo uma sociedade sólida de consumo. Como se afirma que direito é produto social, as poucas e deformadas leis que trataram dessa matéria eram esparsas, além da ausência de órgãos para o atendimento de eventuais demandas.

Esse período, em matéria legislativa, foi marcado por um desenvolvimento penal no assunto consumerista e a proteção mais ampla da ordem econômica e social. A partir da década de 30, ocorreram expressivas alterações no Código Penal de 1890, fruto da modificação social advinda da crescente industrialização. Essas transformações eram no sentido do direito de informação aos “consumidores” e responsabilização daqueles que causarem danos, nascendo assim os primeiros direitos básicos das relações consumeristas: o direito a informação clara e precisa e a indenização pelos danos sofridos.

Na Constituição Federal de 1934 houve ampliação da proteção ao consumidor, preceituando que cabe exclusivamente à União legislar sobre normas gerais de produção e consumo, bem como decretar impostos sobre produção de consumo de qualquer mercadoria. E, mais adiante, em um capítulo único, encontra-se o título “Da Ordem Econômica e Social”, que criou um mandamento constitucional de fomento à economia popular, ao desenvolvimento do crédito e à proibição da usura, tornando clara a nova realidade urbana e industrial crescente no Brasil.

Outra lei de suma importância à época foi o Dec. nº 19.606/31, que tratou do exercício da profissão farmacêutica no Brasil. Essa lei especificou o exercício dessa atividade nas indústrias, nas drogarias, nas ervanárias e nos laboratórios. Sua relevância dar-se-á em regulamentar condutas de saúde pública, bem como explicitar claramente que a profissão de farmacêutica, dentre outras vertentes, era a do comércio direto com o consumidor dos produtos de farmácia. Houve também a implementação de aferição de pesos e medidas utilizados nos estabelecimentos pelo inspetor, e a regra de quando se tratar de produtos biológicos, estes só poderão ser entregues ao consumo quando devidamente licenciados pelo Departamento Nacional de Saúde Pública. Por último, implementou-se uma multa por descumprimento a qualquer dispositivo de lei, sem prejuízo das penas criminais, tornando a norma mais efetiva.

Em seguida, foi aprovado o Dec. 22.626/33, que tratava da regulamentação dos juros nos contratos, vedando-se os juros sobre juros e regulamentando a taxa máxima, que não poderia ser superior ao dobro legal, sob pena de nulidade de pleno direito. O infrator do contrato poderia responder até mesmo pelo crime de usura.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1937 não houve, em seu corpo, nenhuma grande alteração em relação a esta temática, exceto no que diz respeito a previsão dos crimes contra a economia popular, comparados a crimes contra o Estado, e a punição da usura.

Logo após a promulgação da Constituição de 1937, editou-se o Dec.-Lei nº889, de 18.11.1938, que definiu os crimes contra a economia popular, tipificando-o como aquele em que há, na conduta do autor, a finalidade de obter vantagens em relação ao consumidor ou em relação aos outros comerciantes da mesma área de atuação no mercado através de meio fraudulento. Este decreto evitou que houvesse a concorrência desleal, a propaganda enganosa, a cobrança de juros abusivos, buscando o comércio justo e transparente, além de um consumidor bem informado.

Em seguida, foi promulgado o Código Penal de 1940 (CP/1940), seguindo a vertente da época de penalização das condutas. Com destaque a nossa temática, podemos citar o Título "Do Estelionato e Outras Fraudes", tipo penal até então inexistente. Outro dado importante do CP/1940 foi a tipificação no

artigo 177, que trata da “fraude no comércio”, prevendo pioneiramente a palavra “consumidor” com o sentido atual. E, por fim, o código foi salutar na inserção dos Títulos que tratam “Dos Crimes do Privilégio da Invenção”, “Dos Crimes contra a Marca de Indústria e Comércio” e “Dos Crimes da Concorrência Desleal”, versando este último do direito à informação justa e vedação da publicidade enganosa.

Em seguida, passou o Brasil por um processo de redemocratização, através da promulgação da Constituição Federal de 1946. No que tange a esta, observa-se uma grande e efetiva mudança no Título “Da Ordem Econômica e Social”, através da inserção precisa dos princípios da justiça social, da liberdade de iniciativa e da valorização do trabalho humano. Notou-se claramente que a Constituição seguiu uma nova vertente, sedenta por justiça e igualdade material. Não se permitiu mais o abuso do poder econômico sob nenhum aspecto, sendo necessário que o ser humano fosse valorizado e que os grupos econômicos fossem barrados em suas manobras acirradas, a fim de que a concorrência leal fosse observada.

Seguindo essa linha de pensamento, foi promulgado o Dec.-Lei. nº 9.840, de 11.09.1946, com a tipificação de outros crimes contra a economia popular. Alguns exemplos são: a negativa do comerciante em vender mercadorias sem motivo justificado, a preferência de compradores, a negativa ou não apresentação de nota, ou mesmo a sua insuficiência de informações, etc.

Já no ano de 1951, a Lei nº 1.521 alterou a legislação dos crimes contra a economia popular, dando uma maior relevância à temática consumerista. As principais modificações são: possibilidade de suspensão da pena e livramento condicional do processo; suspensão provisória do exercício da profissão ou atividade do infrator; julgamento de algumas infrações através do Tribunal do Júri, dada a importância desses crimes; e tipificação de algumas condutas menos gravosas como contravenções penais.

Saindo um pouco da vertente dos crimes da economia popular, foi promulgada a Lei nº 1.283, em 1950, que tratava da inspeção industrial e sanitária de produtos de origem animal. O dispositivo veio como uma obrigação da prévia fiscalização dos produtos de origem animal, sejam eles comestíveis ou não, sob o ponto de vista industrial e sanitário, especificando os órgãos competentes para

esta fiscalização e os locais, digo, comércio e indústrias, bem como os produtos que serão alvo dessa lei.

Também foi sancionada a Lei nº 2.312, de 1954, que cuida de normas gerais de defesa na proteção da saúde. Há por destaque o dever da União e da família na defesa e proteção da saúde do indivíduo. Incumbiu-se ao órgão federal, dentre outras obrigações, a defesa sanitária nacional, através da execução de planos de assistência médico-sanitária. Com relação ao assunto em pauta, previu o dever do órgão federal em fiscalizar a produção, manipulação e comércio de drogas, plantas medicinais, produtos farmacêuticos e qualquer outra espécie que interesse à saúde pública, fazendo uma análise prévia e final dos produtos antes da sua colocação no mercado. Há também a previsão da fiscalização da instalação e funcionamento das farmácias e indústrias farmacêuticas, dos comércios e o uso de entorpecentes, além da verificação prévia dos anúncios médicos-farmacêutico e rótulos/bulas de especialidades farmacêuticas. Aliado a este diploma, um pouco antes, foi aprovado o Decreto 20.397/46, que regulamentou a indústria farmacêutica.

Em resumo, o que pôde-se depreender a partir da legislação desse período é que o Brasil percorreu um processo lento e paulatino de industrialização, acompanhado do capitalismo, o que desencadeou uma produção legislativa voltada para a proteção da livre concorrência. Também pôde-se perceber a preocupação de proteger a economia popular, marcando esse período pela tipificação de condutas, através do processo de penalização da matéria.

2.3 A legislação dos anos 60 a 1985.

Apesar de a II Guerra Mundial ter sido finalizada em 1945, ela deixou marcas permanentes na história brasileira e traçou caminhos que mudaram, por certo, a sua trajetória. Pode-se citar, por exemplo, a aliança com os Estados Unidos e a criação da primeira usina siderúrgica da América Latina.

Esta fase foi o marco inicial da industrialização brasileira, tendo seu ápice de desenvolvimento no governo de Juscelino Kubitschek, através do ousado plano de metas de crescimento do Brasil de *"50 anos em 5"*, tendo por objetivo principal o desenvolvimento industrial e econômico, a integração das regiões brasileira, principalmente o eixo norte-nordeste, e a construção da nova capital, Brasília,

localizada no centro do país. As áreas de maior expansão são a indústria automobilística e a indústrias de base.

Aliado ao forte crescimento industrial e urbanístico brasileiro está o pagamento de um preço alto pela população. O governo, para perseguir seu objetivo de tornar em tão pouco tempo o Brasil rural em Brasil industrial, pediu dinheiro emprestado, abriu nosso mercado ao exterior, emitiu papel moeda sem lastro em ouro, ou seja, a situação se tornou custosa. Em poucos anos passamos a ter um Brasil inflacionário, industrializado, com mercado interno e externo em exercício e sem nenhuma legislação pertinente a todo esse panorama.

E, diante deste quadro espinhoso, os legisladores priorizaram a criação de normas que regessem essa nova conjuntura, no intento de barrar a inflação, controlar os preços, manter o mercado menos flutuante e evitar o desabastecimento.

Dentro dessa seara buscou-se um aparato legislativo mais conciso e robusto, que fosse capaz de regular essa nova realidade, o que resultou na mudança de um governo liberalista para um governo intervencionista. Como preleciona Marcelo Gomes Sodré (2007, p. 111): "[...] houve uma clara opção pela utilização do chamado "poder de polícia administrativo", ou seja, a utilização de instrumentos de intervenção no domínio econômico. Tal característica marcou o período, sendo relevante notar que começaram a ser fundados alguns "sistemas nacionais" que passariam a ter relação com o tema aqui tratado, valendo destacar: o 'Sistema Nacional de Saúde', o "Sistema Nacional de Garantia da Livre Concorrência" e o "Sistema Nacional de Metrologia"."

Com relação às duas constituições editadas nessa época, a de 1967 e 1969, não houve grandes alterações, observando-se maior relevância nas leis infraconstitucionais. Passemos à análise.

No tocante a temática, três temas foram o grande foco do poder legislativo da época: o abastecimento e contenção dos preços (inflação); o controle e fiscalização dos produtos, com enfoque dado à vigilância sanitária; e a criação de órgão e/ou autarquias responsáveis pelo desenvolvimento econômico e industrial brasileiro e pela efetivação da nova legislação que se formava com base nesse apelo de proteção e fiscalização.

Com relação ao primeiro bloco, *abastecimento e contenção dos preços*, podemos nos reportar à criação da Superintendência Nacional de Abastecimento –SUNAB, a partir da Lei Delegada nº 5, de 26.09.1962, que teve por objetivo principal promover a execução do plano nacional de abastecimento de produtos essenciais, e em consonância com o Dec.-Lei nº 2, de 14.01.1966, foi autorizada a requisição de bens e serviços essenciais ao abastecimento da população, quando exigir o interesse público.

A Lei Delegada nº 2, de 26.09.1962, estabeleceu os preços mínimos para financiamento ou aquisição de cereais e outros gêneros. Também foi editada a Lei Delegada nº 4, na mesma data, tratando da intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo, autorizando a intervenção da União para a compra, armazenamento e distribuição dos produtos, podendo estes serem adquiridos no exterior quando a produção nacional for insuficiente. Finalizou-se com o Dec.-Lei nº 38, de 18.11.1966, estabelecendo estímulos pela contenção dos preços e prevendo penalidades caso ocorram aumentos superiores aos índices gerais de preços.

Com relação ao segundo bloco, *controle e fiscalização dos produtos, com enfoque dado à vigilância sanitária*, inicialmente foi editado o Dec.-Lei nº 209, de 27.02.1967, revogado pelo Dec.-Lei nº 986, de 21.10.1969, instituindo normas básicas sobre alimentos. Essa norma foi de suma importância, pois logo em seu artigo primeiro vemos a menção “[...] da defesa e proteção da saúde individual ou **coletiva**, no tocante a alimentos, até o seu consumo, [...]” (grifo nosso), sendo um grande avanço a menção dessa perspectiva de princípio de direito coletivo inserido na legislação. Referido diploma legislativo estabeleceu regras básicas como: a obrigatoriedade de registro prévio do alimento antes de colocação no mercado, renovação de registro a cada 10 (dez) anos, características mínimas dos rótulos, agentes competentes para a fiscalização, prévio licenciamento dos estabelecimentos, etc. Outra norma relativa a esta temática foi a Lei nº 5.823, de 14.11.1972, revogada pela Lei nº 8.918, de 14.07.1994, que institui a padronização, classificação, inspeção e registro de bebidas nacionais e estrangeiras. Depois foi publicada a Lei nº 5.991, de 17.12.1973, juntamente com a Lei nº 6.360, de 23.09.1976, que dispõem sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos. Em seguida, a Lei nº 6.198, de

26.12.1974, dispôs sobre regras básicas da fiscalização obrigatória dos produtos destinados à alimentação animal.

Por último, no terceiro bloco, no que diz respeito à *criação de órgão e/ou autarquias que seriam responsáveis pelo desenvolvimento econômico e industrial brasileiro*, passou-se a ter, à época, uma grande intervenção do estado no domínio econômico através da criação de autarquias especializadas em fiscalização e desenvolvimento da economia brasileira.

Foi criada a Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia - SUDAM, através da Lei nº 5.173, de 27.10.1966, com o objetivo de promover o desenvolvimento da região amazônica, através da geração de incentivos financeiros e fiscais, atraindo capital nacional e estrangeiro para região. Sua sede foi estabelecida na cidade de Belém, com atribuições de: coordenar a execução dos projetos e dos programas de assistência técnica nacional, elaboração do Plano de Valorização Econômica da Amazônia, bem como sua revisão, fiscalização dos programas e divulgação de pesquisas.

A legislação nesse período tratou também de assuntos relativos a pesos e medidas, introduzidos com a edição do Dec.-Lei nº 240, de 28.02.1967, definindo a política e o sistema nacional de metrologia e a criação do Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial – INMETRO, através da Lei nº 5.966, de 11.12.1973. Foram criados também outros órgãos de suma importância como o Conselho Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial – CONMETRO, órgão normativo do Sistema Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial, tendo por competência normatizar, formular e supervisionar a política nacional de metrologia, assegurar a uniformização das unidades de medida, fixar critérios e procedimentos para certificação da qualidade de materiais e produtos industriais.

2.4 De 1985 aos dias atuais.

Neste último estágio legislativo somos influenciados precipuamente pela legislação estrangeira. Podemos citar em especial a diretiva 85/374, de 1985, da Comunidade Européia, a Declaração de Direitos da Comunidade Europeia, as diretrizes das Nações Unidas e, apesar de não está compreendido no período pesquisado, os direitos do consumidor afirmados pelo conhecido discurso do Presidente Kennedy em 1962.

Neste período há a predominância da construção normativa do direito coletivos em sentido amplo. Dentre os documentos legislativos podemos citar a Lei nº 7.347, de 24.07.1985, que disciplina a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, etc. A inovação trazida por esta lei é de suma importância, pois, na medida em que tratou de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, passa a abranger em suas demandas não mais o consumidor individualmente e sim em seu caráter transindividual, tendo por consequência a previsão de efeitos *erga omnes* as sentenças, nos limites da competência territorial do órgão prolator. Outra norma de suma importância foi a publicação do Dec. nº 91.469, em 24.07.1985, que criou o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor – CNDC, com a finalidade de assessorar a Política Nacional de Defesa do Consumidor, tendo por competência normativa propor o aperfeiçoamento e consolidação da legislação; com relação aos órgãos deveria propor a extinção, fusão e incorporação dos mesmos, bem como deveria propor medidas que visassem dar apoio técnico e financeiro às organizações de defesa do consumidor; e, por último, diretamente em relação ao consumidor, deveria incentivar medidas para mantê-lo informado e propor medidas para coibir fraudes e abusos. Vale ressaltar que a composição do CNDC é formada por representantes estatais e da sociedade civil organizada, tendo um caráter mais dinâmico e democrático.

Outras leis importantes desenvolvidas nesse período foram as leis sobre a produção, comercialização e fiscalização de produtos como o vinho e derivados da uva (Lei nº 7.678/1988), trigo (Lei nº 8.096/1990), agrotóxicos (Lei nº 7.802/1989) e as que trataram especificamente do plantio e comercialização da produção de soja geneticamente modificada (Leis nº 10.814/2003 e 11.092/2005). Também temos leis que tratam da intervenção do estado e do poder de polícia, sejam através da determinação da advertência na embalagem de alimentos que contém GLÚTEN (Lei nº 8.543/1992), a obrigatoriedade de instrumento de medição de peso nos postos de revenda de gás liquefeito derivados de petróleo (Lei nº 9.048/1994), entre outras.

Contudo, vale ressaltar, as duas normas que são os pilares da formação de todo o direito do consumidor construído atualmente no Brasil: a Constituição Federal de 1988 e Código de Defesa do Consumidor de 1990 (CDC). Aquela revelou a importância dessa temática, na medida em que colocou o direito

consumerista no rol dos direitos fundamentais, tornando-o uma cláusula pétrea, não podendo ser retirado da mesma nem por emenda à Constituição. Já com relação ao Código, houve, pela primeira vez, uma sistematização precisa, concisa e concreta em um único instrumento normativo de normas que defendem diretamente o consumidor, buscando-se o equilíbrio entre as partes e a sistematização dessa área.

Dentro dessa nova perspectiva de direito, não havia, até 1991 (ano em que entrou em vigência o CDC), princípios e normas atinentes a essa nova realidade. Para o professor Rizzato Nunes (2010), a grande dificuldade de interpretação do CDC nos dias de hoje, bem como sua aplicabilidade, é no sentido de os juristas, doutrinadores e estudiosos do assunto terem sua formação jurídica com base no direito privatista, que foi predominante durante todo o século XX, direito este que se mostra totalmente ineficaz e equivocado para regulamentação das relações de consumo.

Revelado esse caráter de supra importância do direito do consumidor, tanto do ponto de vista social, como uma via de atendimento aos mandamentos constitucionais, se torna imperativo que haja uma legislação completa e meios eficazes para aplicação de suas diretrizes. Não há dúvida que o CDC, bem como as leis extravagantes dessa temática, são ditas como uma das mais modernas do mundo, mas o simples fato de haver positivado esse direito não é condição necessária para que o mesmo seja eficaz.

Por fim, podemos afirmar de maneira sucinta que apesar de termos uma excelente legislação material e processual neste tema, nos falta o elemento agregador do sistema. É de se constatar que não há, até hoje, uma regulamentação sistemática das competências e atribuições dos órgãos de consumo, tornando a efetivação das políticas públicas muito difícil, nos levando a concluir na existência de um deficitário ou ineficiente Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

3. Interrelação dos Direitos Fundamentais com os direitos consumeristas

Direitos Fundamentais são direitos essenciais, protegidos pelo ordenamento jurídico interno, que materializam os direitos humanos, sendo este os direitos inatos a condição da pessoa humana e que permitem a sua realização pessoal. Além de ter por características a historicidade e sua constitucionalização, tais

direitos são universais, não absolutos ou limitados, irrenunciáveis, inalienáveis e imprescritíveis.

A partir do desenvolvimento dos direitos fundamentais há uma aproximação entre direito e moral, denominada também de giro kantiano, pois há similitude com o pensamento de Immanuel Kant. Busca-se a superação do positivismo puro, havendo uma aproximação do Direito à filosofia.

Vale lembrar que os direitos fundamentais diferenciam-se das garantias fundamentais, visto que estes são os mecanismos de proteção e que asseguram aqueles. Nas palavras de Rui Barbosa (1978, p. 121): "As disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa de direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos, estas as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito"

Esses direitos fundamentais, de formação histórica, foram sendo concebidos através de um processo paulatino, criado através de gerações, bem dizendo, dimensões, iniciando-se pelos direitos de liberdade (1ª Dimensão), passando pelos direitos de igualdade (2ª Dimensão) e aperfeiçoando-se nos direitos de fraternidade (3ª Dimensão), além de outras dimensões citadas pela doutrina abalizada, sendo os direitos de 4ª e os de 5ª dimensões^[1].

Com relação a sua aplicabilidade, nos termos do artigo 5º, §1º da Constituição Federal de 1988, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata. José Afonso da Silva (2007, p. 409) explica: "Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes."

Os direitos do consumidor estão alocados precipuamente nos direitos de 3ª Dimensão, que se referem aos direitos transindividuais, de titularidade difusa. Esses direitos são fruto de um Estado Neo-Liberal, onde a intervenção do Estado se tornou menos intensa, como uma forma híbrida entre o Estado Liberal

e o Estado Social, somente intervindo em setores e relações essenciais da sociedade, acrescentando-se ao leque de direitos fundamentais os direitos que não versavam somente sobre o cidadão como um indivíduo único, mas sim em seu caráter coletivo, comunitário.

Os direitos consumeristas estão alocados também no *status* positivo do indivíduo na Teoria dos Quatro Status de Jellinek^[2], representando o direito de exigir uma atuação positiva do Estado para a satisfação de alguma prestação em favor do indivíduo, prestação esta que poderá ser jurídica ou material.

Sendo assim, há direitos fundamentais cujo objeto se esgota na satisfação pelo Estado de uma prestação de natureza jurídica, tendo por objetivo a normação pelo Estado do bem jurídico protegido como direito fundamental. Já os direitos a prestações materiais recebem o nome de direitos a prestações em sentido estrito, consistindo nos direitos sociais por excelência, concebidos com o propósito de atenuar desigualdades de fato na sociedade, perseguindo a igualdade material.

Vale lembrar que a conformação dos direitos fundamentais diz respeito à exigência de o legislador definir o próprio conteúdo do direito regulado. Isso porque não raras vezes, as normas legais se destinam a completar, densificar e concretizar determinado direito. Nestes casos, as normas não estariam restringindo direitos, mas sim concretizando-os.

Esta conformação dos direitos fundamentais assume relevância no tocante aos chamados direitos com âmbito de proteção estrita ou marcadamente normativo, uma vez que a lei que acaba por conferir conteúdo e efetividade à garantia constitucional. Exemplo disso é a norma legal sobre os direitos do consumidor, uma vez que a proteção constitucional deste direito não teria sentido sem as normas legais referentes a eles, principalmente o Código de Defesa do Consumidor.

Por todo o exposto, os direitos consumeristas, por serem direitos fundamentais essenciais à realização humana, devem ter sua aplicação imediata franqueada pelos poderes constituídos, devendo o legislador criar leis para proteção dos consumidores, o poder executivo executar os mandamentos constitucionais e infraconstitucionais, inclusive através de seu poder regulamentar na criação de legislações secundárias e o poder judiciário, quando instado, deverá

garantir que esses direitos sejam respeitados e efetivados, através do ativismo judicial.

Conclusão.

Direito do consumidor é o ramo do direito autônomo, que estuda as relações consumeristas e, diante da vulnerabilidade do consumidor, cria instrumentos pautados em princípios próprios, tendo por finalidade a proteção eficaz dessa parte mais fraca das relações, bem como visa fiscalizar e coibir as infrações às práticas abusivas.

Foi se formando ao longo do século XX uma sociedade de massa, caracterizada pela produção de mercadorias em grande escala, onde intervinha nessa etapa apenas o fornecedor, que colocava seu produto no mercado para o maior número de pessoas, e estas, na aquisição dos bens, não podiam se insurgir contra as cláusulas contratuais, caracterizando-se como um contrato de adesão.

Segundo o doutrinador Marcelo Gomes Sodré (2007), tivemos três grandes ciclos na construção dessa legislação consumerista. O primeiro ciclo seria de meados da década de 30 a 1960, com introdução da legislação penal; o segundo estágio foi de 1960 a 1985 e teve como temática a contribuição do direito administrativo; e o terceiro e último estágio, no período de 1985 aos dias de hoje, tivemos a implementação da legislação dos direitos difusos.

Podemos afirmar de maneira sucinta que apesar de termos uma excelente legislação material e processual neste tema, nos falta o elemento agregador do sistema. É de se constatar que não há, até hoje, uma regulamentação sistemática das competências e atribuições dos órgãos de consumo, tornando a efetivação das políticas públicas muito difícil, nos levando a concluir na existência de um deficitário ou ineficiente Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

Contudo os direitos consumeristas, por serem direitos fundamentais essenciais a realização humana, devem ter sua aplicação imediata franqueada pelos poderes constituídos, devendo o legislador criar leis para proteção dos consumidores, o poder executivo executar os mandamentos constitucionais e infraconstitucionais, inclusive através de seu poder regulamentar na criação de

legislações secundárias e o poder judiciário, quando instado, deverá garantir que esses direitos sejam respeitados e efetivados, através do ativismo judicial.

Referências.

24 HORAS de Comércio na Cidade de São Paulo: Estudo sobre os Supermercados e as Lojas de Conveniência. Universidade Estadual Paulista - UNESP. Disponível

em: <<http://www.rc.unesp.br/igce/planejamento/necc/Res.%20Mest.%2024%20hs.htm>> Acesso em: 10 setembro 2018.

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARBOSA, Rua. **República: Teoria e Prática (Textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira constituição da república)**. Petrópolis/Brasília, Vozes/Câmara dos Deputados, 1978.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al., **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2007. V.32.

STRECK, Lento Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NOTAS:

^[1] Segundo a orientação de Norberto Bobbio (2011, p. 524-526), os direitos fundamentais de 4ª dimensão decorrem dos avanços da engenharia genética e compreendem três valores essenciais, a saber: a) democracia: em sentido formal, enquanto manifestação da vontade da maioria, e em sentido material, que corresponde à titularidade de direitos fundamentais por todos os indivíduos, inclusive pelos grupos minoritários; b) informação: essencial ao exercício da democracia e; c) pluralismo: não apenas no sentido político, mas em relação à pluralidade de ideias e concepções ideológicas, religiosas e sexuais. O mesmo autor entende como direito de 5ª dimensão o direito à paz.

^[2] Georg Jellinek propôs um modelo de quatro *status* ou posições em que o titular de direitos fundamentais pode se encontrar perante o Estado, como sujeito de direitos e deveres. Tais *status* são: *status passivo* (deveres do indivíduo perante o Estado), *status ativo* (direito de participação ativa do indivíduo na formulação da vontade estatal), *status negativo* (dever de abstenção do Estado) e *status positivo* (dever de prestação do Estado)..

AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA: A RELEVÂNCIA DA HODIERNA CONCEPÇÃO

TELMA APARECIDA ROSTELATO: Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru-SP. Especialista em Direito Constitucional, pela ESDC - Escola Superior de Direito Constitucional. Professora do Curso de Direito da FAIT - Faculdades Integradas de Ciências Sociais e Agrárias de Itapeva-SP. Procuradora Jurídica Municipal. Contato: telma-rostelato@fait.edu.br

RESUMO: O estudo da temática tem como intenção proceder a abordagem da grandeza do significado que recai sobre o princípio da dignidade humana, consagrado como direito fundamental na Constituição da República Federativa do Brasil, e por abarcar toda e qualquer pessoa, invidável que abarca as pessoas com deficiência, por isso adentra no contexto avaliatório da definição e abrangência dos direitos assegurados a esta categoria de minorias, que nem por isso deixam de se deparar diuturnamente, com variadas obstaculizações para a prática de seus intentos, face a marginalização social pelos mesmos sofrida, concluindo que se constitui verdadeiro impedimento para a existência digna destas pessoas, a não efetivação de seus direitos. Em paralelo, discorre ainda, sobre a não menos tormentosa problemática vivenciada por estas pessoas, para alcançar a efetivação de seus direitos, quando ocupantes do pólo passivo da relação consumerista, o que à propósito, ocorre todos os dias, caracterizando-se um 'malabarismo' a tarefa do consumidor com deficiência. Com isso, vem concluir que, se as pessoas nominadas "normais" encontram inúmeras violações de seus direitos, enquanto consumidores, apesar do extenso rol de direitos contemplados na legislação vigente, posto que a resistência dos fornecedores implementa-se inexoravelmente, quiçá as pessoas com deficiência, que simplesmente, por sua condição, têm seus direitos alijados, sob os mais diversificados aspectos, descumprindo os preceitos conclamados no Estatuto da Pessoa com Deficiência, denotando latente afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Minorias; Código de defesa do consumidor; Inefetivação de direitos; Estatuto da pessoa com deficiência.

ABSTRACT: The theme of the study is intended to make the approach of the greatness of the meaning that lies on the principle of human dignity enshrined as a fundamental right in the Constitution of the Federative Republic of Brazil, and encompass any person, unforgettable that includes people with disabilities therefore enters the evaluative context of the definition and scope of rights granted to this category of minorities that do not cease to come across diuturnamente with varied obstaculizações to practice his agenda, from social marginalization by the same suffering, concluding that It constitutes real impediment to the dignified existence of these people, not enforcement of their rights. In parallel, talks still on the no less tormenting problems experienced by these people, to achieve the realization of their rights when occupants of the defendant's consumerist relationship, which by the way, happens every day, characterizing a balancing act 'consumer task disabled. With that comes the conclusion that, if nominated "normal" people are numerous violations of their rights as consumers, despite the long list of rights provided for in current legislation, since the resistance of the suppliers themselves implements inexorably, perhaps people with deficiency, that simply by their condition, have their rights jettisoned under the most diverse aspects, disregarding the precepts enjoined in the person with disabilities Statute, latent denoting affront to the principle of human dignity.

KEYWORDS: Minorities; Consumer protection code; Ineffective of rights; Person status with Disabilities.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Pessoas com Deficiência: Quem são?; 2.1. A proteção legal desta "minoría"; 2.2.1; Dignidade da pessoa humana – alicerce constitucional; 3. O Código de Defesa do Consumidor e sua abrangência; 3.1. Abordagem acerca do problema da inefetivação; 4. Conclusões; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Tenciona a autora descortinar o estudo voltado à temática da categoria de minorias, nominadas pessoas com deficiência, demonstrando para tanto, a posição ocupada por este grupo vulnerável, no nosso sistema jurídico brasileiro.

Em considerando a premente necessidade de demonstração da preocupação do Estado brasileiro para com a inclusão das pessoas com deficiência, pretende mencionar o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Visando alcançar aludido desiderato, pretende abordar a proteção contemplada pela legislação, além de enfatizar a Constituição Federal, que se ocupa em minudenciar princípios, adequando-se ao caso vertente, a dignidade da pessoa humana, por constituir-se baluarte para os demais preceitos que norteiam a Carta Magna.

Para estabelecer uma linha de coerência, propõe-se em fixar junção ao tema trazido à baila, tenciona enveredar-se na pesquisa afeta à Lei 8078/90 gizando o aspecto da inalcançada efetivação daquela norma, que se constata diuturnamente, sendo muito maior a sua ocorrência, quando envolvidas pessoas com deficiência, no pólo passivo da relação consumerista.

2 PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: QUEM SÃO?

Mister se faz identificar, neste aglomerado de normas jurídicas, disponíveis no sistema jurídica brasileiro, quem são os destinatários destas normas, não poderia ser diferente, com referência às pessoas com deficiência.

Tanto que, a história mostra-nos que diversas discussões já foram travadas entre os doutrinadores e os legisladores, para estabelecer-se a definição de pessoa com deficiência, sendo que algumas enfocam a falha, a imperfeição das pessoas, outras restringem-se a comentar a deficiência física, mental e sensorial que portam estas pessoas.

Não obstante a reconhecida celeuma travada pela doutrina e legislação pátria, para efetuar tal delimitação, buscou-se recorrer a demais ramos da ciência (dada a interdisciplinaridade do direito), com o fito de chegar o mais próximo possível do conceito considerado como sendo o adequado, hodiernamente.

Com isso, averigua-se que nos dicionários de língua portuguesa o termo *pessoa com deficiência* não é encontrado e, com o objetivo de aprofundar e centrar a pesquisa à qual nos propusemos, buscou-se pelo vocábulo deficiente, face à proximidade com aquele, encontrando-se como definição, aquilo que carece de algo, que é falho, incompleto.

Francisco Fernandes (2002, p.264) define: "*Deficiente* – sin. imperfeito, falho, incompleto, insuficiente [...]”, cujos sinônimos compõem ainda a obra elaborada em conjunto com os autores Celso Pedro Luft e F. Marques Guimarães (s.d., p.130).

De maneira idêntica Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (1986, p. 528) conceitua, acrescentando-lhes os termos: *falto* e *carente*, sendo da mesma forma definido aquele termo por Maria Tereza Biderman (1992, p. 267), Francisco da Silveira Bueno (1968, p. 884) e Caldas Aulete (1967, p. 1070), ora excetuando-se um ou outro sinônimo.

No conceito filosófico, José Ferrater Mora (2000, p. 651) explicita o aludido termo, como sendo:

Deficiente. Uma entidade é deficiente quando se acha privada de algo que lhe pertence; nesse sentido, a deficiência é equiparável à privação [...]. Os escolásticos usaram os termos *defectivus*, *deficiens* e *defectibilis* referindo-se a certas causas ou a certos efeitos. Santo Tomás (S. Theol. I, XLIX, 01 ob. 03 ad. 03) fala da causa defectiva *sive deficiens sive defectibilis* (causa deficiente). Um efeito deficiente, como o mal, só pode proceder de semelhante causa. O deficiente é o mal, e a causa do mal é o próprio mal [...].

Recorreu-se ao dicionário jurídico, de Jônatas Milhomens e Geraldo Magela Alves (2000, p. 335), no qual é encontrado o termo *deficiente físico*, para o qual não consta definição, somente é elencado em generalidades, a competência dos entes federativos para a salvaguarda dos vários direitos destas pessoas, como a reserva de vagas para cargos e empregos públicos; assistência social para habilitação, reabilitação e integração à vida comunitária, bem como garantia de um salário mínimo de benefício mensal; promoção de criação de programas de prevenção e atendimento especializado.

É de se inferir que não se encontrou definição precisa e acabada, acerca da nomenclatura, nem no dicionário da Língua Portuguesa e nem no de Filosofia, quiçá, no Jurídico. Por esta razão, recorreu-se à história, a qual mostra-nos diversas discussões a respeito do tema, e que resultam por enfocar, algumas delas, a falha,

a imperfeição das pessoas, outras restringem-se a comentar a deficiência física, mental e sensorial que portam as pessoas, por isso enquadradas estariam à conceituação.

Não bastasse, há ainda outras duas formas de pensar a deficiência: uma baseada no modelo médico (mais antiga) e a outra, baseada no modelo social (tendência atual).

A principal característica do modelo médico é a descontextualização da deficiência, enfocando-a como um incidente isolado. Infelizmente, há tempos esse modelo tem influenciado documentos legais e ações protetivas no mundo inteiro (no Brasil não é diferente).

É de bom alvitre colocar que, segundo Claudia Werneck (2000, p. 33), o modelo médico tem relação com a homogeneidade porque trata a deficiência como um problema do indivíduo (e, no máximo, de sua família) que deve se esforçar para se “normalizar” perante os olhos da sociedade.

O modelo social da deficiência valoriza a diversidade e surgiu por iniciativa de pessoas com deficiência, reunidas no *Social Disability Movement*, na década de 60. Esse movimento provou que a maior parte das dificuldades enfrentadas por pessoas com deficiência, são resultado da forma pela qual a sociedade lida com as limitações de cada indivíduo.

Importante colacionar a posição trazida no Manual de Desenvolvimento Inclusivo, por Claudia Werneck (2000, p. 33):

De acordo com o modelo social, a deficiência é a soma de duas condições inseparáveis: as seqüelas existentes no corpo e as barreiras físicas, econômicas e sociais impostas pelo ambiente ao indivíduo que tem essas seqüelas. Sob esta ótica, é possível entender a deficiência como uma construção coletiva entre indivíduos (com ou sem deficiência) e a sociedade. grifo nosso

Sem dúvida, o modelo social é o mais adequado para se focar a deficiência, já que analisa o “todo”, valorizando a importância do ambiente na vida das pessoas. Portanto, mister que se propague a ótica desse modelo, para que se tenha um perfeito entendimento acerca da deficiência.

Pelo demonstrado, resta constatado que não há um conceito perfeito e acabado, o que se faz frequentemente, vislumbrando alcançar-se os fins traçados

pela inclusão social destas pessoas as minorias^[1] é adotar a conceituação que possa ampliar as hipóteses de inclusão.

Até 2001, o foco eram os fatores preponderantemente biológicos e médicos, que partiam da análise do que se tem por “normalidade”, para nominar as pessoas com deficiência.

Diante disso, conclui-se que, independentemente da conceituação que se adote, o fato é que, para estas pessoas, mesmo para a prática de singelos atos diários, as mesmas acabam necessitando de auxílio, e este auxílio não pode ser compreendido como sinônimo de beneficência, de caridade, mas sim de atuação do Estado, da sociedade, da comunidade e da família, para conceder-lhes meios concretos de inclusão social, sob todos os aspectos.

Com isso, pode-se afirmar que é insuficiente a classificação das deficiências, restringindo-as, como sendo: físicas, sensoriais ou mentais, já que a definição de pessoa com deficiência, traçada por Luiz Alberto David Araujo (2003, p. 23-24), contempla outras categorias de deficiências, veja:

[...] o que define a pessoa portadora de deficiência não é a falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade para a integração social é que definirá quem é ou não portador de deficiência.

Por todos os ângulos de análise, a mencionada conceituação, é por nós considerada a mais adequada, por ser a mais abrangente, alcançando diretamente os fins da inclusão social, alicerçados pela Constituição Federal, imiscuindo-se em absoluto toda e qualquer espécie de discriminação e marginalização social, rechaçadas expressamente pelo art. 3º., inciso III.

Ademais: a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada pelo Estado brasileiro, juntamente com o seu Protocolo Facultativo, em 09 de julho de 2008, faz alusão em seu Artigo 1, nominado Propósito, em seu segundo parágrafo, à nomenclatura que estamos abordando:

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

Tal assertiva dá azo à compreensão do tema, em conformidade com o que vínhamos expondo linhas acima, e é nesta conjectura de pensamento que se viabiliza o entendimento, restando o mesmo consolidado, face o disposto na alínea 'e' do Preâmbulo da aludida Convenção, que preconiza *'in verbis'*:

(...)

e. Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras atitudinais e ambientais que impedem sua plena e efetiva participação na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas;

(...)

Assim sendo, considerado o minucioso estudo desenvolvido, vislumbrando ir ao encontro dos fins colimados pela inclusão social, infere-se em suma, que a categoria de minorias: pessoas com deficiência, podem ser compreendidas como sendo aquelas, em que se enfatiza a dificuldade do convívio social, o sofrimento enfrentado para a prática de atos corriqueiros, como ir à escola, ter acesso a um emprego, ter tratamento de saúde, etc., o que seria atividade absolutamente trivial para os considerados "normais".

Logo, adotar esta conceituação, subsume ampliar a festejada inclusão social, repercutindo destarte, na ampliação do rol de beneficiários dos diversos direitos, assegurados pela legislação vigente, em atenção aos desideratos constitucionais.

A adoção de uma conceituação assenta-se destarte, na necessidade de verificação de quem são os beneficiários do extenso rol de direitos assegurados às pessoas com deficiência, os quais encontram-se inseridos no texto

constitucional^[2] e em preceitos internacionais, todos desaguando no resguardo à dignidade destas pessoas.

Com a introdução do Estatuto da Pessoa com Deficiência ([Lei 13.146, de 06 de julho de 2015](#)) no sistema jurídico brasileiro, os questionamentos feitos alhures, a respeito da conceituação, restaram esgotados, com o disposto no art. 2º., que dispõe:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Infere-se daí, que não remanesce mais nenhuma dúvida quanto à preciosa declaração contemplada neste Estatuto, que visa abarcar amplitude à inclusão destas pessoas.

2.1 A PROTEÇÃO LEGAL DESTA “MINORIA”

Minoria é aquela categoria de pessoas que vive marginalizada, encontra-se “ipsis litteris”, à margem, porque excluída do convívio social, já que não consegue adentrar no núcleo e desenvolver uma convivência saudável, simplesmente pelo fato de sofrer obstaculizações para isso.

Note-se porém, que referidas restrições não advêm de impedimentos cravados em legislações, ao revés, pois estas assentam-se no comportamento da sociedade em si, que a todo momento pratica atos de exclusão destas pessoas.

As atitudes se fazem presentes na discriminação resultante da mentalidade preconceituosa que segrega os seres humanos, fator que prefacialmente viola, antes da lei dos homens, a lei de Deus, já que, perante o mesmo “não há acepção de pessoas” (Bíblia Sagrada - Romanos 2:11). Eis aqui, por outro lado, a grandiosa consagração da necessária observância ao princípio constitucional da isonomia.

Pois bem, nesta esteira será averiguada a intrínseca presença de legislações, em nosso sistema jurídico brasileiro, que estão a ocupar-se em disciplinar técnicas, métodos, critérios tendentes a proteger todos os que são enquadrados à nomenclatura, pessoa com deficiência.

Importa salientar que a terminologia: minorias é questionada, sob o fundamento de que, conceituar minorias é complexo, já que não condiz com um contingente numericamente inferior, como grupos de indivíduos, destacados por uma característica que os distingue dos outros habitantes do país, estando em quantidade menor, em relação à população deste, devendo ser sopesada a realidade jurídica ante as conquistas modernas. (SEGUIN, 2002, p. 9)

O fato de vivermos em uma sociedade marcada por profundas e intensas desigualdades entre as pessoas que, por vários motivos, são impedidas de se autodeterminarem, justifica a nomeação minorias, ou seja, pessoas vulneráveis que se encontram desprivilegiadas na sociedade.

Pode-se conceituar então, minorias como sendo todas as pessoas, independentemente da quantidade numérica, que, de qualquer forma, sofrem preconceito social, discriminação e não têm respeitados os seus direitos fundamentais de cidadãos, necessitando por isso, de maior proteção por parte do Estado.

Neste sentido, Kosovski (2001, p. 01-09) considera, numa definição simplista, que as minorias são todos os grupos sociais que sofrem algum tipo de discriminação e assevera: "Quando falamos de minorias, referimo-nos a todas as pessoas que de alguma maneira são objeto de preconceito social e/ou não têm respeitado os seus direitos de cidadania".

Saliente-se que as minorias devem ter ações voltadas à sua inclusão na sociedade, devendo ser-lhes garantida a igualdade, a fim de possibilitar o efetivo exercício de seus direitos, primando-se, assim, pela salvaguarda de sua dignidade.

Ao proceder a citação do termo minorias, este deve ser direcionado para o sentido político, ou seja, compreendido como sendo grupos de pessoas que se encontram em situação de desvantagem, que sofrem com a falta de oportunidades, opressão política, exploração econômica ou qualquer tipo de discriminação.

Muitos concebem que o fato da pessoa apresentar desvios no padrão de normalidade de sua condição física ou mental, por exemplo, faz com que deva ser marginalizada ou tratada com compaixão, o que denota equívoco, pois não são as atitudes corretas que a sociedade deve ter diante de minorias, em muitos casos, tais atitudes podem, inclusive, agravar a restrição dessas pessoas.

Nesta senda, torna-se possível retornar ao que prefacialmente expôs-se, a definição de pessoas com deficiência, integrando estas, no rol das minorias, portanto.

Vários são os segmentos sociais que buscam uma maior inclusão social, de forma que os integrantes das nominadas "minorias" vêm conquistando direitos básicos, como: acesso à saúde, educação, mercado de trabalho, locomoção, transporte, esporte, cultura, lazer.

É inolvidável que a articulação deste segmento social espelha resultados bastante positivos, por denotar conquistas antes absolutamente distantes, mas é de se ver que são ainda, insuficientes.

Primeiramente, no âmbito educacional, constante no art. 205 da Constituição Federal, de forma ampla e com aplicação (através de técnica interpretativa) às pessoas com deficiência, especificamente em observância ao constante no art. 206, inciso I da Carta Magna, veja: "Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (...)".

Logo em seguida, o art. 208, inciso III, dispõe que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; portanto, a lei que ocupa a posição mais alta em nosso sistema jurídico consigna preciosa normatização, acerca da matéria.

Ainda, o ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente (8069/90), por seu turno, assevera com igual importância, no Capítulo IV (arts. 53/59), o direito de *todos* à educação, portanto as que têm deficiência, independente da sua natureza têm assegurado o acesso e permanência na rede regular de ensino público.

A LDB - Lei de Diretrizes e Bases (9394/96), dispensa um Capítulo para tratar do tema, o qual segue adiante transcrito:

Art. 58. Entende-se por educação especial, para os efeitos desta Lei, a modalidade de educação escolar oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação.

§ 1º Haverá, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades da clientela de educação especial.

§ 2º O atendimento educacional será feito em classes, escolas ou serviços especializados, sempre que, em função das condições específicas dos alunos, não for possível a sua integração nas classes comuns de ensino regular.

§ 3º A oferta de educação especial, dever constitucional do Estado, tem início na faixa etária de zero a seis anos, durante a educação infantil.

Art. 59. Os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação:

I - currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organização específicos, para atender às suas necessidades;

II - terminalidade específica para aqueles que não puderem atingir o nível exigido para a conclusão do ensino fundamental, em virtude de suas deficiências, e aceleração para concluir em menor tempo o programa escolar para os superdotados;

III - professores com especialização adequada em nível médio ou superior, para atendimento especializado, bem como professores do ensino regular capacitados para a integração desses educandos nas classes comuns;

IV - educação especial para o trabalho, visando a sua efetiva integração na vida em sociedade, inclusive condições adequadas para os que não revelarem capacidade de inserção no trabalho competitivo, mediante articulação com os órgãos oficiais afins, bem como para

aqueles que apresentam uma habilidade superior nas áreas artística, intelectual ou psicomotora;

V - acesso igualitário aos benefícios dos programas sociais suplementares disponíveis para o respectivo nível do ensino regular.

Art. 60. Os órgãos normativos dos sistemas de ensino estabelecerão critérios de caracterização das instituições privadas sem fins lucrativos, especializadas e com atuação exclusiva em educação especial, para fins de apoio técnico e financeiro pelo Poder Público.

Parágrafo único. O poder público adotará, como alternativa preferencial, a ampliação do atendimento aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação na própria rede pública regular de ensino, independentemente do apoio às instituições previstas neste artigo.

Em sede de amparo à saúde, há igualmente uma grandiosa preocupação com o tema e, além disso, há uma imensa gama de disposições legais, que podem ser empregadas para impor ao Estado a sua atuação, tudo isso objetivando respeitar os expressos preceitos constitucionais, insculpido sobretudo no art. 196, que preconiza:

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.

Ademais: o direito à saúde está contemplado dentre os direitos fundamentais^[3], já que integra os direitos sociais, aplicada na epígrafe do Título II, intitulada *Direitos e Garantias Fundamentais*.

Já, para a proteção ao acesso e permanência no trabalho, seja privado ou público, naquele caso regulado pelo Decreto 3298/1999, em seu art. 36 e neste, o percentual de vagas, reservado pela Constituição Federal, em seu art. 37, inciso VIII.

Ainda, para conceder-lhes uma existência digna, o direito de locomover-se pelas ruas, adentrar-se em edifícios e prédios, sem deparar-se com barreiras arquitetônicas é ampla e igualmente resguardado, pela Constituição Federal, em seu art. 227, § 2º., bem como, através da Lei 7.853/89.

Pelo discorrido, nota-se que em diversos artigos a Constituição Federal veio assegurar expressamente, direitos das pessoas com deficiência, tais como: Art. 7º, inc. XXXI (proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência); Art. 23, inc. II (competência comum dos entes federativos para cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência); Art. 24, inc. XIV (competência concorrente dos entes federativos para proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência); Art. 208, inc. III (atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino).

E em data mais recente, fora instituído em nosso País, o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, o “Plano viver sem limite”, cuja execução compete à União, por meio do qual garante-se ao deficiente físico, corroborando os preceitos constantes na Convenção da ONU, o acesso físico: o de chegar, entrar, nas dependências dos prédios onde funcionem os serviços do sistema de justiça, como Fóruns, Defensorias, Promotorias e Delegacias, para tanto, adequando-os. Além disso, encontra-se englobada a proteção às pessoas com deficiência auditiva ou de fala, para que participem das audiências, utilizando-se ajuda técnica (intérprete) para compensá-las.

É de se ver, todavia, que nem mesmo o grandioso número de leis perfaz a adequada proteção de que necessitam, subsumindo-se em suma, a insuficiência de representar uma norma constitucional de eficácia plena, que segundo definição de José Afonso da Silva (2001, p. 82-83), são as que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais, isto porque o legislador constituinte criou uma normatividade suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto (tais normas têm aplicabilidade imediata, direta e integral, desnecessária portanto, a edição de normas infraconstitucionais, para regulamentar a forma e critérios para seu cumprimento), porque na prática não são observadas.

A almejada proteção não se implementa, da forma como anseia (e carece) toda a sociedade.

2.1.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: ALICERCE CONSTITUCIONAL

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se expressamente previsto no art. 1º, inc. III da Constituição Federal, o qual vem se justapor aos outros tantos princípios constitucionais, destacando-se este por constituir o alicerce dos demais e, ainda, por representar um dos baluartes do Estado Democrático de Direito.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (1998, p. 97-98), este princípio:

[...] além de constituir o valor unificador de todos os direitos fundamentais, que, na verdade, são uma concretização daquele princípio, também cumpre função legitimatória do reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes ou previstos em tratados internacionais [...].

É de se admitir que desde o nascimento, as pessoas têm assegurado o direito à dignidade, independentemente de sua cor de pele, lugar que nasça, atributos físicos, conta bancária ou doença que porte. A proteção da pessoa humana não se completa se não lhe for garantida a preservação de sua dignidade. E esta preservação à dignidade da pessoa humana implica na preservação e respeito à integridade física e moral, bem como à individualidade e espiritualidade do ser humano.

O princípio da dignidade humana, nesta busca incessante da inclusão, merece destaque especial, já que incluir é eliminar as dificuldades encontradas no exercício de uma atividade cotidiana, afastando o constrangimento, o sofrimento e exaltando a dignidade da pessoa humana, que segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 13-14), mantém estreita relação com as manifestações da personalidade humana, transcendem a pessoa e se o fim buscado é o de respeitar a igualdade entre os seres humanos, nada pode ocorrer que estremeça a proteção deste direito, seja para qual pessoa for, incluídas portanto, as pessoas com deficiência.

Seguindo a tendência do constitucionalismo contemporâneo, a Constituição Federal de 1988, incorporou, expressamente, ao seu texto, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III) – como valor supremo – definindo-o como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito e dos Direitos Fundamentais.

Significa dizer que, no âmbito da ponderação de bens ou valores, o princípio da dignidade da pessoa humana justifica, ou até mesmo exige, a restrição de outros bens constitucionalmente protegidos, ainda que representados em normas que contenham direitos fundamentais, de modo a servir como verdadeiro e seguro critério para solução de conflitos de tal envergadura.

Assim afirma SANTOS (2004, p. 92),

[...] toda e qualquer ação do ente estatal deve ser avaliada, sob pena de inconstitucional e de violar a dignidade da pessoa humana, tendo em vista se cada pessoa é tomada como fim em si mesmo ou como instrumento, como meio para outros objetivos. Ela é, assim, paradigma avaliativo de cada ação do Poder Público e um dos elementos imprescindíveis de atuação do Estado brasileiro.

Denota-se, com solar clareza, a importância e a imponência do princípio constitucional da proteção da dignidade humana, bem como sua força soberana, quando confrontado com outros postulados de magnitude.

Fincados nesta concepção, pode-se afirmar que o que não pode haver é qualquer marginalização, pois o preconceito é um obstáculo ao desenvolvimento e ao relacionamento humano. Sentir-se marginalizado é algo que não se consegue expressar ou mensurar, pois reflete nos mais íntimos sentimentos de cada um, ferem o “eu” do ser humano, daí presente na proteção do princípio da dignidade humana, sendo importante lembrar que a discriminação se dá por diversificados motivos: pelo vestuário, linguagem, raça, credo, posição social, entre outros, tendo como fator primordial, a ignorância, isto é, a pré concepção do tema, o não conhecimento do outro que se demonstra diferente.

Além disso, verifica-se nos ensinamentos de Lafayette Pozzoli (2006, p. 185) que o cristianismo ao retomar o ensinamento judaico e grego, procurando

aclimatar no mundo, pela evangelização, a ideia de que cada pessoa humana tem um valor absoluto no plano espiritual, pois Jesus chamou a todos para a salvação.

Desse modo, há muito tempo a preservação da dignidade da pessoa humana vem sendo tratada, inculcado nos direitos humanos, inclusive verifica-se na obra de Roberto Bolonhini Júnior (2004, p. 40-41), no item intitulado: *A Dignidade Humana como Fonte Mater dos Direitos*, que após as grandes guerras mundiais houve a inserção valorativa que aplicou características que enfocam mais a existência que o patrimônio.

Com isso, a existência digna do ser humano é tema que clama pela atuação estatal para que se efetive. Verifica-se a preocupação com o afastamento de qualquer tipo de discriminação às pessoas com deficiência, no âmbito internacional, abordando a Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, a qual fora aprovada em dezembro de 2006 pela ONU.

Veja os princípios que norteiam a Convenção, de acordo com seu Art. 3º:

Princípios gerais:

- a) o respeito **da dignidade inerente**, a autonomia individual, incluída a liberdade de tomar as próprias decisões, e a independência das pessoas;
- b) a não discriminação;
- c) a participação e inclusão plenas e efetivas na sociedade;
- d) o **respeito pela diferença e a aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade e a condição humanas**;
- e) a igualdade de oportunidades;
- f) a acessibilidade;
- g) a igualdade entre o homem e a mulher;

h) o respeito à evolução das faculdades dos meninos e as meninas com deficiência e de seu direito a preservar sua identidade (grifo nosso).^[4]

Uma vez mais, observada a dignidade humana como princípio geral dos direitos das pessoas com deficiência. Assim, o respeito ao ser humano fica novamente evidenciado em um documento internacional, indo ao encontro da proteção contra qualquer discriminação.

Em suma pode-se afirmar peremptoriamente que, o que se almeja é assegurar de forma adequada e completa a fruição do direito à vida, nos moldes do que preceitua o Art. 5º, *caput* da Constituição Federal, pois tal direito encontra-se entrelaçado intimamente com a dignidade; pouco adianta garantir o direito à vida, se não lhe for assegurada existência digna, aqui compreendidos todos os aspectos da existência humana.

Consagrar-se o respeito à dignidade humana é o mesmo que respeitar-se a essência humana.

3 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E SUA ABRANGÊNCIA

Os efeitos da Revolução Industrial assolaram o panorama mundial das economias, alterando o comportamento social, não tendo sido diferente o que ocorreu com o Brasil, que daquele momento em diante originou, paulatinamente aos avanços tecnológicos e científicos, uma desenfreada aquisição de produtos e serviços.

Aludida aquisição, veio, mais tarde, traduzir-se em relação de consumo.

Pois bem, as descontroladas compras ocasionaram grandioso desenvolvimento do País, face o acúmulo de moeda e de riquezas; não obstante, resultou o nascimento da natural ambição por parte de quem coloca à disposição, mediante venda, tais produtos e serviços, dando causa à exploração da parte vulnerável, integrante desta relação, mediante imposição a estes, de condições inquestionavelmente danosas.

Por outro lado, é de se ver que os adquirentes obrigavam-se a se submeter a esta situação que lhes prejudicava, por extrema necessidade de comprar os produtos e de fruir os serviços oferecidos; ocorre porém, que visando

atingir “status social”, passou-se a adquirir, não por necessidade, mas por visar absolutamente, uma posição social, eis aqui, um dos resultados maléficos da Revolução Industrial.

Gizado no art. 170, inciso V da Constituição Federal de 1988 e no art. 48 do ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, denotou-se desde então, a expressa manifestação do Congresso Nacional, para com a preocupação quanto ao cenário do País, no que pertinha às questões voltadas ao consumidor.

Embora às avessas do que estava preconizado em texto constitucional, porque descumprido o prazo fixado para a introdução de um código protetivo desta categoria de pessoas, consideradas mais fracas na relação de consumo, tendo tão-somente em 1990 sido editada a Lei 8.078/90, que é o nominada Código de Defesa do Consumidor, vigente no País nos dias atuais.

No decorrer de todo o texto daquele *codex* diversas aferições são tecidas, todas com o intuito de proteger o consumidor.

Isto porque, os consumidores são, inegavelmente hipossuficientes na relação de consumo, esta demonstrada no aspecto econômico e também o técnico e justamente por ocuparem uma posição que lhes submete à situações marginalizadoras e por isso, prejudiciais, carecem da proteção estatal, manifestada através de leis, apesar de ter sido editado o Código de Defesa do Consumidor (ainda que tardiamente), denotando ser ainda insuficiente porque ressenete-se da falta de efetivação desta norma.

E ao falar em hipossuficiência nas relações de consumo, não há nem que se cogitar, está-se referindo ao consumidor, mas faz-se necessário alertar para o fato de que, mencionada hipossuficiência não pertine à situação econômica deste integrante da relação, ou ao menos, não apenas desta, pois apesar de raros, casos há em que determinados consumidores dispõem de maior reserva financeira que o fornecedor de determinado produto ou serviço.

Não obstante, nem por isso pode deixar de ser intitulado, como parte hipossuficiente, isto se dá em decorrência da falta de conhecimento técnico especializado acerca do produto e do serviço (exemplificativamente, no caso da composição dos produtos, forma de acondicionamento, transporte e fabricação

dos mesmos, nocividade e periculosidade à saúde do consumidor, quando de sua ingestão e /ou contato direto com o produto, sem tomar certas precauções, no caso de inflamáveis, métodos a serem empregados que viabilizem a maior durabilidade), enfim, são muitas as situações em que, por razões óbvias, o fornecedor ocupa posição equidistante do consumidor e em querendo, pode se prevalecer de tal, prejudicando-o, pela singela falta de informação nos rótulos dos produtos.

Pois bem, similar problemática implementa-se, com referência à fruição dos direitos, pelas pessoas com deficiência, eis que, como demonstrado alhures, nosso sistema jurídico sacramenta, por meio de um imenso rol de normas, a salvaguarda dos direitos destas pessoas, mas que se encontram dia a dia, inalcançados, tal qual, o cenário consumerista, finca-se igualmente, a falta de efetivação dos direitos contemplados no texto legal.

Ocorre porém, que muito mais gravoso é o fato de que, consumidor toda e qualquer pessoa pode enquadrar-se ao conceito (art. 2º. do Código de Defesa do Consumidor), desde que adquira produtos e serviços, na qualidade de destinatário final, portanto as pessoas com deficiência (cuja definição fora objeto de abordagem no capítulo II) também podem ocupar o pólo passivo da relação consumerista, - e ocupam – a todo momento.

Note-se então, que tais pessoas, na qualidade de consumidoras, enfrentam obstaculizações e problemas dobrados, se comparados com os "normais", primeiro porque sofrem estigmatização por sua deficiência e, segundo, porque têm seus direitos consumeristas alijados.

Com o intuito de apontar as inúmeras ocorrências de afronta ao direito do consumidor com deficiência, ousamos exemplificar com alguns (dos muitos) julgados, de lavra dos nossos Tribunais, como seguem transcritos trechos das ementas:

[TJ-DF - Ação Cível do Juizado Especial ACJ 1457144120088070001 DF 0145714-41.2008.807.0001 \(TJ-DF\)](#), publ.: 19/11/2009

Ementa: CONSUMIDOR. DANOS
MORAIS. CONSUMIDOR PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSIC

A.COMPRA DE VEÍCULO. ISENÇÃO DE IPI E ICMS. ATRASO DEMASIADO PARA ENTREGA DO BEM. VENCIMENTO DAS AUTORIZAÇÕES PARA AQUISIÇÃO DO VEÍCULO COM ISENÇÃO. CONSTRANGIMENTOS E ANGÚSTIA PELA ESPERA EXCESSIVA. BATALHA BUROCRÁTICA PARA OBTENÇÃO DE NOVA AUTORIZAÇÃO DE ISENÇÃO. QUANTUM INDENIZATÓRIO JUSTO. RECURSO PROVIDO. 1. TRATANDO-SE A DEMANDA DE RELAÇÃO DE CONSUMO, EM QUE O AUTOR PEDE INDENIZAÇÃO PELO ATRASO EXCESSIVO NA ENTREGA DO BEM ADQUIRIDO, O SEU EXAME DEVE SER FEITO À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR . 2. TENDO EM VISTA QUE O CONTRATO FOI ASSINADO EM 24/05/2008 E ATÉ A DATA DE 30/10/2008 O VEÍCULO NÃO TINHA SIDO ENTREGUE, O ATRASO DE MAIS DE CINCO MESES PARA A ENTREGA DO VEÍCULO ZERO KM DEMONSTRA DEFEITO DA PRESTAÇÃO NO SERVIÇO DA REQUERIDA, CAPAZ DE COLOCAR A REQUERIDA NA CONDIÇÃO DE SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR OS DANOS MORAIS EXPERIMENTADOS. 3. A FRUSTRAÇÃO DA EXPECTATIVA EM TORNO DO RECEBIMENTO DO VEÍCULO, CAUSADORA DE UMA SÉRIE DE DISSABORES PARA O CONSUMIDOR QUE, POR SER DEFICIENTE FÍSICO, ESTEVE PRIVADO DE USUFRUIR O BEM E TEVE QUE PROCURAR NOVAMENTE DESVENCILHAR-SE DA BUROCRACIA PARA CONSEGUIR A AUTORIZAÇÃO DE ISENÇÃO DOS IMPOSTOS, CARACTERIZANDO, INEQUIVOCAMENTE O DANO EXTRAPATRIMONIAL. 4. O VALOR DA INDENIZAÇÃO DEVE SER FIXADO CONSIDERANDO-SE A LESÃO SOFRIDA, A CONDIÇÃO FINANCEIRA DO RÉU E O CARÁTER PEDAGÓGICO E PUNITIVO DA MEDIDA, PONDERANDO-SE PELA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE, EVITANDO-SE O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO AUTOR. 5. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (grifo nosso)

[TJ-MG - 104000501665470011 MG 1.0400.05.016654-7/001\(1\) \(TJ-MG\); publ.: 27/06/2006](#)

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. AUTUAÇÃO POR DESCUMPRIMENTO A LEI ESTADUAL N. 11.666/94 E RESOLUÇÃO N. 2.878/01. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. PROCESSO PRONTO PARA JULGAMENTO PELO TRIBUNAL AD QUEM. INTELIGÊNCIA DO ART. 515 , § 3º , DO CPC . ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. INEXIGIBILIDADE. EXIGÊNCIA DE CADEIRA DE RODAS EM ESTABELECIMENTO BANCÁRIO. LEI N. 11.666/94. CONSTITUCIONALIDADE. PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR, DO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E DO IDOSO. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1. A exigência de esgotamento da esfera administrativa para que nasça o direito de ação não encontra, atualmente, respaldo em nosso ordenamento jurídico. Assim sendo, não mais se pode pretender que a parte esgote a instância administrativa para que, só então, possa acessar o Judiciário. 2. É perfeitamente admissível a impetração de mandado de segurança contra ato administrativo apto a gerar efeitos concretos na esfera patrimonial do impetrante. 3. A Lei Estadual n. 11.666/94, regulamentada pelo Decreto Estadual nº 43.926/2004, ratifica os preceitos e valores escolhidos pelo legislador ordinário Federal (art. 227 , da CF/88), quando dispõe sobre o estabelecimento de normas para facilitar o acesso dos portadores de deficiência física e dos idosos aos edifícios de uso público. 4. Acolhe-se a preliminar e nega-se provimento ao recurso. (grifo nosso)

[STF - AGRAVO DE INSTRUMENTO AI 727923 MG \(STF\); publ.: 23/10/2012](#)

Decisão: EM ESTABELECIMENTO BANCÁRIO. LEI N. 11.666/94. CONSTITUCIONALIDADE. PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR, DO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA

A E DO IDOSO. PRECEDENTES DESTE EG. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1. A exigência de esgotamento... quando dispõe sobre o estabelecimento de normas para facilitar o acesso dos portadores de deficiência... (grifo nosso)

[TRF-1 - APELAÇÃO CIVEL AC 4982 MG 0004982-52.2007.4.01.3814 \(TRF-1\); publ.: 25/03/2013](#)

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL POR IMPEDIR O ACESSO AO BANCO. TRAVAMENTO DE PORTA GIRATÓRIA. PORTADORA DE DEFICIENCIA FISICA NA PERNA DIREITA. ORIENTAÇÃO PRESTADA PELO PREPOSTO DA AGENCIA E RECUSADO PELA CONSUMIDORA. INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL. 1. Não configura conduta ilícita a dificuldade da autora em acessar agência bancária, por ter sido barrada na porta giratória, em razão de ser portadora de deficiência física na perna direita, e, usar prótese. Mesmo porque o uso de porta giratória é uma medida de segurança para os bancos e em benefício dos clientes, diante da crescente onda de violência. Precedentes. 2. Nos autos não existe elementos que possam concluir pela atuação irregular do preposto da ré, mesmo porque nenhuma das testemunhas relatou qualquer tratamento vexatório ou constrangedor por parte do segurança do banco, sendo assim, cabe à autora provar sua alegação de constrangimento em virtude do travamento da porta giratória do banco, fato inocorrente na espécie. 3. Apelação não provida. (grifo nosso)

[TJ-DF - Ação Cível do Juizado Especial ACJ 1429112220078070001 DF 0142911-22.2007.807.0001 \(TJ-DF\); publ.: 21/05/2009](#)

Ementa: **CIVIL.** **PROCESSO CIVIL.** CONSUMIDOR.REPARAÇÃO DE DANOS. COMPRA DE VEÍCULO. INTERESSE DE AGIR. ATRASO DEMASIADO PARA ENTREGA DO BEM. ACORDO EXTRAJUDICIAL ANTERIORMENTE FIRMADO, COM NATUREZA JURÍDICA DE

MERO RECIBO. INEXISTÊNCIA DE CONCESSÕES. DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO. ALEGAÇÃO DE FATO DE TERCEIRO INCABÍVEL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA RÉ. DANOS DE ORDEM MORAL. AUTOR PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA. VEÍCULO UTILIZADO PARA TRATAMENTO MÉDICO. CONSTRANGIMENTOS E ANGÚSTIA PELA ESPERA EXCESSIVA. QUANTUM INDENIZATÓRIO JUSTO. RECURSO IMPROVIDO. 1. UMA VEZ QUE SÓ A VIA JUDICIAL MOSTRA-SE CAPAZ DE SOLUCIONAR O IMPASSE ENTRE AS PARTES, CARACTERIZADO ESTÁ O INTERESSE PROCESSUAL, DIANTE DA REAL NECESSIDADE DA DEMANDA A FIM DE OBTER-SE ACOLHIDA À PRETENSÃO DO AUTOR. 2. TRATANDO-SE A DEMANDA DE RELAÇÃO DE CONSUMO, EM QUE O AUTOR PEDE INDENIZAÇÃO PELO ATRASO EXCESSIVO NA ENTREGA DO BEM ADQUIRIDO, O SEU EXAME DEVE SER FEITO À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, A FIM DE VERIFICAR SE HOUVE FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DA RÉ/RECORRENTE. 3. A PRINCIPAL TESE DE DEFESA NÃO DEVE SER ACOLHIDA. HÁ NOS AUTOS TERMO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL FIRMADO ENTRE AS PARTES PARA A ENTREGA DO VEÍCULO MEDIANTE A DESISTÊNCIA DE AÇÃO JUDICIAL ANTERIORMENTE A JUÍZADA E DA DECLARAÇÃO DO AUTOR DE QUE NÃO MAIS RECLAMARIA EM JUÍZO QUANTO AO OBJETO DAQUELA AÇÃO. ENTRETANTO, A NATUREZA JURÍDICA DO REFERIDO ACORDO É DE MERO RECIBO DE CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO POR PARTE DA RÉ, JÁ QUE O VEÍCULO, APESAR DE ESTAR PAGO, NÃO FOI ENTREGUE NO PRAZO ESTABELECIDO. DESSA FORMA, O TERMO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL RESTOU DESCARACTERIZADO COMO TRANSAÇÃO QUE, PARA TAL, DEVE SER MUNIDA DE CONCESSÕES RECÍPROCAS E MÚTUAS. PORTANTO, O REFERIDO DOCUMENTO NÃO É HÁBIL A OBSTAR O PLEITO DO AUTOR PARA VER-SE INDENIZADO, O QUE AFASTA, INCLUSIVE, QUALQUER ALEGAÇÃO DE MÁ-FÉ DO

RECORRIDO. 4. SENDO FATO INCONTROVERSO O ATRASO DE 5 MESES PARA A ENTREGA DO VEÍCULO ZERO KM ADQUIRIDO PELO AUTOR E DEVIDAMENTE PAGO, INQUESTIONÁVEL O DEFEITO... (grifo nosso)

ACP - Obras de adaptação no Fórum para acesso de pessoas portadoras de deficiência física - inteligência dos arts. 227,§2º e 244, CF - Lei Estadual nº 11.263/02- O administrador público tem o dever de adaptar as instalações a fim de garantir o pleno acesso daqueles com mobilidade reduzida ou com deficiência física - Recurso Provido (ACP 994.06.153846-4 - Campos do Jordão).

Com isso, reluzente a falta de cumprimento aos preceitos legais, carecendo as pessoas com deficiência, na qualidade de consumidores, recorrer ao Poder Judiciário, para que venha a ser compelido o infrator, resultando não raras vezes, também na imposição de ressarcimento dos danos morais, fundamentada na lesão à dignidade humana destas pessoas.

Conveniente observar que o art. 6º., inciso III do Código de Defesa do Consumidor é exemplo clássico da ausência de cumprimento, o que dizer então, de informações prestadas adequadamente em produtos, de que se ressentem as pessoas com deficiência visual, *verbi gratia*.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

Assim, se o consumidor depara-se a toda hora com a inobservância à legislação, subsumindo-se real desrespeito à condição menos favorável que ocupa na relação consumerista, muito mais gravosa é a situação da pessoa com deficiência, ao pretender adquirir produtos ou contratar serviços, a afronta à dignidade humana faz-se presente, lamentavelmente com muito maior vigor.

Sobreleva notar que concomitantemente ao desrespeito aos direitos consumeristas, perfaz-se a avassaladora afronta à dignidade destas pessoas, que além de tudo sentem-se constrangidas ao reivindicar seus direitos, em virtude de sua condição física.

3.1 ABORDAGEM ACERCA DO PROBLEMA DA INEFETIVAÇÃO

Não bastassem todas as estigmatizações porque passam as pessoas com deficiência, problemática de similar grandeza implementa-se no cenário da relação consumerista, como será esmiuçado adiante:

Ainda que o nosso País desfrute de um Código, desde o ano de 1990, cuja vigência iniciou-se em 11 de março de 1991, através do qual disciplinam-se as relações de consumo, não são raras as vezes em que, consumidores (o ocupante do polo passivo da relação) depara-se com ameaças e/ou efetivas violações a seus direitos, seja por desconhecimento, seja por absoluto descaso dos fornecedores (o ocupante do polo ativo da relação).

Inconteste que com a circulação física e acessibilidade limitadas, a pessoa com deficiência tem o seu direito de consumidor atingido, pois suas opções, tais como, de onde consumir produtos e serviços são reduzidos; sendo que, à partir do momento em que um comércio restringe a entrada de uma pessoa com deficiência e espera receber somente pessoas ditas “normais”, estará excluindo um público que também tem necessidades de consumo e que fica sem atendimento, muitas vezes.

Isto vem se refletindo também em outros fatores, como a busca da escolaridade e qualificação profissional.

Não apenas o Poder Público, mas também os empresários exercem importante papel social, quebrando paradigmas, quando substituem uma escada por uma rampa, ao observar as medidas necessárias a serem mantidas nos corredores e ao adaptarem os sanitários. Veja-se porém, que não basta igualmente adotar estas medidas, mas fazê-las visando cumprir normas específicas, como neste caso, a NBR 9050, norma da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas), estas são, sem dúvida alguma, medidas que denotam ações positivas para a inclusão das pessoas com deficiência.

Significa assim, a efetivação do direito à diferença. O importante é que tais medidas não tenham somente esboço assistencialista, pois não pode haver mera implementação de benemerência.

Ora, o problema não está nas leis, até porque estas existem em demasia; o que realmente falta é a aplicação destas, a observância de seus preceitos, tanto é assim que no cenário educacional, não bastasse a cogente disposição constitucional: art. 205, são frequentes as violações, sobretudo e é o que aqui importa, que ora está-se a comentar, o acesso à educação, por pessoas com deficiência (das mais variadas espécies, que em suma manifeste o comprometimento de um ou alguns dos sentidos).

Preocupado com o “fazer acontecer” e viabilizar o estrito cumprimento ao texto constitucional, o Deputado Federal, Dr. Eduardo Barbosa, conferiu iniciativa ao Projeto de Lei nº. 8014/2010^[5], o qual visa assegurar a presença de cuidadores na escola; ora, se é verificada a impossibilidade de ser conferido cumprimento adequado àquela assertiva constitucional, nada mais justo que através de novo texto legislativo objetive-se inserir meios adequados para o cumprimento deste mister, já que espontaneamente não se consegue.

Importa salientar que, não se pode “fechar os olhos” para a temática e enfrentar o problema de forma estática, há décadas esta categoria de pessoas ressenha-se por receber um tratamento discriminatório, e portanto desrespeitoso, e este cenário tem que ser modificado.

Nesta senda, é de se render louvores àqueles que, de uma forma ou de outra, demonstram interesse e praticam atos em defesa das pessoas com deficiência, para diminuir esta falta de cumprimento às normas, manifestados por debates em Seminários (a Secretaria de Desenvolvimento Social e Cidadania, por meio da Diretoria de Políticas públicas de Direitos Humanos, promoveu em 26/11/2013, o I Seminário Regional de Conscientização de Direitos das Pessoas com Deficiência, em Palmares-PE), Congressos (O CISPoD – Congresso Internacional Sobre Saúde da Pessoa com Deficiência, promovido em Brasília-DF, nos dias 06 a 08/12/2013), Simpósios (intitulado I Simpósio do Direito das Minorias – no dia 14/11/2009, nas Faculdades Integradas de Cacoal – RO, promovido pela Coordenação do Curso de Direito e I Simpósio Internacional de Estudos sobre a Deficiência, realizado de 19 a 21/06/2013, pela Secretaria de

Estado dos Direitos da Pessoa com Deficiência; o Diversitas, Núcleo de Estudo das Diversidades, Intolerâncias e Conflitos – FFLCH/USP; e o Programa USP Legal, Comissão Permanente para Assuntos Relativos às Pessoas com Deficiência – USP) ou qualquer outro evento (como a entrevista com o Deputado, Dr. Eduardo Barbosa – TV CÂMARA, veiculado na imprensa dia 29/12/2013), do qual a sociedade possa participar ou somente acompanhar, sugerindo, criticando, contribuindo para que a inclusão social transforme-se e seja alcançada plenamente, deixando de ser mera “letra morta” nos textos legais, pois independente do número de legislações que estão a disciplinar o assunto, é inolvidável que não é o bastante para sua efetivação.

4 CONCLUSÕES

Não se tem dúvidas de que todas as pessoas almejam, em suma, a igualdade de oportunidades, porque não é suficiente ter assegurado o direito à vida; por isso, o Estado brasileiro tem um dever muito maior, porque mais abrangente, deve resguardar a todos, indistintamente (estejam ou não a compor as nominadas “minorias”), condições de existência digna, eis a hodierna significância do princípio da dignidade humana, assentada sua consagração no texto do Estatuto da pessoa com deficiência.

Nesta linha reflexiva, sobressai o questionamento: E quais as oportunidades que efetivamente garante-se a usufruição às pessoas com deficiência?

Pois bem, na indagação supra, deve-se ressaltar que, giza o adjetivo: *efetividade*, porquese à ele não fosse feita menção, por certo que a resposta a ser tecida, viria composta de uma extensa relação de artigos que estão a integrar diversas normas jurídicas, em vigor no nosso sistema jurídico (como direito de acesso ao mercado de trabalho, educação, saúde e outros).

Com isso, infere-se desditosamente, que as pessoas com deficiência continuam a enfrentar situações discriminatórias e assim, em pleno século XXI, a ocorrência de violação à dignidade destas pessoas é fator bastante comum.

Importa asseverar que o Brasil é um País que inolvidavelmente se ocupa em legislar, mas deixa de lado, a imposição de fiscalização (e punição efetiva) ao cumprimento das normas editadas por seus representantes, como ocorre com os

direitos das pessoas com deficiência, bem como, com os direitos do consumidor, eis que a própria Lei 8078/90 assevera ser necessário dispensar tratamento diferenciado ao consumidor, com o fito de estabelecer paridade, entre os integrantes da relação consumerista, dada a hipossuficiência de uma das partes, mas nem assim, tais direitos tornam-se realmente observados, embora sejam muitas as reivindicações registradas, são ainda, insuficientes, sem sombra de dúvidas, o que é evidenciado por julgados de vários Tribunais do nosso País.

Para espancar quaisquer dúvidas, conclui-se então, que as pessoas com deficiência deparam-se com grandiosas dificuldades para usufruir os seus direitos, sendo muito maiores estas dificuldades, quando as mesmas figuram como consumidores, recaindo sobretudo, na seara do descumprimento da exigência de clareza e adequação das informações prestadas pelo fornecedor, gizadas no art. 6º., inciso III da Lei 8078/90.

Odioso o fato de que, para uma pessoa com deficiência visual, a falta de informação adequada (através do Braille) sobre o produto que está colocado à disposição, na prateleira do supermercado, por exemplo, caracteriza simplesmente a impossibilidade de aquisição do produto, sem mencionar o constrangimento porque passam...E como dizer então, que as pessoas com deficiência não sofrem, nestas circunstâncias, concomitante violação de sua dignidade, ou seja, à sua própria essência?

O preceito constitucional demonstra-se mera "letra morta", em sentido diametralmente oposto à sua significância: ampla, irrestrita e incondicionada.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Processo, igualdade e justiça. *In: Revista Brasileira de Direito Constitucional*, nº 02:165-198. São Paulo: Método, 2003.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Os direitos fundamentais na constituição de 1988. *In: Revista do Advogado*, ano XXVIII, nº 99:42-53. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, 2008.

ALVES, Geraldo Magela; MILHOMENS, Jônatas. **Vocabulário prático de Direito**: doutrina, legislação, jurisprudência, formulário. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 335.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 3ª ed. rev. ampl. e atual. Brasília: CORDE, 2003.

ARAUJO, Luiz Alberto David; RAGAZZI, José Luiz. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência. *In*: **Revista do Advogado**, ano XXVII, nº 95:42-50. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, 2007.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Therezinha Monteiro Deutsch Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

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

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito ontem e hoje. Crítica ao neopositivismo constitucional e à insuficiência dos direitos humanos. *In*: **Revista do Advogado**, ano XXVIII, nº 99:07-14. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3º ed. 7º tirag. São Paulo: Malheiros, 1999.

BIDERMAN, Maria Tereza. **Dicionário contemporâneo de português**. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 267.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11ª ed. 14ª tirag. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 18.

BOLONHINI JÚNIOR, Roberto. **Portadores de necessidades especiais**: as principais prerrogativas dos portadores de necessidades especiais e a legislação brasileira. São Paulo: ARX, 2004.

BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado. *In*: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, nº 2:209-223. São Paulo: Método, 2003.

BRASIL. **Código de proteção e defesa do consumidor**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUENO, Francisco da Silveira. **Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa**: vocábulos, expressões da língua geral e científica – sinônimos – contribuições do tupi-guarani. 2ª tirag. São Paulo: Saraiva, 1968, 2 vol., p. 884.

CALDAS, Aulete. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. 2ª ed. rev. atual e aum. Rio de Janeiro: Delta, 1967, 2 vol., p. 1070.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CURIONI, Rossana Teresa. *Pessoas Portadoras de Deficiência: inclusão social no aspecto educacional. Uma realidade? Direito da Pessoa portadora de Deficiência: uma tarefa a ser completada* Bauru: EDITE, 2003.

DIAS, Maria Berenice. A igualdade desigual. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, nº 2:51-68. São Paulo: Método, 2003.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direitos das pessoas com deficiência** – garantia de igualdade na diversidade. Rio de Janeiro: WVA, 2004.

FERNANDES, Francisco. **Dicionário de sinônimos e antônimos da língua portuguesa**: de acordo com a ortografia oficial brasileira. 41ª ed. rev. e ampl. por Celso Pedro Luft. São Paulo: Globo, 2002, p. 264.

FERNANDES, Francisco; GUIMARÃES, F. Marques; LUFT, Celso Pedro. **Dicionário brasileiro Globo**. 33ª ed. São Paulo: Globo, s.d., p. 130.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 528.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 4ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, ADA PELLEGRINI {et al}. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Forense Universitária, 2006.

KALUME, Pedro de Alcântara. **Deficientes**: ainda um desafio para o governo e para a sociedade – habilitação, reabilitação profissional e reserva de mercado de trabalho. São Paulo: LTR, 2005.

KANT, Emmanuel. Des fondements de la métaphysique des mœurs. *In: Critique de la raison pratique*. Trad. de J. Barni, Paris: Librairie Philosophique de Landrage, 1848.

KOSOVSKI, Ester. Minorias e discriminação. In: SÉGUIN, Elida (coord.). **Direito das Minorias**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 8ª ed. Madrid: Tecnos, 2003.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003.

MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. **Direito internacional**: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Pauo: Revista dos Tribunais, 1978.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia (A-D)**. São Paulo: Loyola, 2000, tomo I, p. 65.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Comentários à Constituição Federal**: princípios fundamentais – Arts. 1º a 4º. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: direito material. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Curso de direito do consumidor**: com exercícios. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Claudete. O que é, doutor? In: **Revista Sentidos**, nº 54:44-48. São Paulo: Áurea Editora, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. Prefácio de Fábio Konder Comparato. 2ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. Reforma do Judiciário e direitos humanos. *In*: ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora; LENZA, Pedro; TAVARES, André Ramos (coords.). **Reforma do judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

POZZOLI, Lafayette. Pessoa portadora de deficiência e cidadania. In: ARAUJO, Luiz Alberto David (coord.). **Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Prefácio de Fábio Konder Comparato. São Paulo: Renovar, 2005.

RODRIGUES, Ney Lobato. Pessoa portadora de deficiência: o enquadramento constitucional dos fenilcetonúricos. In: ARAUJO, Luiz Alberto David (coord.). **A proteção da pessoa portadora de deficiência: um instrumento de cidadania**. Bauru: EDITE, 2006.

ROSTELATO, Telma Aparecida. **Portadores de Deficiência e Prestação Jurisdicional**. CURITIBA: Juruá, 2009.

_____; MARTA, Taís Nader; [MARTA, Gustavo Nader](#); HANNA, S. A.; DA SILVA, João Luiz Fernandes. **A proteção constitucional da dignidade da pessoa com câncer**. *Diagnóstico & Tratamento*, v. 16, p. 93-94, 2011.

_____; SANTOS, Izaul Lopes dos. **Os conflitos judiciais decorrentes de uma sociedade consumista e a garantia do princípio da razoável duração do processo**. *Boletim Conteúdo Jurídico*, v. 01, p. 23-33, 2012.

_____; SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Planos de saúde e os vinte anos do Código de Defesa do Consumidor: onde estão os novos direitos**

salvaguardados pelo CDC? In: XX Encontro Nacional do CONPEDI - Congresso Nacional de Pesquisas em Direito, 2011, Belo Horizonte-MG. Democracia e reordenação do pensamento jurídico: compatibilidade entre a autonomia e a intervenção estatal. Florianópolis/SC: Fundação Boiteux, 2011. v. 01. p. 10664-10685.

RULLI NETO, Antonio. **Direitos do portador de necessidades especiais**. São Paulo: Fiuza, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do Direito e direito constitucional. Tradução de Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis**: uma abordagem jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SERRANO JÚNIOR, Vidal; Lazzarini, Marilena; Rios, Josué. **O que é defesa do consumidor?** São Paulo: Editora Brasiliense, 1994.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

WERNECK, Claudia. **Ninguém mais vai ser bonzinho na sociedade inclusiva**. Rio de Janeiro: WVA, 1997.

NOTAS:

[1] Terminologia questionada por SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis**: uma abordagem jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 09, vez que conceituar minorias é complexo, já que não condiz com um contingente numericamente inferior, como grupos de indivíduos, destacados por uma característica que os distingue dos outros habitantes do país, estando em quantidade menor, em relação à população deste, devendo ser sopesada a realidade jurídica ante as conquistas modernas.

[2] Em sete artigos, a Constituição de 1988 abordou a temática: 7º, XXXI; 23, II; 24, XIV; 37, VIII; 203, IV e V; 227, § 1º, II e §2º e 244.

[3] *Direitos fundamentais* são os direitos, destinados ao ser humano, reconhecidos e positivados por cada Estado.

[4] *Artículo 3: Principios generales:*

Los principios de la presente Convención serán:

El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;

La no discriminación;

La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;

El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;

La igualdad de oportunidades;

La accesibilidad;

La igualdad entre el hombre y la mujer;

El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

[5] Acrescenta parágrafo ao art. 58 da Lei 9394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA: APARENTE CONFLITO ENTRE MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

FABRÍCIO MENDONÇA SILVA: Professor do Programa Direito na Escola OAB/MG. Assessor Jurídico Autárquico (SAE Araguari/MG). Especialista em Direito Público.

RESUMO: O trabalho tem por objetivo analisar o conflito entre o mínimo existencial e a reserva do possível, envolvendo decisões relacionadas ao direito fundamental à saúde. Para isso, necessário se torna a apresentação do fenômeno da judicialização política, desde o surgimento, passando pela ascensão global até sua chegada Brasil. Em seguida, será abordado o instituto da saúde pública no Brasil, com um breve histórico do sistema adotado antes da Constituição Federal de 1988, o surgimento do SUS e suas legislações, o percentual mínimo de investimento da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios na saúde pública, bem como os impactos negativos para a saúde oriundos da PEC do teto dos gastos públicos. Posteriormente, serão analisadas questões abordadas pela Audiência Pública 04/2009 do Supremo Tribunal Federal, envolvendo a judicialização da saúde, a fim de solucionar ou mitigar o crescente do número de demandas, assim como, os critérios e cautelas que devem ser adotados pelos operadores do direito e pelos gestores públicos. A posição atual do STJ e STF sobre o fornecimento de medicamentos não listados no SUS e os que não dispõem de registro junto à ANVISA. Adiante, será apresentado o conflito entre dois importantes institutos, o mínimo existencial garantido a todo ser humano e a reserva do possível representada pela limitação dos recursos públicos, além da garantia do núcleo essencial, concluindo com algumas considerações sobre a possibilidade de superação ou mitigação deste conflito.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização da Política, Judicialização da Saúde, Saúde Pública, SUS, Fornecimento de Medicamentos. Mínimo Existencial, Reserva do Possível. Garantia do Núcleo Essencial.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, tornou-se imprescindível o aprofundamento dos estudos sobre a judicialização da saúde, isso se deu em virtude da vultosa

ascensão de demandas envolvendo a matéria. Os processos judiciais ajuizados contra a União, entre o ano 2010 a 2016, cresceram em 727% segundo Observatório de Análise Política em Saúde - OAPS, isso sem falar das ações demandadas em desfavor dos Estados e dos Municípios, que também são responsáveis pelo custeio da saúde pública, nos termos da Constituição Federal e da Lei 8.080/90.

Neste sentido, será objeto do presente estudo a judicialização da saúde pública, com vistas a demonstrar que o conflito entre o mínimo existencial e a reserva do possível é aparente, pois a garantia do núcleo essencial sempre deverá ser observada.

O estudo pretende ainda, submeter à discussão da comunidade científica e política, o atual modo de distribuição dos recursos públicos, sobretudo, nas atividades não essenciais do Estado, além da sugestão de criação de novas fontes e mecanismos para obter recursos e destiná-los em sua integralidade a saúde.

Para tanto, será abordado o surgimento e o crescimento do fenômeno da judicialização, o sistema público de saúde, antes e após o surgimento da Constituição Republicana de 1988, o SUS e suas principais legislações, a Audiência Pública nº. 04/2009, do Supremo Tribunal Federal que tratou da judicialização da saúde, além dos institutos da reserva do possível e o mínimo existencial.

A metodologia utilizada para a elaboração do presente estudo se dividirá em seções e subseções, e baseará na pesquisa de obras de Direito Constitucional, com ênfase nos Direitos Fundamentais, sobretudo no direito à saúde. Além dos artigos científicos e publicações por meio digital (internet) relacionadas aos assuntos abordados, principalmente, sobre a judicialização da saúde, o mínimo existencial e a reserva do possível.

O estudo baseará também nas jurisprudências dos Tribunais Superiores, almejando traçar um caminho harmônico aos dois institutos tão essenciais, de modo que, essa harmonia ocasionará, inevitavelmente, a redução de demandas envolvendo a judicialização da saúde e uma considerável melhora no precário Sistema Público de Saúde.

1. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

No direito constitucional contemporâneo, a judicialização da política tem sido objeto de inúmeros estudos, relacionados principalmente aos limites de atuação dos tribunais nas políticas públicas. Atualmente, esse fenômeno tem se verificado em diferentes países e tradições, tanto nos que adotam um sistema *Common Law*, quanto *Civil Law*, até porque, tais institutos a cada dia se aproximam.

Neste contexto, o Judiciário cada vez mais é acionado para manifestar sobre assuntos envolvendo as políticas públicas, matéria atribuída legal e tipicamente ao Poder Executivo. Com isso, o Poder Judiciário se viu na obrigação de atuar de modo proativo, a fim de atender aos anseios sociais e garantir os direitos fundamentais dos cidadãos.

Contudo, ao protagonizar essas políticas, surgem questionamentos sobre as reais atribuições do Judiciário. E mais, se essa atuação não levaria a perda de sua identidade, já que constantemente analisa questões afetas à política e não ao direito.

A crise social contemporânea, acarretada pelo evidente descrédito social em relação aos poderes republicanamente constituídos, fez com que o Judiciário ocupasse um papel central nas questões envolvendo políticas públicas.

Portanto, o Poder Judiciário, mesmo diante de uma moderna sociedade, com visões políticas, sociais, econômicas e religiosas diversas, se consagrou como uma esperança aos injustiçados e aos descrentes dos representantes típicos.

Os escândalos políticos, a demagogia e a ineficiência evidenciada nos poderes, acrescido a constitucionalização do direito e o controle de constitucionalidade, figuram como preponderantes instrumentos para a judicialização das políticas públicas.

Ao tratar da origem da judicialização, Tocqueville já assinalava no século XVIII, que tratava de um fenômeno Norte Americano, vejamos:

Não creio que, até agora, alguma nação do mundo tenha constituído o Poder Judiciário da mesma maneira que os americanos. O mais difícil para um estrangeiro compreender nos EUA é a organização judiciária. Não há,

por assim dizer, acontecimento político em que não ouça invocar a autoridade do juiz; e daí conclui naturalmente que nos EUA o juiz é uma das primeiras potências políticas. (TOCQUEVILLE, 2002, p. 89).

Em que pese à teoria clássica da separação dos poderes de Montesquieu ao situar o judiciário como um poder neutro, pois buscava preservar a liberdade individual. O presidencialismo instituído com o advento da constituição americana de 1787 possibilitou a realização do controle dos atos do Executivo e do Legislativo, trazendo ao Judiciário uma considerável ascensão, tornando-se um poder do Estado.

Entretanto, pertinente se faz destacar, que o texto constitucional americano de 1787, não previu expressamente, como nos demais países, o controle de constitucionalidade. Esse controle se deu mediante a Suprema Corte EUA, no conhecido caso *Marbury vs. Madison* pelo Chefe de Justiça John Marchall, no ano de 1838. Assim iniciava a participação pelo Poder Judiciário nas questões envolvendo as políticas públicas.

Num brilhante artigo científico intitulado “Judicialização da Política”, publicado na Revista de Direito Público da PUC Minas pelos professores André Luiz Vieira Elói e Paulo Enderson de Oliveira Teixeira, resumiram os múltiplos fatores responsáveis pela expansão da globalização do poder judicial, caracterizado pelo fortalecimento do Poder Judiciário frente ao Legislativo e ao Executivo nas políticas públicas *“a mudança de paradigma pós-guerra, bem como a instauração do Estado de bem estar social e a busca de garantia de novos direitos; a criação de Tribunais constitucionais; e a declaração universal dos direitos Humanos”*.

A expansão do poder judiciário frente ao executivo e ao legislativo, marcado contemporaneamente por uma atuação proativa na análise de políticas públicas, sobretudo as relacionadas aos direitos sociais, fizeram surgir expressões como judicialização e ativismo judicial.

Em que pese à judicialização e o ativismo serem termos com considerável proximidade, imperioso se faz distingui-los. Para isso, utilizaremos dos preciosos ensinamentos do Ministro Luís Roberto Barroso, vejamos:

A judicialização e o ativismo são traços marcantes na paisagem jurídica brasileira dos últimos anos. Embora próximos, são fenômenos distintos. A judicialização decorre do modelo de constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte (BARROSO, 2008 p. 17)

Já o ativismo revela uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias. (BARROSO, 2008 p.17)

Enquanto a judicialização pode ser compreendida como um fenômeno típico do constitucionalismo analítico, onde assuntos de elevada importância política e social são levados ao Judiciário, em virtude das atribuições conferidas pelo próprio poder constituinte; o ativismo revela-se numa postura proativa e extensiva na interpretação da Constituição. Neste, existe uma vontade do Poder Judiciário em maximizar a aplicabilidade das normas, mesmo que não expressamente previstas no texto Constitucional.

A Judicialização no Brasil é cristalinamente evidenciada após a promulgação da Constituição Republicana 1988. A possibilidade da realização do Controle de Constitucionalidade, tanto difuso quanto concentrado, o Mandado de Injunção, a possibilidade de decidir sobre conflitos entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, a exemplo da derrubada do veto Presidencial sobre os *royalties*, o livre acesso à justiça e a ampliação dos direitos fundamentais, levaram a ascensão deste fenômeno no país.

Assim, com a inserção na Carta Magna do direito fundamental à saúde e sua universalização, previsto no artigo 6º e 196 a 200; o Poder Judiciário passou a ser acionado frequentemente para analisar pretensões não exitosas no âmbito administrativo, sendo tal fenômeno denominado judicialização da saúde.

2. A SAÚDE PÚBLICA E O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS

Antes da criação do SUS (Sistema Único de Saúde), a União, por meio do Ministério da Saúde, os Estados e os Municípios, promoviam ações ligadas à promoção e prevenção de doenças, principalmente realizando campanhas de vacinação. Contudo, a assistência médica e hospitalar não era universal, visto que, somente os trabalhadores formais e seus dependentes poderiam usufruírem da aludida assistência, à época fornecida pelo INPS, e posteriormente chamado de INAMPS. Esse era o modelo Previdenciário da Saúde, instituído em 1923, pela Lei Eloy Chaves.

Entretanto, nas décadas de setenta e oitenta, o modelo Previdenciário de Saúde, começou entrar em crise, visto que, além de ter um elevado custo de manutenção, em razão dos métodos adotados, abrangia pequena parcela da população. Assim, iniciou-se um movimento denominado “Reforma Sanitária”.

Uma reforma sanitária, analisada sob a ótica histórica, pode se dar por duas grandes formas, quais sejam: por uma revolução, onde há significativas alterações na forma de condução do Estado, sobretudo no campo da política e da economia, a exemplo das revoluções chinesas e cubanas; ou quando a classe de trabalhadores e estudiosos da área se juntam para esse fim, que foi como ocorrera na reforma sanitária italiana.

A reforma sanitária brasileira nasce também da luta contra o sistema ditatorial, na década de 1970, sendo que, não foi uma reforma apenas setorial, como consta na literatura internacional, mas um movimento que transcendeu até mesmo o SUS, abrangendo diversas políticas sociais.

Assim, o período de hostilidade vivido no país, seguido da crise no modelo de financiamento da Previdência Social, acrescido ao movimento implementado pela classe de trabalhadores da saúde, bem como dos estudiosos e setores da

sociedade, fizeram com que o Movimento da Reforma Sanitária conquistasse espaço na Assembleia Constituinte em 1987.

O Movimento da Reforma Sanitária e as conclusões extraídas da 8ª Conferência Nacional de Saúde, são considerados os grandes responsáveis pela inclusão da seção II, intitulada "SAÚDE", no texto da Constituição Republicana, cuja previsão encontra-se contida do artigo 196 ao 200.

2.1 - A SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA:

Em 05 de outubro de 1988, em Brasília, foi promulgada a Constituição Federal, denominada Constituição Cidadã, em razão de sua abrangência aos direitos e garantias de diversas classes sociais. Entre esses direitos, encontrava-se o direito à saúde.

A saúde está inserida na Carta Magna, no título atinente aos Direitos e Garantias Fundamentais, no capítulo referente aos Direitos Sociais, no artigo 6º, que são os direitos de segunda geração ou prestacionais, eis que, impõe ao Estado uma conduta positiva, a fim de garantir justiça social, vale dizer, igualdade tanto formal quanto material.

A Constituição Republicana concedeu relevante destaque no capítulo referente à seguridade social, na seção II, denominado SAÚDE, ao garantiu a universalidade da saúde, ou seja, atribuindo ao Estado o dever de garantir a todos o direito à saúde, além da gratuidade do serviço, integralidade no atendimento e a equidade no acesso, num sistema regionalidade, hierarquizado e descentralizado, com a participação da comunidade e mantido com recursos do orçamento da Seguridade Social e da União, dos Estados e dos Municípios.

Assim, a Constituição previu a tão sonhada universalidade do sistema público de saúde e a equidade no acesso a esse direito fundamental, previsto no artigo 196.

A Constituição Cidadã também previu como de relevância pública as ações e serviços de saúde no artigo 197, e que a assistência à saúde é livre a iniciativa privada, que atuará de modo complementar ao sistema único de saúde, observando suas diretrizes, conforme descrito no artigo 199 do mesmo diploma legal.

O artigo 200 da Constituição Republicana, foi o responsável por definir o sistema único de saúde, rompendo com o ultrapassado modelo Previdenciário de Saúde, com métodos curativistas e hospitalocêntricos, passando para métodos de maior abrangência, sobretudo os preventivos, onde são observados os fatores determinantes e condicionantes.

2.2 - REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS

Apesar da Constituição Republicana definir o Sistema Único de Saúde – SUS, sua regulamentação se deu somente em 19 de setembro de 1990, por meio da Lei 8.080/90, chamada de Lei Orgânica da Saúde, responsável pelo funcionamento e organização do novo modelo operacional, dispendo sobre a proteção, promoção e a recuperação da saúde.

A referida lei estabeleceu a saúde como um direito fundamental que deve ser promovido pelo Poder Público, além de estabelecer como fatores determinantes e condicionantes de saúde, tais como: o meio ambiente, o saneamento básico, a alimentação, trabalho, moradia, renda, educação, entre outros, conforme definido no artigo 2º e 3º da Lei 8.080/90.

A Lei Orgânica da Saúde estabeleceu no artigo 7º, utilizando como base as diretrizes fixadas no artigo 198, da Constituição Federal, os princípios doutrinários e organizativos do SUS. São princípios que regem o SUS: a universalidade no atendimento a todo e qualquer cidadão; a equidade nas ações e serviços de saúde, levando em consideração as diferenças dos grupos existentes na sociedade; a integralidade na atenção ao indivíduo nos diversos graus de complexidade, prestando uma assistência completa, seja na prevenção e proteção, seja na recuperação da saúde com tratamento médico, hospitalar e farmacêutico integral; a descentralização, consistente na redistribuição da obrigação estatal nas ações e serviços de saúde entre os entes da federação, notadamente os município; o controle social representado pela participação popular na gestão do SUS, por meio das Conferências de Saúde e Conselhos de Saúde; e a regionalização e hierarquização que versa sobre a separação de áreas geográficas por regiões de saúde e por níveis de complexidade tecnológica crescente.

2.3 - LEI 8.142/90 – CONTROLE SOCIAL DO SUS E TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS E O PACTO PELA SAÚDE

Em dezembro de 1990, portanto no mesmo ano da criação da Lei Orgânica da Saúde, foi criada a Lei 8.142/90, com apenas sete artigos, que veio dispor sobre a participação da população na gestão do SUS, bem como sobre a transferência intergovernamental de recursos na área da saúde.

Assim, a mencionada lei estruturou e organizou as instâncias colegiadas nas três esferas, composta pela Conferência de Saúde e pelo Conselho de Saúde. Destacou, ainda, que a composição dos colegiados serão paritária entre os usuários e representantes do governo, prestadores de serviços e profissionais da saúde. E, por fim, estabeleceu a alocação de recursos do FNS e os requisitos para o recebimento de recursos financeiros pelos Municípios, Estados e Distrito Federal, como ter o fundo de saúde, Conselho de Saúde, plano de saúde, contrapartida de recursos para saúde, entre outros.

A Portaria nº 399/06, do Ministério da Saúde, instituiu o conhecido Pacto pela Saúde, na expectativa de superar as dificuldades enfrentadas pelo SUS durante sua trajetória, e, observando os princípios e diretrizes constitucionais e legais, seria anualmente revisado, visando atender aos anseios da população.

2.4 – PORTARIA Nº 1.820/09 MS - DIREITOS E DEVERES DOS USUÁRIOS DO SUS

Nas atribuições legais, o Ministério da Saúde publicou Resolução, considerando os dispositivos constitucionais previstos no art. 6º e 196, e na Lei 8.080/90 a tão reivindicada Carta de Direitos e Deveres dos Usuários do SUS.

Na Carta dos usuários do SUS foram estabelecidos deveres como a busca de atendimento de saúde, a obrigação de informar adequadamente ao médico o estado de saúde, bem como o bom trato dos usuários aos profissionais da saúde.

Nesta Portaria, os direitos dos usuários do SUS recebeu merecido destaque. Foi reafirmado o direito de todos os cidadãos ao atendimento com ordem e organização, bem com o atendimento prioritário daqueles em estado grave ou com maior sofrimento, além do direito a ter informações sobre o estado de saúde e prontuários, o respeito à intimidade, a cultura e a religião, além do não preconceito, a liberdade de permitir ou recusar procedimentos médicos, e o espaço destinados a receber sugestões e críticas sobre o Sistema.

2.5 - LEI COMPLEMENTAR 141/12 - PERCENTUAL MÍNIMO DE APLICAÇÃO RECURSO DOS ENTES

Em 2012, com a crise do subfinanciamento do SUS, agravado pela histórica audiência pública nº. 04/2009, do Supremo Tribunal Federal, sobre a judicialização da saúde, fora aprovada pela Emenda Constitucional nº. 29/2012, a Lei Complementar nº. 141 de 13 de janeiro de 2012, que dispôs sobre o percentual mínimo de aplicação dos recursos anuais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios nas ações e serviços de saúde, além de estabelecer métodos de rateio e avaliação, controle e fiscalização de despesas com a saúde pública.

O artigo 5º, da Lei Complementar 141/12, fixou que a União deverá aplicar anualmente o valor empenhado no exercício financeiro anterior, mais a variação do Produto Interno Bruto – PIB do ano anterior à lei orçamentária anual, nas ações e serviços públicos de saúde.

Entretanto, com o advento da Emenda Constitucional nº. 86/2015 alterou as regras sobre o investimento pela União na saúde, estabelecendo no inciso I, §2º, do artigo 198, CF, o percentual mínimo de 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida, ou seja, do remanescente dos repasses aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Já os Estados e o Distrito Federal, a Lei Complementar 141/12 determina em seu artigo 6º, que anualmente os Estados deverão aplicar o percentual mínimo de 12% (doze por cento) sobre a arrecadação dos impostos nas ações e serviços de saúde. Por outro lado, os Municípios aplicarão, no mínimo, 15% (quinze por cento) dos impostos arrecadados na saúde, conforme estabelecido no artigo 7º, da referida Lei Complementar, sendo que, o percentual destes entes federados devem ser revistos a cada cinco anos, à luz do artigo 198, CF.

Em relação ao rateio dos recursos financeiros da União para as ações de saúde, a LC estabelece a observância de alguns critérios, tais como: o perfil demográfico, socioeconômico, espacial, a dimensão epidemiológica e a necessidade da população, conforme descrito nos artigos 17 a 22 da mencionada Lei. Incorporando assim, o espírito da equidade que é um dos princípios regentes do SUS.

2.6 - PEC DO TETO DOS GASTOS PÚBLICOS E OS REFLEXOS NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Contemporaneamente, foi objeto de discussão no cenário nacional, a aprovação da Proposta de Emenda Constitucional conhecida como a “PEC do teto dos gastos públicos”, que fora aprovada nas duas casas e sancionada pelo governo Michel Temer, onde foram estabelecidos limites de gastos públicos da União, ao argumento que tal medida seria essencial para a retomada do crescimento econômico do país e a estabilidade da inflação.

A PEC limita os gastos públicos, abrangendo os três poderes no âmbito da União, bem como a Defensoria Pública, Ministério Público e Tribunal de Contas da União. Ela terá validade de vinte anos, a contar do exercício de 2017, podendo, entretanto, a partir do décimo exercício, mediante proposta do Presidente da República, ser alterada no método de correção dos limites.

Nos termos do texto, o teto será representado pelo valor gasto no exercício anterior, corrigido pela inflação acumulada nos últimos doze meses, utilizando como indicador o IPCA, publicado pelo IBGE. É pertinente destacar, que a regras estabelecidas pela PEC do teto dos gastos públicos, somente se aplicará para à saúde e à educação, a partir do exercício 2018.

Em relação aos reflexos da PEC na saúde pública, especialistas dividem opiniões, uns argumentam a necessidade da instituição desta medida para conter a crise, sob pena de haver um significativo aumento da inflação.

Entretanto, a professora Cristina Helena de Mello, da PUC SP, citada no sítio do jornal "O povo *on line*" entende como inadequado colocar um teto para os gastos com a saúde, pois não dá para prever como os atendimentos vão crescer. *"Você pode ter movimentos migratórios intensos, aumento da violência e das emergências, aumento dos nascimentos. Vai ter hospital superlotado, com dificuldade para atender."* (Mello, 2016).

Segundo a prestigiada professora, com a PEC, existe preocupação, inclusive, com as futuras gerações a esses serviços públicos, que poderá estar comprometida. *"Estamos prejudicando vidas inteiras."*

Em que pese a PEC do teto dos gastos públicos ter atribuído tratamento diferenciado à saúde, pois a aplicabilidade da correção com base na inflação somente incidirá a partir de 2018, e a antecipação para o ano de 2017 do investimento de 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida da União, o que pela Emenda Constitucional 86/15 ocorreria somente em 2020, entendemos como imprópria a aplicação do teto nessa área tão essencial do Estado.

Portanto, com a limitação dos gastos públicos, os investimentos dos Poderes e Órgãos da União ficarão congelados, visto que o aumento que terá entre um ano e outro, consistirá apenas na recomposição da desvalorização que houve na moeda em virtude da inflação, razão pela qual, mesmo com tratamento diferenciado, entende-se como inadequada a aplicação desta limitação ao âmbito da saúde.

3. AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº. 04/2009 DO STF

A audiência pública é um importante instrumento democrático, pois permite a manifestação dos diversos setores interessados e especializados, antes de uma decisão. As audiências públicas foram introduzidas no sistema pátrio pela lei 9.868/99, que dispõe sobre ADI e ADC, e pela lei 9.882/99, sobre ADPF.

Contudo, a regulamentação no âmbito do Supremo Tribunal Federal, somente se deu com a Emenda Regimental 29/2009, onde atribuiu ao Relator ou ao Presidente a competência para a convocação da audiência pública, nos termos artigos 13, XVII e 21, XVII.

A primeira audiência pública realizada pelo STF, referiu-se a ADI 3510, que versava sobre dispositivos da Lei de Biossegurança e ocorreria no ano de 2007.

Já a audiência que discutiu a judicialização da saúde pública, vale dizer, no âmbito do SUS, foi a 11ª audiência pública realizada pelo Supremo, e ocorreria no dia 27, 28 e 29 de abril, e em 04, 06 e 07 de maio de 2009, sendo presidida pelo Ministro Gilmar Mendes, à época presidente STF.

O eminente Ministro, iniciou sua exposição de abertura da audiência pública, destacando a importância do tema a ser discutido, envolvendo, sobretudo, a ordem, a economia e a saúde pública. Portanto, uma temática de elevado interesse público e repercussão geral.

Destacou, ainda, que o tema ganha maior evidência por afetar não somente os operadores do direito, mas também os trabalhadores da saúde, gestores públicos e toda sociedade. Tanto é que, a presidência do STF recebeu mais de 140 pedidos de participação, sendo que, as considerações apresentadas, poderão ser utilizadas pelos órgãos do Poder Judiciário de todo o país.

Em seguida, o consagrado Ministro citou demandas enfrentadas pelo STF, envolvendo a judicialização da saúde pública, tais como: o Agravo Regimental 223, sobre a condenação do Estado de Pernambuco em arcar com a realização de procedimento experimental; o conhecido Pedido de Suspensão de Liminar 228, onde o magistrado havia determinado que a União, o Estado do Ceará e o Município de Sobral, providenciasse a transferência de pacientes do UTI para hospitais públicos e privados, e que houvesse a quantidade mínima legal de leitos, sob pena de aplicação de multa, entre outras determinações; a Suspensão da Tutela Antecipada 198, que deliberou sobre o fornecimento de medicamento pelo Estado do Paraná à criança portadora de doença rara no valor de mais de 1 milhão de reais por ano; além da Suspensão da Tutela Antecipada 268, do Município de Igrejinha, envolvendo medicamento indisponível na farmácia municipal.

Ao concluir, fora apontada algumas indagações sobre a temática discutida, como: os reflexos do reconhecimento da responsabilidade solidária entre os entes públicos na prevenção, proteção e recuperação da saúde para as finanças públicas; tendo por base o princípio da universalidade e a gestão do SUS, poderia medicamentos prescritos por profissionais da rede privada, subsidiar ações judiciais ou deve ser prescrito por profissionais do SUS; quanto ao princípio da integralidade, sugere a análise das consequências dos medicamentos ou insumos sem registro na ANVISA ou não indicado no protocolo nem nas diretrizes terapêuticas;

Na audiência pública sobre a judicialização da saúde, conforme bem descreveu a professora Teresa Robichez de Carvalho Machado, dividiu-se basicamente em três assuntos, quais sejam: a dispensação de medicamentos, a interligação dos poderes e a alocação de recursos. Destaca-se que, os medicamentos foi tema central da audiência, inclusive, com destinação de um dia para tratar exclusivamente do tema. Sendo que, mais de 50 exposições abordaram o assunto.

A ênfase em relação à concessão de medicamentos se dá em virtude dos elevados custos fármacos, bem como do fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA, e dos denominados experimentais, que são com frequência concedidos pelo Judiciário. E mais, alguns expositores destacaram a influência das indústrias farmacêuticas no processo de judicialização.

Sobre a alocação de recursos, os expositores ressaltaram a questão do subfinanciamento da saúde, e a necessidade de dar prioridade a despesas com a saúde em detrimento de gastos públicos não essenciais. Fora abordado, ainda, a limitação dos recursos públicos.

A adequada utilização dos recursos públicos também foi objeto de debate, pois constatou-se a existência de desvios, razão pela qual se vê como imprescindível o aperfeiçoamento no tocante aos gestores públicos da saúde, juntamente como o efetivo controle social, e a fiscalização pelos Órgãos governamentais e das Associações e Conselhos.

A ineficiência do Poder Executivo foi objeto de discussões, alegando que o próprio fenômeno da judicialização, consistiria no reflexo da ineficiência e na necessidade de melhorias. Os gestores da saúde ganharam, igualmente, destaque,

pela relevância de seus trabalhos na melhoria da qualidade da saúde da população, bem como pelo fato de se ver muita das vezes impossibilitada de acatar as decisões judiciais em razão da escassez de recursos.

É relevante mencionar, que na audiência pública sobre a judicialização da saúde, também foi destacada a importância do Poder Judiciário na concessão deste direito fundamental, já que na esfera administrativa tal pretensão nem sempre é exitosa.

Contudo, os expositores destacaram a preocupação com a impropriedade de juízes ao decidirem questões envolvendo concessão de tratamentos e medicamentos sem a busca de meios equivalentes com um menor custo.

Por fim, é conveniente destacar que entre as conclusões extraídas dessa importante audiência pública foi que a judicialização é potencializada pela inexecução de políticas públicas, tendo em vista que a maioria das demandas que são levadas ao Judiciário, estão contempladas nos planos e metas dos programas de saúde que apesar de previstos, não são implementados.

4. A CONTEMPORÂNEA VISÃO DO STJ E STF SOBRE O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

A maioria das demandas envolvendo a saúde pública visa o fornecimento/dispensação de medicamentos cuja pretensão em âmbito administrativo não fora exitosa. A recusa do poder pública é motivada pelo argumento de que o remédio não estaria incorporado na lista do SUS, denominada Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME, que atualmente conta com 869 fármacos ou, ainda, por não estar registrado junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

Entretanto, quando essas pretensões são levadas ao Poder Judiciário, os magistrados são instados a se manifestar sobre uma complexa e grave situação fática, já que grande parte delas envolve a própria vida dos cidadãos, ou seja, a recusa em fornecer o remédio pode custar a vida do paciente. Assim, visando garantir o mínimo vital e o princípio da integralidade, o Judiciário tem concedido excepcionalmente tais direitos, ainda que o fármaco não esteja na relação de medicamentos do SUS ou registrado junto à ANVISA.

4.1 – DO ATUAL POSICIONAMENTO DO STJ SOBRE O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS NOS ATOS NORMATIVOS DO SUS

A primeira seção do Superior Tribunal de Justiça - STJ, em recente decisão (25/04/2018) no recurso repetitivo Resp nº. 1657156/RJ, relatado pelo eminente Min. Benedito Gonçalves, consagrou o entendimento de que constitui obrigação do poder público o fornecimento de medicamentos que não estejam incorporados nos atos normativos do Sistema Único de Saúde – SUS, desde que, cumulativamente, estejam presentes três requisitos: a) seja comprovado pela parte autora, mediante laudo médico fundamentado e devidamente circunstanciado pelo médico que acompanha o paciente, de que o medicamento pleiteado lhe seja imprescindível, e a ineficácia dos fármacos fornecidos pelo SUS para o tratamento pretendido; b) a demonstração da incapacidade financeira do paciente de adquirir o medicamento prescrito; c) existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

Além disso, a decisão do citado recurso repetitivo teve modulação de efeitos, no sentido de que tais requisitos somente devem ser exigidos nas demandas que forem distribuídas após a conclusão do julgamento desse Recurso.

É importante destacar que o citado recurso repetitivo também estabelece que, ao transitar em julgado as decisões envolvendo fármacos não listados nos normativos do SUS, seja comunicado o Ministério da Saúde e a Comissão Nacional de Tecnologias do SUS, visando realizar estudos sobre a viabilidade de incorporação do medicamento na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais. Essa decisão busca obter um efeito transindividual do direito fundamental à saúde, eis que, uma vez incorporado na RENAME, esse fármaco estará disponível para a população em geral.

4.2 – DA CONTEMPORÂNEA VISÃO DO STF SOBRE O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO, E FÁRMACOS SEM REGISTRO NA ANVISA

Foi abordado no item anterior o entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ quanto à dispensação de medicamentos, adentrando agora na visão do Supremo Tribunal Federal – STF no tocante ao fornecimento de medicamentos de alto custo e os sem registro junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

Na análise pelo STF da Suspensão de Tutela Antecipada – STA nº. 175, houve o entendimento de que o Estado e os planos de saúde não estariam obrigados a fornecer os medicamentos experimentais, já que sua eficiência e segurança ainda não estariam cientificamente comprovadas. Contudo, os medicamentos novos, em casos excepcionais, ainda que não haja registro na ANVISA, devem ser fornecidos pelo Estado.

Já em 04/04/2016, a Corte Superior, por meio do eminente Min. Ricardo Lewandowski, na Suspensão de Tutela Antecipada – STA nº. 828, suspendeu a decisão que obrigava a Universidade de São Paulo – USP fornecer substância química fosfoetanolamina sintética a pacientes com câncer, deliberando que o fornecimento fosse mantido somente enquanto durasse o estoque e sua dispensação observasse o critério cronológico de primazia dos pedidos mais antigos.

Essa decisão se deu, sobretudo, pelo fato de que a substância química citada “fosfoetanolamina sintética” sequer é considerada medicamento, pois não se tem pesquisas conclusivas sobre a sua toxicidade, eficácia e segurança, além da ausência de demonstração inequívoca da imprescindibilidade do seu uso para a sobrevivência e melhora da saúde de pacientes com câncer, como afirmou em parecer do Ministério Público Federal. Por essas razões e outras ligadas à função da Universidade (ensino e não fornecimento de remédios), houve a suspensão do fornecimento da referida substância.

Entretanto, mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal teve novamente a oportunidade de se manifestar sobre a complexa temática do fornecimento de medicamentos de alto custo e os sem registrados junto à Anvisa, mais propriamente nos REs nº. 566.471 e nº. 657.718, com repercussão geral reconhecida por unanimidade. Nesses recursos, houve o voto de três ministros, quais sejam: Marco Aurélio, Luís Roberto Barroso e Edson Fachin.

O douto Ministro Marco Aurélio, reconhece em seu voto a obrigação do Estado em custear remédio de alto custo não constante nos protocolos SUS, nem registrado junto à Anvisa, mas em casos excepcionais e desde que o fármaco seja registrado nos órgãos de vigilância sanitária do país de origem.

Além disso, para fazer jus ao medicamento, deverá ser comprovada a impossibilidade econômica do paciente e seus familiares (admitindo, inclusive, ação regressiva pelo Estado, quanto constatado que familiar é abastado e omissor, pois familiares são solidariamente responsáveis), a imprescindibilidade e a impossibilidade de substituição do medicamento.

Veja trecho do brilhante voto do eminente Ministro Marco Aurélio:

O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em política nacional de medicamentos ou em programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição, da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.649 a 1.710 do Código Civil e assegurado o direito de regresso.

Já o ilustre Ministro Luís Roberto Barroso, em seu pronunciamento, destaca a complexidade dos dois casos (REs nº. 566.471 e nº. 657.718), ou seja, o fornecimento de medicamento de alto custo e os sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Afirma que nenhum país do mundo oferece todo o tipo de medicamento e tratamento às pessoas e que nessa temática “o populismo não é a solução, mas o problema”.

Alerta sobre a necessidade de desjudicializar a saúde, pois essas discussões judiciais acarretam aos entes públicos elevadas despesas, sobretudo nos temas afetos a dispensação de fármacos e tratamentos médico hospitalares. E mais, que a judicialização ocasiona seletividade no sistema, visto que a decisão é específica para a parte.

Quanto aos medicamentos já incorporados na lista do SUS, o Ministro Barroso reconhece a obrigação do Estado, já que estaria apenas efetivando as políticas públicas.

Por outro lado, os medicamentos que não estão na lista do SUS (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME), incluindo os remédios de alto custo, entendeu o ministro que o Estado, via de regra, não estaria obrigado a fornecer, vejamos parte do voto:

Não há sistema de saúde que possa resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiros devam ser oferecidos pelo Estado a todas as pessoas. É preciso, tanto quanto possível, reduzir e racionalizar a judicialização da saúde, bem como prestigiar as decisões dos órgãos técnicos, conferindo caráter excepcional à dispensação de medicamento não incluído na política pública.

Em relação aos fármacos sem registro junto à ANVISA, o Min. Luís R. Barroso, consignou igualmente que o Estado, regra geral, não estaria compelido a fornecê-lo por ordem judicial. Contudo, o nobre Ministro ressalva que, nos casos absolutamente excepcionais, quando o medicamento já passou pela fase experimental de eficácia e segurança (testes científicos concluídos) e, preenchido alguns requisitos, seria possível o fornecimento.

Aponta-se os requisitos formulados pelo eminente Ministro Luís Roberto Barroso:

O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sem eficácia e segurança comprovadas, em nenhuma hipótese. Já em relação a medicamentos não registrados na Anvisa, mas com comprovação de eficácia e segurança, o Estado somente pode ser obrigado a fornecê-los na hipótese de irrazoável mora da Agência em apreciar o pedido de registro (prazo superior a 365 dias), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. As ações que demandem fornecimento de

medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União.

Assim, é possível inferir que o Ministro Barroso não admite o fornecimento pelo Estado de remédio em fase experimental, isto é, aqueles cujos padrões de eficácia e segurança ainda não foram cientificamente comprovados.

Por fim, o nobre Ministro Edson Fachin proferiu seu brilhante voto, citando a Constituição Federal, sobretudo os artigos 6º, 196 e 198, II; Tratados Internacionais (Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e Protocolo de São Salvador); Lei do SUS (Lei Federal nº. 8.080/90) entre outros normativos.

Abordou ainda, a questão afeta ao mínimo existencial e a garantia do núcleo essencial que deve sobrepor às teses de carência orçamentária. Além de dispor sobre o controle judicial de atos multidisciplinares de regulação, os quais são perfeitamente legítimos e baseiam-se em critérios técnicos, logo, a atuação do Poder Judiciário deve ser limitada.

O Ministro Fachin diverge em parte dos Ministros Luís R. Barroso e Marco Aurélio, pois apesar de admitir, em casos excepcionais, que o Estado forneça medicamento de alto custo, deve observar alguns critérios, vejamos: **a)** ter feito prévio requerimento administrativo, o qual pode ser substituído por oitiva de ofício do agente público; **b)** que o medicamento seja subscrito por médico da rede pública; **c)** a indicação do medicamento por denominação comum, brasileira ou estrangeira; **d)** justificativa de inexistência ou ineficácia de medicamento ou tratamento na rede pública; **e)** laudo, formulário ou documento prescrito pelo médico que acompanha o paciente onde indique a necessidade do tratamento, seus efeitos e os estudos da medicina baseados em evidência, além das vantagens para o paciente, comparando, se houver, com eventuais fármacos ou tratamentos fornecidos pelo SUS para a mesma moléstia.

Quanto ao fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa, o Ministro Fachin se posiciona no sentido de que o Estado, em regra, não estaria obrigado a fornecê-lo, baseando sua convicção, principalmente, nos ditames regulatórios previstos na Lei do SUS (art. 19-T, incisos I e II, Lei 8.080/90), vejamos a tese do nobre Ministro Edson Fachin: *“No âmbito da política de assistência à saúde, é possível ao Estado prever, como regra geral, a vedação da*

dispensação, do pagamento, do ressarcimento ou do reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa.”

Portanto, apesar do eminente ministro prever a possibilidade de fornecimento de medicamento de alto custo, observado os requisitos expostos no parágrafo anterior, entende que, regra geral, o Estado não está obrigado a dispensação desses remédios se não registrados junto à Anvisa.

Assim, aguardaremos a votação dos demais ministros do STF sobre essa complexa matéria, e que as reflexões por eles trazidas possam estabelecer parâmetros claros e justos sobre essa temática, e que a integralidade da assistência médica e hospitalar, acompanhada da garantia do núcleo essencial, sobreponha aos demais argumentos.

5. O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

O estudo envolve disciplinas pertencentes ao Direito Público, afetas, principalmente, ao Direito Constitucional (Princípios Constitucionais, Direitos Fundamentais, Direitos Sociais, Direito à Saúde e o contemporâneo Direito Sanitário).

A problemática que será abordada consistirá na tentativa de buscar a harmonização entre o *mínimo existencial* e a *reserva do possível*, pois o elevado número de direitos fundamentais previstos na Constituição ocasionou ao Estado a falta de recursos financeiros para efetivá-los, típico de uma Constituição analítica.

O mínimo existencial, que faz lembrar os Direitos e Garantias Fundamentais, está diretamente ligado à justiça social; chamado de direitos positivos ou de segunda geração-dimensão impõe ao Estado a obrigação de garantir uma vida digna ao ser humano, sendo que, segundo a doutrina, o mínimo existencial é o núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana, e a saúde tem especial destaque entre esses direitos consagrados como fundamentais pela Carta Magna.

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988, denominada *Constituição Cidadã* consagrou inúmeros direitos fundamentais prestacionais, a exemplo dos direitos sociais, contidos no artigo 6º. Com isso, o Estado se viu impossibilitado financeiramente a atender todas as garantias e direitos previstos na Carta Política, estando obrigado a justificar o descumprimento com a tese da reserva do possível.

A reserva do possível ou reserva do financeiramente possível, ou ainda, reserva da consistência, foi criada pela doutrina Alemã, e sua origem se deu em virtude dos inúmeros pedidos apresentados por estudantes junto a Corte daquele país, onde pleiteavam com base em dispositivo Fundamental (art. 12, Lei Fundamental Alemã) que previa o direito à livre escolha da profissão, o ingresso em cursos universitários. E, no julgamento, firmou entendimento que, somente poderá ser exigido do Estado, aquela prestação que seja razoavelmente possível.

Portanto, pode-se compreender que a reserva do possível, preconiza que, ainda que exista a previsão constitucional dos direitos fundamentais prestacionais, o Estado estaria obrigado a prestá-los somente até os limites de sua capacidade econômica e financeira, vale dizer, adstrito ao seu orçamento.

Assim, o objetivo geral que se busca com o presente estudo, é a harmonização do mínimo existencial e a reserva do possível. Para tanto, é fundamental que haja a garantia do núcleo essencial, bem como uma maior capacidade econômica e financeira por parte do Estado, e a observância de critérios mais rígidos por parte dos magistrados ao decidirem demandas envolvendo a saúde pública, assim como os advogados, defensores e promotores no sentido de proporem essas pretensões em desfavor dos Entes com maior capacidade econômico/econômica.

5.1 CONSIDERAÇÕES VISANDO A SUPERAÇÃO DO CONFLITO ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

As limitações aos direitos fundamentais podem ser entendidas como toda ação ou omissão do poder público nas três esferas, tendente a afetar direitos fundamentais, seja eliminando, reduzindo ou dificultando seu acesso.

Daí surge à teoria interna e a externa. Em breve síntese, enquanto a teoria interna entende não existir restrições legítimas aos direitos fundamentais, pois eventuais reservas devem ser entendidas como limitações conceituais ou

imanes, vale dizer, inerente ao próprio direito fundamental. A teoria externa permite a previsão de restrição aos direitos fundamentais, a fim de compatibilizar o direito de todos os cidadãos, contudo, tais restrições, sejam provenientes de normas ou atos jurídicos, devem ser submetidas a controle para serem consideradas, efetivamente, legítimas.

Ocorre que, contemporaneamente, prepondera o entendimento que normas infraconstitucionais são aptas a restringir direitos fundamentais. Entretanto, ela não pode reduzir o direito fundamental a ponto de esgotá-lo ou esvaziá-lo completamente, fazendo com que o direito fundamental perca sua mínima eficácia.

Essa eficácia mínima que deve ser preservada é conhecida pela doutrina como princípio da proteção do núcleo essencial, derivada da teoria absoluta que prega que as normas de direitos fundamentais se dividiriam em duas partes, uma suscetível a restrição e outra imune a qualquer intervenção estatal (núcleo essencial). Por outro lado, a teoria relativa admite a flexibilização do núcleo essencial ao ponto de esvaziá-lo em casos extremos.

Entre as principais limitações impostas aos direitos fundamentais, encontra-se a reserva do possível.

A reserva do possível ou financeiramente possível, como dito, é uma criação da Corte Alemã, no ano de 1973, na ocasião do julgamento pelo Tribunal Constitucional da Alemanha de demanda que impugnava a limitação de vagas no curso superior de medicina, onde ficou consignado a limitação ao acesso universal em razão da capacidade orçamentária do Estado. Entendeu a mencionada Corte, não ser razoável nem proporcional exigir do Estado, esforços superiores a sua capacidade orçamentária para atender determinados direitos, pois isso poderia comprometer a concessão de outros direitos fundamentais ou a implementação de políticas públicas.

Nesta perspectiva, tornou-se frequente a apresentação da tese da reserva do possível por parte da Fazenda Pública, buscando assim, se esquivar da efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo, o direito à saúde, previsto nos artigos 6º e 196 a 200, da Constituição Federal.

Em que pese o considerável argumento da reserva do possível, que conflita diretamente com o mínimo existencial, pois de um lado está à limitação de recursos públicos e de outro a garantia do cidadão a uma vida digna, a essência, vale dizer, o núcleo do direito fundamental, deve ser protegido.

Diferente da Constituição Federal de 1988, que não prevê expressamente a proteção do núcleo essencial como nas Constituições Alemã, Portuguesa e Espanhola, nossa Carta Magna resguarda o núcleo essencial implicitamente, conforme cita o ilustre professor Cláudio Chequer.

Assim, a garantia do núcleo essencial busca proteger o mínimo do direito fundamental e, por via de consequência, mitiga a aplicação da reserva do possível a medida que estabelece "conteúdos mínimos" dos direitos sociais que não podem sofrer limitações, nem mesmo sob o argumento de ausência de recursos financeiros.

Portanto, parte da doutrina concluiu que, somente é legítima a utilização do argumento da reserva do possível, visando limitar direitos fundamentais, quando for aplicável a direitos que estão além da dimensão do que se considera "*mínimo vital*".

Neste sentido, a lição do ilustre professor, Vidal Serrano Nunes Junior:

Em conclusão, concatenando-se análise do direito positivo brasileiro aos pressupostos de realidade aos quais é aplicado, temos que a teoria da reserva do possível – em regra, evocada como argumento fazendário para objetar a realização de direitos essenciais à dignidade – é de aplicação excepcional, circunscrita a discussões atinentes à realização de direitos sociais que extrapolem o conceito de mínimo vital e que não estejam incorporadas por normas constitucionais atributivas de direitos públicos a seus destinatários (NUNES JUNIOR, 2009).

É pertinente, ainda, destacar a existência de teorias que não admitem a limitação dos direitos sociais ao argumento da reserva do possível, pois a realidade brasileira se diferencia e muito da alemã, e pelo fato de sempre existir recursos públicos, contudo, inadequadamente distribuídos.

Nesta perspectiva, buscando uma melhor distribuição de recursos públicos e o aumentar a capacidade econômica do Estado, a fim de atender o direito fundamental à saúde, submete-se a discussão acadêmica e política, algumas ideias.

5.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A ADEQUADA DISTRIBUIÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS E OS MÉTODOS PARA AUMENTAR OS RECURSOS DESTINADOS À SAÚDE

Em relação a adequada distribuição dos recursos, uma opção seria a redução de verbas destinadas às atividades não essenciais do Estado, como os recursos gastos com publicidade e propaganda; viagem para cursos de aperfeiçoamento que muito custam e pouco contribuem com a qualificação do servidor; a redução da quantidade de parlamentares e verbas de gabinete nas três esferas. Tais medidas, mesmo sendo impopulares no meio político, contribuiria consideravelmente para a concretização do direito fundamental à saúde, fazendo com que a população de baixa renda, passe a ter uma vida digna e saudável.

É pertinente destacar, que os magistrados tem importante papel na adequada distribuição de recursos da saúde pública, quando estiverem diante de demandas envolvendo a judicialização da saúde. Os juízes devem se valer de mecanismos de cautela ao proferir decisões envolvendo o acesso as ações e serviços de saúde, tanto em relação à análise orçamentária do Ente que figura na polaridade passiva, por meio de perícia contábil, quanto a observância da capacidade financeira daqueles que ingressam com o processo visando ser custeados pelo SUS, seja com medicamentos, exames ou cirurgias, pois neste caso, entendemos que aqueles que podem custear os tratamentos, devem ter mitigados os princípios da universalidade e da integralidade.

Os operadores do direito também têm importante papel no cenário da boa distribuição dos recursos, e na conseqüente harmonização entre mínimo existencial e reserva do possível no âmbito da judicialização da saúde, eis que, os advogados, defensores e promotores devem analisar a real capacidade dos Entes, a fim de decidir qual deles tem maior potencial econômico naquele momento para ser acionado a compor o polo passivo das demandas.

Por fim, apesar de aparentar uma medida radical e para outros até imoral, visando obter novas fontes de recursos para o custeio da saúde pública, submete a reflexão da comunidade científica e política a sugestão de legalização dos chamados “jogos de azar”, como o jogo do bicho, bingos e cassinos, visto que, em nada diferenciam dos bilhetes de loteria, incluindo tais jogos no conceito de concursos prognósticos, de modo que, a quantia arrecadada, seja destinada integralmente para a saúde nas ações e serviços de promoção, proteção e recuperação.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente trabalho consistiu em dispor sobre o fenômeno da judicialização da saúde pública, e o conflito entre o mínimo existencial e a reserva do possível nas decisões envolvendo o direito fundamental à saúde.

Chegou-se a conclusão que o conflito entre esses dois institutos é apenas aparente, tendo em vista que, a reserva do possível é relativizada pelo princípio da proteção do núcleo essencial do direito fundamental a saúde, garantia esta que assegura um conteúdo mínimo dos direitos sociais, incompatível com qualquer limitação, até mesmo aquelas relacionadas à indisponibilidade financeira da Administração Pública, pois visa resguardar o mínimo vital.

Concluiu-se, também, o fenômeno da judicialização é potencializado pela omissão do Executivo em não aplicar as políticas públicas contempladas em seus planos e metas anuais, fazendo com que o cidadão recorra ao Poder Judiciário.

E mais, que no âmbito do Poder Judiciário, os magistrados, por meio de critérios mais rígidos, sobretudo envolvendo a dispensação de medicamentos que não estão na relação do SUS ou registrados na ANVISA, podem contribuir efetivamente com a justa aplicação dos recursos destinados à saúde pública.

Submete-se, ainda, a discussão da comunidade científica e política, a possibilidade de modificação do modo de distribuição dos recursos públicos, a fim de reduzir a destinação para as áreas não essenciais do Estado como publicidade e propaganda e, por via consequência, aumentar o repasse as atividades essenciais, sobretudo para a saúde.

Por fim, são apontadas fontes e métodos para obter recursos e destiná-los a saúde, como a legalização dos chamados “jogos de azar”, buscando assim, atender na integralidade esse direito fundamental consagrado na Carta Magna de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria de Los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra. 1987, p. 215.

AUGUSTO, Conrado. Apostila Políticas de Saúde. Curso Preparatório ICL. Concurso Fundasus. Uberlândia, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. Consultor Jurídico, 22 de dezembro de 2008. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?. Acesso em 15/11/2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.258-301.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Revista Jurídica Unijus, Uberaba, v. 11, n. 15, p. 13-38, Nov. 2008. Disponível em: acesso em: 17 de novembro de 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Câmara dos Deputados, edições Câmara, 2015.

BRASIL. Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, 20 de setembro de 1990.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes e MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra, 1991. p.470.

CHEQUER, Cláudio. O princípio da proteção ao núcleo essencial do Direito Fundamental no Direito Brasileiro (aplicação e delimitação). *Jornal Carta Forense*, 2013. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-da-protecao-ao-nucleo-essencial-do-direito-fundamental-no-direito-brasileiro-aplicacao-e-delimitacao/10163>. Acesso em 04/03/2017.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2014.

ELÓI, André Luiz Vieira, TEIXEIRA; Paulo Enderson de Oliveira. Judicialização Política. *Revista Eletrônica de Direito Público da PUC Minas Serro*, n.º 10, 2014.

KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. Trad.: João Batista Machado. 4.ed. Coimbra: Armênio Amando, 1976. p.11.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009.

ROSSI, Fabiano Leitoginho. *Apostila Curso de capacitação a distancia em Gestão e Direito da Saúde*. SATeducacional, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 312-313. *In*: OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais*. Efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. STJ, STF e os critérios para fornecimento de medicamentos (parte 1). *Revista Consultor Jurídico*, 27 de abril de 2018, 9h33.

SARLET, Ingo Wolfgang. STJ, STF e os critérios para fornecimento de medicamentos (parte 2). Revista **Consultor Jurídico**, 11 de maio de 2018, 9h23.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics. In: _____ (Orgs.). *The global expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

TOCQUEVILLE, Alexis de. De La démocratie en Amérique I. 13. ed. Publication em version numérique par Jean-Marie Tremblay. Chicoutimi, Canada: 2002.

TORRES, Ricardo Lobo, "O Mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais". In: C. P. De Souza Neto e D. Sarmiento. Direitos Sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VALLE, Gustavo Henrique Moreira. Judicialização da saúde. Artigo apresentado à Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes – EJEJF no VI VITALICIAR – Encontro de Vitaliciamento de Magistrados.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Brasileiro, Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 19, n. 2, 2007.

APOSENTADORIA COMPULSÓRIA

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

Resumo: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer um estudo sobre a aposentadoria compulsória.

Palavras-chave: Aposentadoria. Compulsória. Involuntária.

Abstract: This article aims to succinctly make a study on compulsory retirement.

Keywords: Retirement. Compulsory. Involuntary.

Resumen: Este artículo tiene por objetivo de forma sucinta hacer un estudio sobre la jubilación obligatoria.

Palabras clave: Jubilación. Obligatoria. Involuntaria.

Sumário: Introdução. 2. Desenvolvimento. Conclusão. Referências.

Introdução

A aposentadoria compulsória é aquela que deve ocorrer independentemente da vontade da Administração e do servidor público, uma vez que, ao se alcançar a idade determinada, o servidor obrigatoriamente será aposentado. É por isso que popularmente ela ficou conhecida como “aposentadoria expulsória”.

Aposentadoria compulsória é uma imposição legal que obriga o trabalhador a afastar-se do posto de trabalho que até então ocupava. Fatos que levam à aposentadoria compulsória são: idade, doença física ou mental incapacitante, determinação judicial, entre outros.

A obrigatoriedade da aposentadoria também ocorre em religiões organizadas, como a Igreja Católica, na qual padre devem retirar-se aos 70 anos e bispos e arcebispos aos 75 anos.

A aposentadoria compulsória em virtude da idade do trabalhador é criticada por estudiosos que veem na prática sinais de etásmo, ou seja, discriminação por idade.

2 Desenvolvimento

A [Constituição Federal de 1988](#) determina em seu artigo 40, §1º, inciso II, que todos os [funcionários públicos](#) da União, Estados, Municípios e [Distrito Federal](#) devem obrigatoriamente se aposentar ao atingir a idade de 70 (setenta) ou 75 (setenta e cinco) anos. Esta imposição aplica-se às três esferas de poder (Executivo, Legislativo e Judiciário), na forma de Lei Complementar.

A lei complementar 152 de 2015 em seu artigo 2º institui como idade para aposentadoria compulsória 75 anos aos servidores descritos no parágrafo acima.

Não obstante, o art. 100 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescido pela Emenda Constitucional nº 88/2015, determina que até que entre em vigor a lei complementar de que trata o inciso II do § 1º do art. 40 da Constituição, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União aposentar-se-ão, compulsoriamente, aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, nas condições do art. 52 da CF.

A aposentadoria compulsória está disposta, também, no art. 51 da Lei nº 8.213/1991 (Regime Geral da Previdência Social), que trata da limitação do tempo de serviço por idade - 70 anos para o homem e 65 anos para a mulher, cujo requerimento é feito pelo próprio empregador um dia antes de o trabalhador(a) completar a idade limite estabelecida no caput do referido dispositivo.

A Emenda Constitucional 88/2015 versou, na verdade, apenas a respeito do Regime Próprio de Previdência Social dos servidores estatutários, o qual também é aplicável aos magistrados, membros do Ministério Público e ministros do TCU.

De forma mais específica, a mencionada norma produzida pelo poder constituinte derivado de reforma estabeleceu modificação quanto à idade da aposentadoria compulsória dos mencionados agentes públicos.

A aposentadoria compulsória, diversamente das aposentadorias voluntárias (artigo 40, parágrafo 1º, inciso III, da CF), não depende da vontade do servidor, mas os vencimentos são devidos de forma proporcional.

O artigo 40, parágrafo 1º, inciso II, da Constituição da República, com redação dada pela Emenda Constitucional 88/2015, passou a prever que os servidores abrangidos pelo Regime Próprio de Previdência Social em questão serão “aposentados compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 anos, ou aos 75 anos, na forma de lei complementar”.

A aposentadoria compulsória acontece de forma automática, sem a necessidade de solicitar um requerimento especial. É o poder ou órgão do servidor público que irá adotar todas as medidas necessárias para o andamento do processo. Sendo assim, o trabalhador deverá se afastar do trabalho no dia seguinte que atingir 75 anos.

Isso deverá ocorrer independentemente da publicação da aposentadoria. É importante frisar que nenhum dia de contribuição ocorrido após o dia seguinte é válido para o cálculo. Para esses casos, o cálculo é feito com base na média de remunerações de todos os anos de serviço. E não nos salários dos últimos meses de atividade.

Nestes casos, o cálculo é feito com base na média de remunerações de todos os anos de serviço, e não nos salários dos últimos meses de atividade. Por isso, é aconselhável evitar a aposentadoria compulsória. Ao pedir a aposentadoria por conta própria, o segurado pode garantir seus proventos integrais e ter como base a sua última remuneração, geralmente maior do que a de outros anos de serviço.

No Regime Geral de Previdência Social, a aposentadoria por idade pode ser requerida pela empresa, desde que o segurado empregado tenha cumprido o período de carência e completado 70 anos de idade, se do sexo masculino, ou 65 anos, se do sexo feminino, sendo a aposentadoria, nesse caso, compulsória, garantindo-se ao empregado a indenização prevista na legislação trabalhista, considerada como data da rescisão do contrato de trabalho a imediatamente anterior à do início da aposentadoria (artigo 51 da Lei 8.213/1991).

No mencionado Regime previdenciário, portanto, a aposentadoria “compulsória”, nas idades acima especificadas, não é automática, mas decorre de

requerimento da empresa, gerando, especificamente nesse caso, a extinção do contrato de trabalho, sendo devida ao empregado a indenização compensatória de 40% do FGTS, bem como o levantamento dos depósitos da conta vinculada.

Nem todo mundo sabe, mas existem diferentes tipos de situações passíveis e que justificam o pedido da revisão da aposentadoria e o ajuste do valor recebido pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Como pedir a revisão da aposentadoria e ajuste do valor

- Passo 1: Solicitar a cópia do processo do benefício;
- Passo 2: Fazer um agendamento ligando para o atendimento da Previdência pelo número 135 ou no site do próprio Instituto;
- Passo 3: Separar todos os documentos e comprovantes para novo atendimento. Apresente o documento com o número do benefício, carteira de trabalho para comprovar os salários de contribuição, as anotações e as guias de recolhimento previdenciário. Também é necessário ter uma carta com as razões do pedido de revisão;
- Passo 4: Comparecer ao INSS no dia e horário agendado. Caso não consiga ir, é possível nomear um procurador;
- Passo 5: Aguardar cerca de quatro a cinco meses para obter respostas sobre a revisão, que deve ocorrer por meio do advogado;
- Passo 6: O prazo de recurso será aberto, caso o beneficiário discorde da decisão do órgão;
- Passo 7: Se ainda assim o segurado não concordar com a decisão (caso o valor solicitado não tenha sido incluído), poderá recorrer por meio da justiça.

Quando é possível pedir revisão da aposentadoria?

Auxílio-doença

Quando possui a necessidade do auxílio doença, o empregado recebe menos que seu salário base. Por isso, para a revisão, são acrescentadas as percentagens

que o profissional deixou de receber neste tempo. É como se fosse um ressarcimento.

Descontos do Imposto de Renda

É possível recuperar os descontos do valor pago ao IR. Esta solução é para quem tem direito à isenção: pessoas portadoras de doenças graves, por exemplo. Cabível de confirmação por meio de laudos médicos ou participação de perícia no INSS.

Reclamatória trabalhista

O profissional pode ter o benefício ampliado se o vínculo com a empresa for reconhecido pela Justiça após a saída dele e informações sobre valores de salário e contribuição não tiverem sido somados anteriormente.

Trabalho rural

Esta atividade pode ser somada ao benefício quando há comprovação de atividade em família rural. É possível contar a partir dos 12 anos, de acordo com documentos dos responsáveis que deixem claro que, na época, a família não possuía outro tipo de renda.

Servidor público

Este caso é apenas para os profissionais que estavam dentro do regime próprio de previdência. Normalmente feito por meio da administração e se pode solicitar o aumento do período total de contribuição.

Autônomos

Os autônomos podem pedir o reajuste se por determinado período de atividade não contribuíram para o INSS. Há chances de aumentar a renda após a quitação das dívidas com a instituição.

Cálculo equivocado

O INSS fazia os cálculos de aposentadoria considerando todos os salários, o que abria precedentes para que fossem incluídos pequenos salários fazendo com

que o valor diminuísse. Na atualidade, são considerados apenas os rendimentos mais altos. Caso o pedido de revisão seja negado, é necessário entrar na justiça.

Auxílio-acidente

Incluir este auxílio no cálculo tem mais sucesso por meio de advogados porque o INSS não costuma considerar este montante. Existe uma lei que proibiu o recebimento de auxílio-acidente junto à aposentadoria, contanto que o assegurado não tivesse prejuízos.

Reaposentação

Especialmente para quem já tem aposentadoria, mas continua contribuindo. É possível elevar o valor de acordo com as regras impostas.

Jovem aprendiz

Alunos que exerceram atividades deste fim até 1998 podem incluir o tempo no benefício. É necessária comprovação de matrícula na escola.

Insalubridade

As atividades consideradas insalubres possuem outros pesos na contagem dos valores da aposentadoria. Estas funções são as que envolvem riscos para a saúde física e emocional.

Revisão do teto

Se foi concedido entre 1991 e 2003, os valores podem ser revisados por conta da limitação do teto da época. De acordo com as Emendas Constitucionais nº 20/1998 e 41/2003.

Acompanhante

Se o aposentado necessita de apoio de um acompanhante, o valor pode ser revisado. Para isto, é preciso passar por uma nova avaliação médico-pericial do INSS.

O STF decidiu que os servidores ocupantes de cargo exclusivamente em comissão não se submetem à regra da aposentadoria compulsória prevista no art. 40, § 1º, II, da CF, a qual atinge apenas os ocupantes de cargo de provimento efetivo, inexistindo, também, qualquer idade limite para fins de nomeação a cargo em comissão.

Ressalvados impedimentos de ordem infraconstitucional, não há óbice constitucional a que o servidor efetivo, aposentado compulsoriamente, permaneça no cargo comissionado que já desempenhava ou a que seja nomeado para cargo de livre nomeação e exoneração, uma vez que não se trata de continuidade ou criação de vínculo efetivo com a Administração. (STF. Plenário. RE 786540/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 15/12/2016 – repercussão geral)

Isto porque o art. 40, caput, é expresso ao afirmar que ele se aplica tão somente aos servidores efetivos. Veja:

Art. 40. Aos servidores efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações (...)

Repare que a atual redação do art. 40 não fala “aos servidores da União, dos Estados...”. Ela é explícita ao restringir sua hipótese de incidência: “aos servidores efetivos”.

A aposentadoria compulsória está prevista no § 1º do art. 40. Como se sabe, os parágrafos estão relacionados e devem ser interpretados em conjunto com o caput. Logo, a regra do § 1º, por não trazer qualquer exceção, significa que vale para as situações trazidas no caput (servidores efetivos).

Além disso, o § 1º também é expresso ao fazer remissão ao art. 40 (que trata sobre servidores efetivos):

1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

(...)

II – compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma da lei complementar;

O § 13, por sua vez, trata sobre os cargos em comissão. Neste dispositivo, o legislador constituinte deixou claro que se aplica aos servidores ocupantes de cargo em comissão o regime geral de previdência social, administrado pelo INSS (e não o regime próprio dos servidores efetivos):

Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social.

No RGPS não existe aposentadoria compulsória. A aposentadoria compulsória é um instituto que só está presente no RPPS, sendo voltada para servidores efetivos.

Assim, se não há aposentadoria compulsória para cargos exclusivamente em comissão, significa dizer que também não há idade limite para o ingresso em cargo comissionado.

Os motivos que justificam a não incidência do art. 40, § 1º, II, da CF/88 servem como argumentos para não se proibir que o maior de 75 anos seja nomeado para o exercício de cargo em comissão na Administração Pública.

A aposentadoria compulsória, como o próprio termo diz, é aquela em que o servidor ou empregado será passado para a inatividade no que diz respeito às atribuições do cargo, independentemente da sua vontade, a partir do momento de cumprimento das regras previstas no ordenamento jurídico para esse fim.

Tais fatores podem ser a idade limite, incapacidade física ou mental, ou por intermédio de intervenção judicial.

Em contrapartida, a aposentadoria voluntária é aquela na qual o servidor ou empregado poderá se desligar do cargo ocupado, conforme a sua vontade. No entanto, desde que também sejam respeitados os requisitos mínimos previstos em lei

O regramento constitucional aduz que, para se aposentar voluntariamente, o servidor terá que cumprir no mínimo 10 anos de efetiva atividade no serviço público e 5 anos no cargo efetivo no qual se aposentará. Além desses fatores, é necessário ter 60 anos de idade e 35 anos de contribuição, se for homem, e 55 anos de idade e 30 anos de contribuição, se for mulher.

Ademais, poderá se aposentar com proventos proporcionais ao tempo de contribuição se tiver 65 anos de idade e for homem, e 60 anos de idade, mulher.

É importante salientar que, no caso de professor(a) que comprove exclusivo exercício nas funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, há uma redução de 5 anos nos requisitos de idade e tempo de contribuição.

A aposentadoria integral é aquela em que o segurado aposentado tem como renda mensal inicial do benefício um valor sem descontos ou redutores. Em outras palavras, ele recebe exatamente pela média das suas maiores contribuições.

Para todas as aposentadorias a renda mensal é calculada de acordo com a média das contribuições do segurado. Muitos ainda pensam que o valor do benefício será o seu salário atual ou de acordo com os 36 últimos pagamentos, mas não é assim que acontece.

A aposentadoria nunca foi baseada de acordo com o salário da pessoa, mas sim com sua contribuição ao INSS. Além disso, a regra das 36 últimas contribuições foi extinta há muitos anos, e não se enquadra nos benefícios concedidos hoje em dia.

Por isso, é importante saber como funciona o cálculo atual das aposentadorias para que você consiga fazer um bom planejamento e receber o valor integral. Apesar de o segurado poder continuar a trabalhar após o aposento, muitas vezes esse não é o propósito de quem busca esse benefício.

Assim, contar com uma aposentadoria capaz de suprir as suas despesas é mais vantajoso. Mas para conseguir isso é necessário se preparar desde cedo e adequar os valores das contribuições.

Para saber como funciona a aposentadoria integral é necessário aprender a calcular o salário de benefício. Ele serve como a base de cálculo de todas as aposentadorias do INSS.

A lei que define como é feito o cálculo das aposentadorias e do salário de benefício é a Lei n.º 8.213 de 1991, com as alterações dadas pela Lei n.º 9.876 de 1999. Existem duas regras distintas para calcular o salário de benefício: a que é aplicada para os segurados que começaram a contribuir antes de 29/11/1999, data da publicação da lei, e aquela para aqueles que começaram as suas contribuições após essa data.

A primeira regra diz que o salário de benefício é a média simples dos maiores salários de contribuição do segurado, retirando os 20% menores. Ou seja, se o segurado tem 250 contribuições, será feita a média de acordo com as 200 maiores contribuições (80% de 250).

Já a segunda regra fala que o salário de benefício é a média dos maiores salários de contribuição, retirando os 20% menores, contando-se desde julho de 1994.

Nesse segundo caso, para se fazer a média, o divisor mínimo será de 60% do período de meses desde julho de 1994 até o momento da aposentadoria. Por exemplo: se o segurado pediu sua aposentadoria em janeiro de 2018, o número total de meses entre as datas é de 282.

O seu divisor mínimo será de 170 (60% de 282 = 169,2). As 80% maiores contribuições correspondem a 226 (80% de 282 = 225,6). Assim, a média será calculada normalmente, ou seja, suas maiores contribuições serão divididas por 226.

Porém, caso o segurado tenha apenas 100 contribuições após julho de 1994, para fazer o cálculo do salário de benefício suas contribuições seriam divididas por 170, o divisor mínimo.

Por existirem várias regras diferentes é imprescindível contar com a ajuda de um advogado especialista na área previdenciária. Esse profissional é capaz de fazer uma simulação de cálculos para saber o valor do salário de benefício

corretamente, e, inclusive, de recorrer caso seja cometido algum erro por parte do INSS.

Sabendo o salário de benefício é importante saber como cada aposentadoria o aplica em seus cálculos, pois dependendo da modalidade de aposentadoria o valor da renda mensal será diferente.

Como dito, cada modalidade de aposentadoria possui um cálculo diferente utilizando o salário de benefício como uma base. A seguir, apresentamos as mais comuns.

APOSENTADORIA POR IDADE

Essa aposentadoria é concedida, basicamente, para os trabalhadores homens que completarem 65 anos de idade e para as mulheres com 60 anos. Também há uma carência de 180 meses.

Para a aposentadoria por idade a regra é que a renda mensal inicial (RMI) será de 70% do salário de benefício, sendo somado mais 1% para cada ano de contribuição que o segurado tiver, chegando até o limite de 100%.

Ou seja, se o segurado tiver 25 anos de contribuição, o valor da sua RMI será de 95% do salário de benefício (70% mais 25%).

Dessa forma, para conseguir uma aposentadoria integral o segurado deve ter, pelo menos, 30 anos de contribuição ao se aposentar. Assim ele chegará a 100% do salário de contribuição.

APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

Esse benefício é concedido para o segurado homem que completar 35 anos de contribuição ou para a segurada com 30 anos de contribuição. Também há a exigência da carência de 180 meses.

O valor da RMI da aposentadoria por tempo de contribuição é o salário de benefício multiplicado pelo fator previdenciário. Esse fator é uma fórmula matemática que considera a expectativa de sobrevida do segurado, o tempo de contribuição e a idade no momento da aposentadoria. Quanto menores são esses

valores, menor será o fator previdenciário, o que diminui a renda da aposentadoria.

Para conseguir a aposentadoria integral nesse benefício é preciso que o fator previdenciário seja pelo menos 1, o que não reduz o salário de benefício.

Essa conta é mais complicada do que na aposentadoria por idade, pois existem mais fatores envolvidos. Aqui, o ideal é utilizar uma calculadora online, como a da JFRS, para obter o valor do fator previdenciário.

É importante também contar com a ajuda de um advogado, para simular em que época o fator chegará a 1, evitando a aposentadoria precoce ou o pagamento de mais contribuições do que o necessário.

Vale ressaltar que, quando maior que 1, o fator previdenciário pode aumentar o valor da aposentadoria, deixando o salário de benefício maior do que 100%.

APOSENTADORIA ESPECIAL

A aposentadoria especial é devida para os segurados que comprovarem tempo de contribuição em atividades prejudiciais à saúde ou integridade física, de acordo com a lei.

Ela será concedida após 15, 20 ou 25 anos de contribuição nessas atividades, dependendo dos agentes nocivos e da profissão.

Nesse caso, a renda mensal inicial é sempre de 100% do salário de benefício, ou seja, mesmo sendo uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, não há aplicação do fator previdenciário e o segurado recebe a aposentadoria integral.

Porém, é necessário ter todos os documentos específicos para configurar o tempo especial, como laudos ambientais e o perfil profissiográfico previdenciário.

Ao saber como funciona cada benefício é possível se planejar com mais facilidade para receber a aposentadoria integral.

A doutrina do Direito (área do conhecimento preocupada exclusivamente em tratar das discussões sobre o direito em si, ao invés de avaliar situações práticas) mantém uma discussão constante sobre a validade e a regularidade da aposentadoria compulsória.

Discute-se se é coerente julgar, principalmente através da idade, a capacidade de uma pessoa de realizar seu trabalho, especialmente considerando as rápidas mudanças nas condições de vida e nos instrumentos que surgem para seu auxílio. Outro ponto constantemente levantado é o chamado etatismo, que consiste em prejudicar e assumir generalidades sobre alguém baseando-se em sua idade.

Conclusão

A Lei Complementar 152/15, que dispõe sobre a idade máxima para permanência no serviço público, firmou a idade de 75 anos para a aposentadoria compulsória, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

No caso da aposentadoria compulsória, diferente das outras formas de aposentadoria, não é requerida pelo trabalhador. Ela ocorre quando o trabalhador atinge uma certa idade e o INSS começa o processo de aposentadoria mesmo sem a solicitação do trabalhador. No caso do trabalhador regido pela CLT a idade é de 70 anos. E no caso de servidor público é de 75 anos.

Uma das grandes diferenças e desvantagens da aposentadoria compulsória é que, quando se aposenta dessa forma, não é aplicada nenhuma regra de transição. O salário a ser calculado da aposentadoria compulsória é a média de todos os salários do período de trabalho da pessoa. Portanto acaba que o salário que irá receber como aposentado é menor que o último salário que essa pessoa veio a receber.

Por isso o ideal é o trabalhador evitar que a aposentadoria compulsória ocorra. O ideal é quando estiver chegando na idade que ocorre a aposentadoria compulsória o trabalhador entre em contato com o INSS e solicite a aposentadoria por idade ou por tempo de contribuição. Essas formas de aposentadoria acabam por ser mais vantajosas para o trabalhador.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, 5 out. 1988, Seção 1, p.1. Disponível no site <http://www.planalto.gov.br> em: [29.12.2018](#).

BRASIL. Lei Complementar nº 152, de 3 de dezembro de 2015. Dispõe sobre os aposentadoria compulsória. **Diário Oficial da União**, 4 dez. 2016, disponível no site <http://www.planalto.gov.br>

BRASIL. **Instrução normativa inss/pres nº 77**, de 21 de janeiro de 2015. Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da previdência social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição. Disponível em: <http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm#capV>. Acesso em: 29 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Repercussão Geral** – RE 786540 RG – Relator: Dias Toffoli – Data da Publicação: DJ 17/11/2014. Disponível em: <https://ww2.stf.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em: 29.dez. 2018.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 17ª ed. Forense Rio de Janeiro: 2015.

AGOSTINHO, Theodoro Vicente. **Manual Prático das Aposentadorias do Servidor Público**. 2. ed. Curitiba: LTr80, 2016.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. 8. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 14. ed. Niterói: Impetus, 2009.

LOPES JÚNIOR, Nilson Martins. **Legislação de direito previdenciário**. 7. ed. São Paulo: Ridel, 2012.

_____, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 32. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012.

SAVARIS, José Antonio. **Direito processual previdenciário**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

DIAGNÓSTICO DA PESQUISA EM DIREITO NO BRASIL: UMA ANÁLISE PELA PERSPECTIVA EDUCACIONAL

LUIZA ALVES CHAVES: Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense.

MYLENA DEVEZAS SOUZA^[1]
(coautora)

RESUMO: A situação da pesquisa e, conseqüentemente, do ensino em Direito no Brasil é complexa e exige constante discussão e atualização. São inúmeros os fatores que fazem com que, embora quantitativamente ela esteja no mesmo patamar das mais diversas disciplinas das ciências humanas, no que tange a avaliação qualitativa sua posição seja muito inferiorizada. O presente artigo pretende tecer uma breve análise sobre os principais fatores para essa dificuldade de progressão, quais sejam: a dificuldade de interrelação entre os cientistas jurídicos e os demais cientistas humanos e a falta de divisão entre teoria e prática na pesquisa e no ensino jurídico. Para tanto far-se-á uma pesquisa bibliográfica dos mais diversos autores que tratam do tema, buscando traçar um diagnóstico da evolução da pesquisa em Direito no Brasil e relacionando o ensino jurídico como força motriz para o já verificado atraso.

Palavras-chave: pesquisa jurídica, interdisciplinaridade, ensino jurídico

SUMÁRIO: 1. Introdução, 2. O ensino jurídico no Brasil, 2.1 Breve histórico do ensino jurídico no Brasil, 2.2. Caminhar do estudo e pesquisa em Direito no Brasil, 3. Conclusão, 4. Referência

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo analisar algumas características elementares da pesquisa em Direito no Brasil, de como vem sendo seu desenvolvimento ao longo da história nacional e quais são as características que

impedem seu pleno desenvolvimento. O recorte para melhor aprofundamento da pesquisa se dará na forma pela qual foi se desenvolvendo o ensino jurídico no Brasil, desde da implementação dos primeiros cursos de ensino superior em Direito até as características de formação de professores na atualidade.

Serão elencadas as principais características responsáveis pela dificuldade no crescimento qualitativo na pesquisa jurídica brasileira e analisadas as consequências diretas de cada uma delas.

Este estudo contará com uma análise bibliográfica dos principais textos acerca do tema buscando com isso demonstrar a configuração da pesquisa atual no Brasil e averiguando o papel retroalimentar do ensino jurídico nesse cenário.

2. O ensino jurídico no Brasil

O número de faculdade de Direito no Brasil ultrapassa os EUA, a China e toda a Europa somados. Em 2010 eram cerca de 1.240 cursos, enquanto a totalidade dos países mencionados girava em torno de 1.100 cursos. Apenas em 2015, 105.317 pessoas formaram-se em direito em cursos presenciais no Brasil, segundo o Censo de Educação Superior.^[2]

Contudo, no país com maior número de cursos de Bacharelado em Direito no mundo, pode-se afirmar que a pesquisa em Direito ainda não atingiu o grau de excelência internacional, como bem aconteceu em outras áreas das ciências humanas. Assim elenca Nobre:

(...) a pesquisa brasileira em ciências humanas atingiu patamares comparáveis aos internacionais em muitas das suas disciplinas, graças à bem-sucedida implantação de um sistema de pósgraduação no país; no geral, a pesquisa em direito não atingiu tais patamares, embora tenha, em boa medida, acompanhado o crescimento quantitativo das demais disciplinas de ciências humanas.^[3]

Pesquisa e ensino caminhando juntos, sendo um reflexo direto do desenvolvimento do outro, portanto, do mesmo modo que se enxerga a dificuldade dessa construção de uma pesquisa em Direito solidificada no país, se tem a dificuldade de implementação de um robusto modelo educacional jurídico.

Assim, de forma enfática Unger traz que:

O problema do ensino de direito no Brasil é um caso extremo. Como está, não presta. Não presta nem para ensinar os estudantes a exercer o direito, em qualquer de suas vertentes profissionais, nem para formar pessoas que possam melhorar o nível da discussão dos nossos problemas, das nossas instituições e das nossas políticas públicas. Representa um desperdício, maciço e duradouro, de muitos dos nossos melhores talentos. E frustra os que, como alunos ou professores, participem nele: quanto mais sérios, mais frustrados.^[4]

Alguns fatores podem ser considerados para a explicação desse fato, como por exemplo: a falta de investimento em pesquisa na área^[5], as características específicas da formação de conhecimento no campo e a confusão entre a prática e a teoria em Direito.

Sem ter como objetivo criar uma hierarquização entre os pontos que geraram tal atraso, mas entendendo que o tema é demasiado complexo e que é necessário fazer um recorte para que haja mais aprofundamento nos argumentos trabalhados, optou-se, nesse artigo, pela análise da questão do ensino jurídico no Brasil. Desse modo, serão elencadas suas particularidades e averiguados os possíveis entraves ao desenvolvimento pleno de um corpo de excelência em pesquisa através da análise do próprio modelo de ensino.

2.1 Breve histórico do ensino jurídico no Brasil

O primeiro curso de ensino superior em ciências humanas no Brasil foi o Direito, tendo sido o ensino jurídico iniciado no país em 1827, nas Escolas de São Paulo e Olinda. Até então a formação dos Bacharéis em Direito que atuavam no Brasil acontecia na Europa, principalmente, em Portugal, na Universidade de Coimbra.

A esse respeito cabe trazer a elucidação de Silva sobre essa trajetória:

Ao elaborar-se a Constituição, em 1823, foi aprovada uma resolução de autoria de José Feliciano Fernandes Pinheiro (Visconde de São Leopoldo) no sentido de que a criação de uma universidade no Brasil deveria ser precedida pela fundação de, pelo menos, dois cursos jurídicos, a fim de sanar as dificuldades oriundas da falta de bacharéis para ocuparem os lugares onde houvesse maior carência de juizes e advogados. Ter-se-ia convertido em lei, não fora a dissolução da Assembléia Constituinte, que só durou seis meses, por D. Pedro 1.

Dois anos após a dissolução da Constituinte, criou-se, a título provisório, um curso jurídico no Rio de Janeiro, mas o alvará de permissão não chegou a ser cumprido. Ficaram, entretanto, os "Estatutos", muito bem elaborados, para este curso, que não funcionou, por Luis José de Carvalho e Melo (Visconde de Cachoeira).

A idéia lançada por Fernandes Pinheiro, na Constituinte de 23, não morreu. E o seu realizador foi o próprio autor da idéia, pois quatro anos mais tarde, quando ministro do Império, é que Fernandes Pinheiro convence o Imperador a assinar a Carta de lei de 11 de Agosto de 1827.^[6]

A criação dos cursos de Direito sucedeu os cursos das áreas tecnológicas e biomédicas e, bem como esses, tinha intuito de preencher o mercado escasso de mão de obra qualificada no Brasil. Como bem levantado por Martins:

As primeiras escolas de ensino superior foram fundadas no Brasil em 1808 com a chegada da família real portuguesa ao país. Neste ano, foram criadas as escolas de Cirurgia e Anatomia em Salvador (hoje Faculdade de Medicina da Universidade Federal da Bahia), a de Anatomia e Cirurgia, no Rio de Janeiro (atual Faculdade de Medicina da UFRJ) e a Academia da Guarda Marinha, também no Rio. Dois anos após, foi fundada a Academia Real Militar (atual Escola Nacional de Engenharia da UFRJ). Seguiram-se o curso de

Agricultura em 1814 e a Real Academia de Pintura e Escultura¹. Até a proclamação da república em 1889, o ensino superior desenvolveu-se muito lentamente, seguia o modelo de formação dos profissionais liberais em faculdades isoladas, e visava assegurar um diploma profissional com direito a ocupar postos privilegiados em um mercado de trabalho restrito além de garantir prestígio social.^[7]

Esses fatos trazem em si profunda relevância, por demonstrarem como desde a origem dos cursos de formação de Direito, no Brasil, houve uma espécie de confusão entre a construção de um pensamento teórico que se propusesse a se fazer refletir acerca do Direito e de seus entroncamentos com a sociedade e a formação de profissionais para atuação na prática jurídica.

Para Nobre, até mesmo, a antiguidade da formação em Direito face às demais formações em ciências humanas pode ser entendida como uma barreira que gerou o distanciamento do Direito dos demais campos do saber social e tornou-se um abismo a construção teórica-jurídica e a pesquisa em Direito no Brasil.

Em suas palavras:

Acredito que o isolamento do direito em relação a outras disciplinas das ciências humanas nos últimos trinta anos se deve a dois elementos principais. Em primeiro lugar, à primazia do que poderíamos chamar de “princípio da antigüidade”, já que no Brasil o direito é a disciplina universitária mais antiga, bem como a mais diretamente identificada com o exercício do poder político, em particular no século XIX. Desse modo, na década de 1930 o direito não apenas não se encontrava na posição de quase absoluta novidade, como as demais disciplinas de ciências humanas, mas também parecia se arrogar dentre estas a posição de “ciência rainha”, em geral voltando-se aos demais ramos de conhecimento somente na medida em que importavam para o exame jurídico dos temas em debate. Em segundo lugar,

considero importante destacar que o modelo de universidade implantado no bojo do projeto nacional-desenvolvimentista, cujo marco se convencionou situar em 1930, tinha características marcadamente “antibacharelescas”^[8]

Outra característica que foi fundamental para a construção de um sistema de ensino jurídico frágil e sem perspectiva em relação à pesquisa foi a falta de requisitos formais para contratação de professores de Direito. Acabou se formando um sistema com baixo nivelamento pedagógico onde eram contratados os profissionais que tinham mais respaldo e renome na prática jurídica. Por óbvio isso fomentou ainda mais a orientação operacional prática da formação do bacharel em Direito.

De certa forma esse processo se mantém. Isso porque, embora haja uma estipulação de requisitos formais mais robustos para a contratação de um professor universitário, com a implementação da exigência de titulação para docência em educação superior, trazida pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LBN); a fragilidade da formação de pesquisadores faz com que a qualidade do ensino continue prejudicada.

No Brasil, segundo dados de 2004, há cerca de 52 programas de Pós-Graduação em Direito na área das Ciências Sociais Aplicadas (sem contar com programas interdisciplinares que abrangem a disciplina, como é o caso do PPGSD/UFF), constituindo a segunda maior subárea dentro da área abordada. Contudo, através da análise dos dados é possível ver que embora os números apresentem um avanço quantitativo o crescimento qualitativo não o acompanha.

Através de olhares mais aprofundados é perceptível que um número pequeno de cursos concentra quantidades de aluno que ultrapassam e muito os limites estipulados pelos padrões de qualidade da CAPES. Desse modo, trazem VERONESE e FRAGALLE FILHO:

É, sem dúvida, no mínimo preocupante que tão-somente oito programas, que representam pouco mais de 15% da totalidade do universo da pós-graduação em Direito, respondam por 56%, ou seja, mais da metade dos 5.576 alunos que ela possui. E o que falar dos números

apresentados pelo maior programa, cuja população discente representa mais de um quinto de sua totalidade, com uma relação discente-docente que permite assumir a existência de uma sobrecarga de trabalho para o corpo docente, com patamares de difícil (senão impossível) gerenciamento. Tudo isso aponta para um forte crescimento do ensino privado, com uma intensa concentração da pós-graduação em alguns poucos programas e uma pulverização do quadro remanescente em programas muito jovens. Se levarmos, ainda, em conta que essa expansão representa a abertura de um amplo mercado docente, ver-se-á que a expansão pode até ter trazido qualidade, mas trouxe, sem qualquer dúvida e acima de tudo, uma gama de problemas ainda mais amplos. [9]

Como salientam Monebhurrin e Varella:

(...) o Ministério da Educação fixa um número mínimo de doutores para cada curso de graduação. Para atender a demanda, multiplicam-se os cursos de doutorado, além de trazerem status para as instituições, como uma vitrine de qualidade para a instituição. Logo, consegue-se melhorar os cursos de graduação. O aumento numérico pode ser muito positivo, desde que com qualidade. Com essa exigência, houve – e está havendo – uma produção quase industrial de doutores, e não a formação deles. Muitas universidades podem ter uma tendência de entrar nesse processo industrial na ausência de uma intervenção do Estado ou de uma autorreflexão. Há, assim, uma busca de títulos com uma relegação ou uma regressão da qualidade, o que cria o Professor e o Pesquisador sem vocação.[10]

Percebe-se então que o próprio processo de instituição do ensino jurídico no Brasil acabou propiciando duas das características fundamentais para a dificuldade do alavanque da pesquisa em Direito no Brasil: a constante dificuldade em se estabelecer limites entre a teoria e a prática e o distanciamento existente

entre a ciência jurídica e as demais áreas das ciências humanas, que tem conseguindo atingir níveis de excelência internacional.

Como trouxe Silva:

Esse isolamento do conhecimento jurídico, aliado à metodologia meramente de transmissão do conhecimento, revelou uma constância “industrial” também por ordem científica. Como na “fábrica” de montagem dos antigos “Ford T”, essa seria a “standartização” da formação dos “bacharéis”, cuja atuação prática como futuros lentes, aplicadores e legisladores do Direito, teria como substrato a reprodução contínua do modelo liberal em ênfase na sociedade.^[11]

2.2. Caminhar do estudo e pesquisa em Direito no Brasil

Ao longo do desenvolvimento da pesquisa em ciências humanas no país, a interdisciplinariedade foi uma das características marcantes e que com certeza contribuiu para seu crescimento e aperfeiçoamento.

O distanciamento entre o Direito e essas demais áreas do saber acabou sendo propiciado por ambos os lados e, como já vimos, dificultou e muito a pesquisa científica no campo jurídico, impossibilitando que essa se beneficiasse dos inúmeros avanços feitos nas pesquisas humanísticas, principalmente, nos últimos cinquenta anos no Brasil.^[12]

Por um lado, os próprios juristas e cientistas jurídicos, não buscavam se integrar as pesquisas na demais ciências sociais, fazendo somente elucidações rasas que fossem indispensáveis para a questão dogmática jurídica.

Nesse sentido, segundo Nobre, a disciplina do Direito:

(..) parecia se arrogar dentre estas a posição de “ciência rainha”, em geral voltando-se aos demais ramos de conhecimento somente na medida em que importavam para o exame jurídico dos temas em debate. ^[13]

Enquanto que por outro lado cientistas das áreas sociais tinham dificuldade de adentrar ao universo jurídico pela falta de rigor científico e pela confusão entre a prática e teoria, que acabava se revelando em um constante entrelaçamento entre a política e a moral. Além, é claro, de um certo temor e resistência que se construiu por parte desses cientistas acerca da possível contaminação por esse bacharelismo universitário.

A partir da década de 90, o interesse deles pelas questões jurídicas, no Brasil, se intensificou. Segundo entendimento de Nobre, isso se deu basicamente por dois motivos: a consolidação do sistema universitário de pesquisa e os efeitos sociais da Constituição de 1988. Em suas palavras:

Para além de um crescente interesse mundial pelo Direito, creio que dois dos importantes elementos dessa mudança de postura no Brasil estão na consolidação mesma do sistema universitário de pesquisa (que, portanto, não tem mais motivo para temer a “contaminação” pelo bacharelismo) e nos profundos efeitos sociais da Constituição Federal de 1988 (cuja efetivação resultou em acentuada “juridificação” das relações sociais — sem discutir aqui mais amplamente esse conceito —, além de a Carta ter se tornado ela mesma referência central no debate político)[14]

Contudo, isso não significou uma mudança total no cenário e a aproximação entre os estudiosos do Direito e das ciências humanas.

A visão dos teóricos em Direito ainda continuou representando, como acima trabalhado, um certo distanciamento entre a sua construção de saber e a das ciências humanas, como se o desenvolvimento de conhecimento jurídico não fosse construído no campo social e sim como um mecanismo a parte dele.

Na outra margem, os estudiosos das ciências humanas se esquivam da falta de rigor das pesquisas jurídicas, a vendo como um entrave na construção de uma política de pesquisa verdadeiramente integrada e interdisciplinar.

Ainda hoje, é comum o desenvolvimento de trabalhos científicos em Direito que muito se assemelham a petições, onde os pressupostos são levantados antes da construção de uma pesquisa sólida, ou seja, a uma percepção de uma não metodologia ou de uma metodologia maquiavélica, onde a célebre frase: “os fins justificam os meios” é revisitada.

Nas palavras de Nobre:

O advogado (ou o estagiário ou estudante de direito) faz uma sistematização da doutrina, jurisprudência e legislação existentes e seleciona, segundo a estratégia advocatícia definida, os argumentos que possam ser mais úteis à construção da tese jurídica (ou à elaboração de um contrato complexo) para uma possível solução do caso (ou para tornar efetiva e o mais segura possível a realização de um negócio).[15]

São construídos argumentos que se encaixem as pesquisas e as fundamentem, numa lógica inversa a de uma pesquisa bem elaborada onde busca-se de fato respostas para as perguntas e não perguntas para respostas já previamente instituídas.

A publicação de sentenças judiciais como artigos científicos em revistas de renome é uma realidade comum no cenário jurídico. Por óbvio, essa condição já representa a dificuldade de se fazer uma distinção entre o mundo teórico e o prático do Direito.

Essa característica que se torna ainda mais complexa quando se avalia a influência política que muitos juristas têm (juízes e membros do Ministério Público, por exemplo), tendo seus trabalhos considerados como verdades absolutas, ainda que esses não representem mais do que meras opiniões sem qualquer rigor científico-metodológico.

Soma-se a isso a formação cultural e social brasileira que tem como ápice profissional o “sonhado” emprego público e que, portanto, baseia sua visão acerca de uma boa formação em critérios que o tornem capazes de atingir tais objetivos; acaba-se deparando com o cenário educacional atual.

Essa condição se perpetua no desenvolvimento do ensino jurídico. A elaboração de um desenvolvimento teórico forte e consolidado é deixado de lado, em face da clara prevalência de um ensino focado na prática profissional de mercado.

Como bem salienta Rodrigues:

O formalismo permanece nas formulações teóricas, a despeito das distinções feitas acima. A que deve este fenômeno? Minha hipótese aqui é a seguinte: no Brasil, diante da confusão entre pesquisadores de Direito e operadores do Direito e da prevalência da lógica do parecer como padrão do trabalho acadêmico, a pesquisa em Direito tende a sofrer de maneira mais aguda as pressões da prática profissional. Como as atividades de pesquisador e operador do Direito confundem-se, muitas vezes, nas mesmas pessoas, abrir mão do formalismo para os pesquisadores torna-se mais difícil.^[16]

A utilização de manuais que compilam informações sobre legislação, poucas discussões doutrinárias e uma quantidade excessiva de posicionamentos jurisprudenciais é comum nos cursos de graduação em Direito.

Conforme bem mencionado por Unger, a aula em uma faculdade de Direito:

Não é nem teoria nem prática. Comumente, é apenas a repetição de fórmulas doutrinárias de pouca ou nenhuma utilidade: as três maneiras de interpretar a norma tal, as duas escolas de pensamento sobre o instituto jurídico qual e assim por diante, numa procissão infindável de preciosismos que não podem ser lembrados (apenas efemeramente decorados) porque não podem ser, em qualquer sentido, praticados. Nem sequer praticados como maneira de analisar.^[17]

Desse modo, cada vez mais cursos focam sua grade e ementa em formações de profissionais reprodutores de teoria (desenvolvida por operadores do Direito e não pesquisadores) e não pensadores do Direito.

Essas características são reforçadas pela supramencionada falha na formação dos próprios professores-pesquisadores.

Segundo pesquisa realizada por Monebhurrún e Varella, cerca de trinta por cento das teses em Direito elaboradas no Brasil são trabalhos ruins, não são compatíveis como uma análise requerida para um trabalho de doutorado[18]. Nas palavras dos autores:

Trata-se de uma minoria, mas que pode multiplicar-se quando estes novos doutores tornarem-se professores de programas de mestrado e doutorado e entenderem que o padrão de qualidade é aquela da sua própria tese.[19]

Entra-se desse modo em um ciclo vicioso, onde o ensino dificulta a formação de pesquisadores qualificados e a baixa qualidade dos pesquisadores e futuros professores formados torna mais complexo o desenvolvimento de um modelo educacional que alavanque a pesquisa em Direito.

3. Conclusão

Após o levantamento realizado e a apresentação do diagnóstico feito torna-se clara a necessidade de se constituir um modelo de pesquisa diferente do que vem sendo realizado até então na área.

A ciência jurídica possui como mencionado ao longo de todo trabalho inúmeros entraves ao alavanque dessa produção, contudo, entende-se que o maior deles é o abismo que se formou entre o cientista jurídico e os demais cientistas humanos, fazendo com que ambos os lados percam qualitativamente.

Como ilustrado por Fragalle Filho e Veronese:

É por isso, aliás, que o imaginário da pesquisa em Direito ainda remete à idéia do doutrinador “perdido” em sua biblioteca, imerso em um mar de livros, a construir uma

opinião abalizada sobre os fatos e a norma. Principalmente, porque a identidade da doutrina está assentada em um duplo fator: a primazia da dogmática (ainda que incorporando um certo fascínio pelas outras contribuições possíveis da Economia, da História, da Estatística, da Antropologia e, sobretudo, da Sociologia ao discurso jurídico) e o “magistério” dos professores (expresso em manuais e decantados pelo prestígio universitário) (Jestaz e Jamin, 2004, p. 139-67). Sem dúvida, esse imaginário e uma série de dificuldades –inconveniência e falta de controle sobre o trabalho de campo, tédio e incerteza quanto aos resultados, obstáculos ideológicos, altos custos necessários, instabilidade profissional, falta de tempo de dedicação e ausência de treinamento – contribuíram para afastar a lógica coletiva e o trabalho empírico da pesquisa jurídica (Schuck, 1999).[\[20\]](#)

A posição social do jurista muitas vezes é vista de modo leigo como privilegiada. Em uma sociedade onde o Judiciário é supervalorizado e seus membros são considerados “super-heróis” é difícil desenvolver um ambiente paritário de pesquisa, onde seja composta uma metodologia bem elaborada que dê abertura para a formulação de perguntas complexas e observação das mais variadas respostas.

Para que seja possível um verdadeiro desenvolvimento da pesquisa em Direito no Brasil e, com certeza, uma evolução no ensino jurídico é fundamental que os juristas compreendam a necessidade de se envolver e de fato mergulhar nas mais diversas áreas das ciências humanas. Sendo capaz de dialogar além da dogmática jurídica e perceber as mais diversas conotações sociais que não só permeiam e envolvem mais entrelaçam as questões jurídicas mais complexas.

É impossível se falar em ciência jurídica sem que se conheça a perspectiva social, portanto, o primeiro passo para o aprimoramento da pesquisa é criar mecanismos para que os próprios cientistas jurídicos deixem suas amarras e posições políticas e comecem a se portar como verdadeiros pesquisadores, dispostos a simplesmente observarem, absorverem e analisarem e ponderarem; sem quererem peticionar, argumentar, convencer ou até mesmo sentenciar.

A interdisciplinaridade é fundamental para que esse desenvolvimento aconteça e trará benefícios inúmeros não só para a criação da robustez qualitativa do campo de pesquisa em Direito, mas para o maior aprimoramento das pesquisas científicas nas mais diversas áreas humanas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMPILONGO, Celso Fernandes (2013). -Mestrados profissionais em direito no Brasil?, Revista do Instituto do Direito Brasileiro, ano 2, n. 1, p. 249-267, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/01/2013_01_00249_00267.pdf> Acesso em: 09 jan. 2018

FRAGALE FILHO, Roberto; VERONESE, Alexandre (2004). "A pesquisa em Direito: diagnóstico e perspectivas? Revista Brasileira de Pós-Graduação, v. 1, n. 2. Brasília: CAPES, p. 57. Disponível em: <<http://ojs.rbpg.capes.gov.br/index.php/rbpg/article/view/40/37>> Acesso em: 10 jan. 2018

MARTINS, Antônio Carlos Pereira. Ensino superior no Brasil: da descoberta aos dias atuais. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-86502002000900001> Acesso em: 2 jan. 2018

MONEBHURRUN, Nitish; VARELLA, Marcelo D. (2013). -O que é uma boa tese de doutorado em direito? Uma análise a partir da percepção dos programas?, Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 3, n. 2, Brasília: UniCEUB, p. 423-443. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/2730/pdf_1> Acesso em: 06 jan. 2018

NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. Novos estudos CEBRAP, v. 66, pp. 145-154. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2779/Pesquisa_Direito_Cadernos_Direito_GV.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acessado em: 2 jan. 2018.

RODRIGUEZ, José Rodrigo (2008). Para além da separação de poderes: formalismo, dogmática jurídica e democracia (Working paper 27). São Paulo: FGV Direito SP, set. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2853/WP27.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 03 jan. 2018

SILVA, Elza Maria Tavares. Ensino de direito no Brasil: perspectivas históricas gerais. Disponível em: Acesso em: 02 jan. 2018

STRECK, Lenio Luiz (2011). -Ensino Jurídico e PósGraduação no Brasil: Das razões pelas quais o direito não é uma racionalidade instrumental?, *Novos Estudos Jurídicos*, v. 16, n. 1, p. 05-19, out. Disponível em: < <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3266/2048>> Acesso em: 08 jan. 2018

TENENTE, Luiza. Brasil tem mais faculdades de direito que China, EUA e Europa juntos; saiba como se destacar no mercado. *Jornal eletrônico G1*. Disponível em: < <https://g1.globo.com/educacao/guia-de-carreiras/noticia/brasil-tem-mais-faculdades-de-direito-que-china-eua-e-europa-juntos-saiba-como-se-destacar-no-mercado.ghtml>> Acesso em: 02 jan. 2018

UNGER, Roberto Mangabeira. Uma nova faculdade de Direito no Brasil. p. 114. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/42553/41316>> Acesso em: 03 jan. 2018

NOTAS:

[1] Autora – Mestranda no Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense -UFF

[2] TENENTE, Luiza. Brasil tem mais faculdades de direito que China, EUA e Europa juntos; saiba como se destacar no mercado. *Jornal eletrônico G1*. Disponível em: < <https://g1.globo.com/educacao/guia-de-carreiras/noticia/brasil-tem-mais-faculdades-de-direito-que-china-eua-e-europa-juntos-saiba-como-se-destacar-no-mercado.ghtml>> Acesso em: 02 jan. 2018

[3] NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. *Novos estudos CEBRAP*, v. 66, pp. 145-154. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2779/Pesquisa_Direito_Cadernos_Direito_GV.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acessado em: 2 jan. 2018.

[4] UNGER, Roberto Mangabeira. Uma nova faculdade de Direito no Brasil. p. 114. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/42553/41316> > Acesso em: 03 jan. 2018

[5] A esse respeito, embora não seja o tema central desse artigo, cabe breve comentário da pesquisa feita pelos professores Veronese e Fragalle Filho, onde eles apresentam os valores investidos em pesquisa na área do Direito em comparação a demais áreas das ciências humanas e sociais aplicadas: "Na prática, podemos ver que as propostas de pesquisa jurídicas situadas no campo do próprio Direito (as duas primeiras, apesar de seu caráter crítico ou inovador) não receberam sequer um décimo dos recursos que podem ser localizados próximos à área de Direito. Do total de recursos adjudicados pelo comitê de Economia, Administração e Direito, nas duas listas, constata-se que eles não somam sequer 7%. Os detalhes dessa análise seguem na Tabela 7, a qual evidencia que os recursos alocados para projetos jurídicos no Comitê de Direito mantiveram sempre a média de 6,2%, ao passo que, no comitê comparado, eles foram de 11,8% (simplesmente, quase o dobro) e 4,3%, respectivamente, na primeira lista e na lista adicional, totalizando uma média um pouco superior a 8%." FRAGALE FILHO, Roberto; VERONESE, Alexandre (2004). "A pesquisa em Direito: diagnóstico e perspectivas? Revista Brasileira de Pós-Graduação, v. 1, n. 2. Brasília: CAPES, p. 61. Disponível em: <<http://ojs.rbpg.capes.gov.br/index.php/rbpg/article/view/40/37>> Acesso em: 10 jan. 2018

[6] SILVA, Elza Maria Tavares. Ensino de direito no Brasil: perspectivas históricas gerais. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-85572000000100008&script=sci_arttext#1a> Acesso em: 02 jan. 2018

[7] MARTINS, Antônio Carlos Pereira. Ensino superior no Brasil: da descoberta aos dias atuais. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-86502002000900001 Acesso em: 2 jan. 2018

[8] NOBRE, op. cit.

[9] FRAGALE FILHO, Roberto; VERONESE, Alexandre (2004). "A pesquisa em Direito: diagnóstico e perspectivas? Revista Brasileira de Pós-Graduação, v. 1, n. 2. Brasília: CAPES, p. 57. Disponível em: <<http://ojs.rbpg.capes.gov.br/index.php/rbpg/article/view/40/37>> Acesso em: 10 jan. 2018

[10] MONEBHURRUN, Nitish; VARELLA, Marcelo D. (2013). -O que é uma boa tese de doutorado em direito? Uma análise a partir da percepção dos programas?, Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 3, n. 2, Brasília: UniCEUB, p. 423-443. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/2730/pdf_1> Acesso em: 06 jan. 2018

[11] SILVA, op. cit., p.6

[12] NOBRE, op. cit.

[13] NOBRE, op. cit. p, 5

[14] Id., p, 6

[15] NOBRE, op. cit., p. 10

[16] RODRIGUEZ, José Rodrigo (2008). Para além da separação de poderes: formalismo, dogmática jurídica e democracia (Working paper 27). São Paulo: FGV Direito SP, set. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2853/WP27.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 03 jan. 2018

[17] UNGER, op. cit., p. 115

[18] Monebhurrún e Varella, op. cit., p. 18

[19] Ibid.

[20] FRAGALLE FILHO, Roberto e VERONESE, Alexandre. op. cit. p, 62

O PROCESSAMENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

LISSA AGUIAR ANDRADE: bacharela em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR, advogada, aprovada no Concurso para Promotor de Justiça do Estado de Rondônia

Resumo: A importância do artigo "O Processamento da Audiência de Custódia no Sistema Jurídico Brasileiro" está em realizar um estudo sintético acerca dos principais pontos relativos à Audiência de Custódia, explanando seus fundamentos normativos e sociais, seu processamento, além da relevante participação do Ministério Público antes, durante e após a realização da audiência. A metodologia utilizada no artigo quanto à finalidade, trata-se da pesquisa aplicada; quanto à abordagem, pesquisa qualitativa; quanto ao tipo, pesquisa descritiva; quanto ao procedimento, pesquisa bibliográfica.

Palavras-Chave: Audiência de Custódia. Direitos Humanos.

Abstract: The importance of the article "The Processing of the Hearing of Custody in the Brazilian Legal System" is to carry out a synthetic study about the main points related to the Hearing of Custody, explaining its normative and social grounds, its processing, besides the relevant participation of the Public Ministry before, during and after the hearing. The methodology used in the article regarding the purpose, is applied research; regarding the approach, qualitative research; type, descriptive research; regarding the procedure, bibliographic research.

Keywords: Custody Hearing. Human rights.

Sumário: Introdução. 1. Conceito da Audiência de Custódia. 2. Fundamentos. 3. Contexto fático jurídico. 4. Regulamentação. 5. Procedimento. 6. Participação do Ministério Público. 7. Dados Estatísticos. Conclusão. Referências.

Introdução

Diante do Estado de Coisas Inconstitucionais que se encontra o sistema carcerário brasileiro, referente a ampla e sistemática violação de direitos humanos do preso provisório ou definitivo, somado a cultura do encarceramento e o modelo penal retributivo, o Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão histórica, concedeu parcialmente cautelar solicitada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, que pedia providências para a crise prisional do país, a fim de determinar aos juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão.

A audiência de custódia trata-se de um eficaz instrumento de garantia dos direitos fundamentais da pessoa encarcerada e da observância aos Princípios da Intervenção Mínima e Subsidiariedade do direito penal.

1. Conceito da Audiência de Custódia.

A audiência de custódia materializa o direito do preso em flagrante em ser apresentado "sem demora" à autoridade judicial, que deverá exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, bem como da ocorrência de tortura ou maus tratos por parte da polícia, minorando os desaparecimentos forçados, as execuções sumárias e a continuidade de prisões ilegais ou desnecessárias.

Nesse audiência serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público (MP), da Defensoria Pública ou do advogado do preso, a fim de que haja a defesa da ordem jurídica e dos interesses individuais indisponíveis à dignidade e liberdade do preso, bem como a observância do contraditório e da ampla defesa.

2. Fundamentos.

A audiência de custódia no Brasil tem por fundamento normativo convencional as disposições de 02 (dois) tratados ratificados pelo Brasil, sendo eles: o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, ratificado pelo Decreto 592/92; e a Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH, vulgo Pacto de São José da Costa Rica, ratificada pelo Decreto 678/92, que preceitua: "Artigo 7º -

Direito à liberdade pessoal. (...) 5. Toda pessoa presa, detida ou retida **deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais** e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.” (grifo nosso).

Vale ressaltar que o simples conhecimento da prisão através do envio de informações documentadas não supre a determinação da CADH acerca da apresentação pessoal do preso. No caso Jailton Neri Vs Brasil a Comissão Interamericana de Direitos Humanos censurou o Brasil por não garantir o direito a audiência de custódia.

Com relação aos fundamentos sociais, a audiência de custódia tem por finalidade evitar a generalizada violação aos direitos fundamentais, dentre eles, o direito a vida em sua dimensão da dignidade da pessoa humana e o direito de liberdade de ir e vir, visto que, as prisões em flagrantes deverão ser analisadas “sem demora” pelo poder judiciário, consubstanciando o princípio da presunção de inocência e a regra da excepcionalidade das prisões cautelares.

Com relação aos fundamentos constitucionais, essas providências visam, em última análise, a preservação dos direitos humanos do preso em sua maior amplitude, seja para garantir a sua integridade física, através da análise de possíveis torturas perpetradas no contexto da prisão, seja para assegurar a vigência do princípio da presunção de inocência, corolário do Estado Democrático de Direito e do Sistema Acusatório, seja para garantir o exercício da ampla defesa e do contraditório por parte do preso que poderá apresentar pessoalmente sua versão acerca dos fatos ao magistrado, bem como poderá exercer seu direito ao silêncio, sem que haja qualquer prejuízo a sua condição jurídica, além de ter o direito de reunião prévia com advogado de sua escolha ou Defensor Público.

3. Contexto fático jurídico.

O “Estado de Coisas Inconstitucionais” refere-se à uma crise deliberada estatal, com omissões reiteradas e falta de capacidade dos poderes públicos em organizar referido sistema - no caso, o carcerário -, gerando maciça violação aos direitos humanos, sem esperança de melhoria, findando em um litígio estrutural.

Diante desse quadro, somado a cultura do encarceramento e do modelo penal retributivo no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, em decisão histórica, adotou algumas medidas estruturais voltadas a formulação e execução de políticas públicas, através da prática do ativismo judicial, diante das omissões dos poderes Executivo e Legislativo, que não tomaram medidas concretas para resolver o problema. Sendo assim, a Corte Suprema concedeu parcialmente a cautelar solicitada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, que pedia providências para a crise prisional do país, a fim de determinar aos juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão. Tal medida culminou em fevereiro de 2015, no projeto Audiência de Custódia, lançado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em parceria com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo.

4. Regulamentação.

Com relação à regulamentação das Audiências de Custódia, seguindo uma nova orientação da proteção multiníveis dos direitos fundamentais - caráter local, nacional e internacional - a princípio, em âmbito internacional, sua previsão está disposta no Art. 7, Item 5, do Pacto de San José da Costa Rica e no art. 9, Item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas. Já em âmbito nacional está prevista no art. 306, § 1º, do Código de Processo Penal, na Resolução 213/2015 - CNJ e na Recomendação 28/2015 - CNMP. Já em âmbito local através das Resoluções e Regulamentos dos Tribunais de Justiça estaduais.

5. Procedimento.

Apesar de ainda está em trâmite no Congresso Nacional um Projeto de Lei para Regulamentação das Audiências de Custódia (PL 470/2015) de forma integrada e uniforme, o procedimento de realização dessas audiências atualmente se pauta pela Resolução do CNJ que segue a seguinte sistemática: i) realização da prisão em flagrante, ii) apresentação do flagranteado à autoridade policial; iii) lavratura do auto de prisão em flagrante; iv) realização do exame de corpo de delito; v) agendamento da audiência de custódia para apresentação ao juiz em até 24 horas (se flagranteado declinou nome de advogado este deve ser intimado para comparecer à audiência, se não a Defensoria Pública que será intimada); vi)

apresentação do autuado preso, em até 24 h, ao juiz; vii) entrevista prévia pessoal e reservada do preso com seu advogado ou defensor público; viii) início da audiência com a presença do juiz, do preso, do membro do Ministério Público e da defesa; ix) manifestação do MP sobre o caso; x) entrevista do autuado pelo juiz; xi) manifestação da defesa sobre o caso; xii) proferimento de uma dessas decisões pelo magistrado: a) relaxamento da prisão quando ilegal (art. 310, I, CPP), b) concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 310, III, CPP), c) substituição da prisão em flagrante por medida cautelar diversa (art. 319, CPP), d) conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (*ultima ratio*) ou e) análise da consideração do cabimento da mediação penal, evitando a judicialização do conflito, corroborando para a instituição de prática restaurativas.

6. Participação do Ministério Público.

Considerando que a Constituição Federal estabelece que o Ministério Público é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127), e que tem por funções promover, privativamente, a ação penal pública e exercer o controle externo da atividade policial (artigo 129), entre outras de igual relevância, entende-se majoritariamente pela obrigatoriedade da presença de membro do Ministério Público em todos os atos da Audiência de Custódia.

Com relação à atuação do *Parquet* podemos citar que, antes da audiência, cabe ao Ministério Público, na apresentação do custodiado no ato judicial, adotar as medidas necessárias e pertinentes em eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades, solicitando, caso não tenha sido realizado anteriormente, o exame de corpo de delito.

Já durante a audiência, cabe ao Ministério Público manifestar-se sobre a conversão da prisão em flagrante em preventiva; opinar, concordando ou não, pela concessão de liberdade provisória com ou sem cautelares à pessoa detida; como poderá também oferecer ao investigado acordo de não-persecução penal, nos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, não sendo o caso de arquivamento, conforme art. 18, § 7º, da Resolução 181/2017 - CNMP, evitando-se assim a judicialização do processo. Posteriormente à

audiência, caberá ao MP oferecer ou não ação penal contra o flagranteado e/ou os possíveis torturadores deste.

7. Dados Estatísticos

Vale lembrar, que conforme dados apresentados no site oficial do Conselho Nacional de Justiça, apesar do curto tempo de implementação deste importante projeto, já se observa uma modificação paulatina na cultura do encarceramento brasileiro, visto que, até junho/17 das 258.485 audiências de custódia realizadas 115.497 (44,68%) foram casos que resultaram em liberdade, contra 142.988 (55,32%) casos que resultaram em prisão preventiva. Além disso, em 12.665 (4,90%) das audiências houve alegação de violência no ato da prisão e em 27.669 (10,70%) dos casos, o encaminhamento social/assistencial.

Conclusão.

A audiência de custódia materializa o direito do preso em flagrante em ser apresentado "sem demora" à autoridade judicial, que deverá exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão.

Tem por fundamento normativo o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto de São José da Costa Rica e por fundamento social a necessidade de evitar a generalizada violação aos direitos fundamentais, dentre eles: a vida, a dignidade, o respeito e a liberdade.

Tal medida foi concedida pelo Supremo Tribunal Federal em cautelar solicitada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, que pedia providências para a crise prisional do país, a fim de determinar aos juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão, sendo posteriormente regulamentado pela Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça e pela Recomendação nº 28/2015 - Conselho Nacional do Ministério Público.

Na referida audiência há a participação do poder judiciário, da Defensoria Pública ou advogado e do membro do Ministério Público. Com relação à atuação do Parquet, este atua antes da audiência, solicitando, se necessário, exame de

corpo de delito; durante a audiência, manifestando-se sobre a conversão da prisão em flagrante em preventiva, opinando, pela concessão de liberdade provisória com ou sem cautelares à pessoa detida, podendo também oferecer ao investigado acordo de não-persecução penal; e posteriormente oferecendo ou não ação penal contra o flagrantado e/ou os possíveis torturadores deste.

Referências.

Audiência de Custódia. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>> Acesso em: 20 maio 2018.

Na Série “Audiência de Custódia”: conceito, previsão normativa e finalidades. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/>> Acesso em: 20 maio 2018.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro.** 3 ed., Belo Horizonte: Editora CEI, 2018.

ÉTICA MÉDICA

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

Resumo: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer uma discussão sobre os aspectos éticos referentes à medicina.

Palavras-chave: Ética. Médica. Princípios.

Abstract: The purpose of this article is succinctly to discuss the ethical aspects of medicine.

Keywords: Ethic. Doctor. Principles.

Resumen: Este artículo tiene por objetivo de forma sucinta hacer una discusión sobre los aspectos éticos referentes a la medicina.

Palabras clave: Ética. Médica. Princípios.

Sumário: Introdução. 2. Desenvolvimento. Conclusão. Referências.

Introdução

Ética é uma palavra de origem grega, com duas origens possíveis. A primeira é a palavra grega éthos, com "e" curto, que pode ser traduzida por costume, a segunda também se escreve éthos, porém com "e" longo, que significa propriedade do caráter. A primeira é a que serviu de base para a tradução latina Moral, enquanto que a segunda é a que, de alguma forma, orienta a utilização atual que damos a palavra Ética.

Ética médica é a disciplina que avalia os méritos, riscos e preocupações sociais das atividades no campo da Medicina, levando em consideração a moral vigente em determinado tempo e local. É um ramo da ética aplicada. No Brasil, as normas que determinam a ética profissional estão no Código de Ética Médica determinado pelo Conselho Federal de Medicina.

A ética profissional é constituída por princípios da conduta humana que define diretrizes para o exercício de uma profissão. Toda profissão é controlada pelo estado, exigindo que todos atuem submetidos a algum controle moral, que normalmente é baseado em um código de ética, sujeito a um mecanismo de fiscalização. Nesse código, encontram-se normas e regras de conduta, mostrando direitos e deveres que os profissionais são obrigados a respeitar.

Na medicina, os deveres no desempenho e a responsabilidade são ainda maiores, pois trabalham com o corpo, saúde e a vida dos pacientes. Sendo assim, qualquer erro acarreta em graves problemas para os pacientes, a comunidade médica e os hospitais.

2 Desenvolvimento

Ética é o conjunto de valores morais e conhecimentos racionais, a respeito do comportamento humano, princípios que norteiam a conduta humana na sociedade. Já a Moral, estabelece regras, e cada pessoa tem o dever de assumi-las para viver bem consigo mesmo e com os outros. O próprio nome distingue as duas, Ética vem do grego "ethos", que significa modo de ser, e Moral vem do latim "mores", significando costumes.

A moral já existe há muito mais tempo, pois todos possuem a consciência Moral que leva a distinguir o bem do mal no contexto que vivemos. A Ética investiga e explica normas morais, pois nos leva a agir não só por tradição, educação ou hábito, mas mais ainda por convicção e inteligência.

Ela faz uma reflexão filosófica sobre a moral, procura justificá-la e seu objetivo é guiar e orientar racionalmente a vida humana. A ética e a moral são os maiores valores do homem que possui liberdade; elas se formam numa mesma realidade e ambas significam "respeitar e venerar a vida".

É necessário ter uma ética aplicada, que deve ser específica, dividida em ramos, para que determinadas situações sejam melhores analisadas, entrando o papel da ética em diversas profissões, que tem como um dos objetivos fazer as pessoas entenderem que suas ações possuem consequências não só para si, mas também para os outros e isso não pode ser encarado apenas de um ponto de vista.

Princípios da Ética Médica

Não-maleficência

O princípio da não maleficência estabelece que o médico deve qualificar-se para o atendimento e habilitar-se para a comunicação. Não se preocupar somente com os fatores objetivos, mas também com os subjetivos, ou seja, nesse sentido, o médico deve falar só sobre o que sabe, só fazer o que está capacitado, ter respeito a própria autonomia, justificar a não aplicação de conduta diagnóstica, comunicar-se sobre o que está acontecendo e reivindicar infraestrutura adequada. O médico deve tomar decisões que causem o menor dano ao seu paciente.

Autonomia

A autonomia é o direito que o paciente tem de emitir sua opinião, rejeitar ou aceitar o que o médico lhe propõe, podendo agir de forma livre, voluntária e esclarecida. Mas essa autonomia serve também para os médicos, pois possuem o direito de emitir sua opinião sobre o que o paciente lhe propõe, podendo rejeitar solicitações que sejam contrárias a sua consciência e ao seu conhecimento. O médico deve se resguardar de danos profissionais com os atos médicos sendo autorizados pelos pacientes.

Beneficência

É praticar o bem para o outro; portanto, as ações profissionais da saúde devem ser de acordo com o melhor interesse do paciente. Ou seja, aumentar os benefícios e reduzir o prejuízo. O médico deve assegurar de que as técnicas aplicadas sejam sempre para o bem do paciente.

Justiça

A Justiça estabelece o princípio da equidade como condição essencial da Medicina, ou seja, disposição para reconhecer imparcialmente o direito de cada um e atender os pacientes na maneira correta. A imparcialidade de nortear os atos médicos, impede que aspectos discriminatórios interfiram na relação entre médico e paciente.

Um médico precisa exercer sua profissão com honestidade, transparência, dignidade, espírito de amizade, solidariedade, compaixão, entre outras características. Mas, mesmo assim, estará sempre sujeito a cometer erros médicos. Não existe médico sem paciente, ambos fazem parte e objetivam a beneficência do conhecimento científico e a capacitação operacional; a prática acontece em uma relação humana.

Segredo médico

O sigilo médico é uma das mais tradicionais características da profissão médica. É um segredo profissional, que pertence ao paciente e o médico é quem o guarda. A única possibilidade de revelá-lo é com a autorização expressa do paciente e situações de dever legal e justa causa. Se o segredo for revelado fora dessas possibilidades, é considerado antiético e até crime.

O novo Código de Ética Médica (CEM), que entrará em vigor em maio de 2019. Após quase três anos de discussões e análises, o Conselho Federal de Medicina (CFM) aprovou o relatório sobre o tema que atualizou a versão anterior, em vigor desde 2009, incorporando artigos que tratam de assuntos relacionados às inovações tecnológicas, em comunicação e nas relações em sociedade, mas mantendo os princípios deontológicos da profissão. Dentre eles, estão: o absoluto respeito ao ser humano e a atuação em prol da saúde do ser humano e da coletividade, sem discriminações. Acesse, aqui, o novo Código de Ética Médica.

Ao estabelecer deveres e normas para a conduta do médico, o Código de Ética Médica é uma garantia para a sociedade de qualidade, segurança e respeito no trabalho realizado por médicos de todo o país, tanto da rede pública como privada.

O documento traz, ainda, pontos disciplinando a postura dos médicos em relação ao ensino e pesquisa, auditorias e perícias, documentos médicos e publicidade médica.

O primeiro código do Brasil data de 1867 e teve inspiração no Código de Ética Médica da Associação Médica Americana. Entretanto, a primeira versão do Código de Ética Médica foi criada oficialmente no país somente em 1988.

O novo texto mantém o mesmo número de capítulos, que abordam princípios, direitos e deveres dos médicos. Entre os destaques, está artigo que deixa mais claro, por exemplo, os limites para uso das redes sociais pelos profissionais. Assim, esse tema que era regulado especificamente por uma resolução passa a integrar o corpo do Código de Ética Médica.

Prontuário - O CEM também passa a estabelecer que caberá ao médico assistente, ou a seu substituto, elaborar e entregar o sumário de alta. Com isso, o profissional não poderá se recusar a repassar o prontuário ao paciente ou seu representante legal. O novo Código ainda inovou ao estabelecer a possibilidade de acesso a esse tipo de documento em estudos retrospectivos, desde que justificável por questões metodológicas e autorizado pela Comissão de Ética em Pesquisa em Seres Humanos (CEPSH) ou pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep).

No capítulo dos direitos dos médicos, o novo CEM prevê a isonomia de tratamento aos profissionais com deficiência e reforça a necessidade de criação de comissões de ética nos locais de trabalho. O médico também tem o direito de se recusar a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas e ponham em risco a saúde dos pacientes. Nesses casos, deve comunicar a decisão ao diretor técnico da instituição, aos Conselhos Regionais de Medicina e às comissões de ética do local.

Entre as proibições, é vedado ao médico prescrever ou comercializar medicamentos, órteses, próteses ou implantes de qualquer natureza, cuja compra decorra de influência direta em virtude de sua atividade profissional. Procurou-se não alterar a estrutura do texto anterior, mantendo os mesmos capítulos e acrescentando poucos artigos. A atualização, no entanto, era necessária, pois se fazia necessário adaptar o Código às recentes resoluções do CFM e à legislação vigente no País.

O novo Código de Ética resulta de uma ampla discussão com a classe médica, iniciada em 2016. De julho daquele ano a março de 2017, um total de 1.431 propostas foram enviadas para um hotsite desenvolvido pelo CFM. Puderam encaminhar propostas associações médicas, sociedades de especialidades, entidades de ensino médico, dentre outras organizações, além dos médicos regularmente inscritos nos CRM.

As sugestões, que puderam indicar alteração, inclusão ou exclusão de texto do código em vigor, foram analisadas pelas comissões estaduais de revisão dos CRMs e pela Comissão Nacional de Revisão do Código de Ética Médica do CFM. Em 2016, foram promovidos três Encontro Regionais de Revisão do Código de Ética Médica, que tiveram a participação da Comissão Nacional de Revisão do CEM, das Comissões Estaduais de Revisão da região, além de associações e sindicatos médicos também dos estados relacionados.

A nova edição do Código de Ética Médica trata de questões como inovações tecnológicas e relações em sociedade, mantendo os princípios deontológicos. O avanço da tecnologia da informação, que facilita a comunicação de todas as formas tanto do médico com o paciente, como entre médicos e instituições de saúde.

As principais alterações são reflexos das mudanças tecnológicas no mundo, podendo destacar os seguintes pontos:

Estabelecimento de um limite no uso de redes sociais pelos profissionais;

Determinação da elaboração e entrega do sumário de alta como função do médico assistente (ou seu respectivo substituto);

Possibilidade de consultar esse documento em pesquisas, desde que adequadamente justificado pelo pesquisador e autorizado pelo órgão responsável;

Exercício do trabalho sem discriminação, aos profissionais com algum tipo de doença ou deficiência;

Alerta para necessidade da criação de comissões de ética nos locais de trabalho;

Possibilidade de recusa do médico para trabalhar em determinada instituição (pública ou privada), quando não apresenta condições dignas;

Proibição de que médicos prescrevam ou comercializem medicamentos, órteses, próteses ou implantes caso a compra tenha relação direta com a atividade profissional.

Dentro dessa lógica, há mudanças nos capítulos da Relação com paciente e familiares, sigilo profissional e documentos médicos. Traz também, em seu bojo, o respeito ao ser humano em favor de sua saúde e de todos que o cercam, sem discriminação.

Também há novidades, como a entrega ao paciente do sumário de alta, dentro do entendimento da importância do preenchimento do prontuário médico, bem como a criação de Comissões de Ética Médica nos locais de trabalho. Ainda, preconiza que o médico terá o direito de se recusar a trabalhar em instituições públicas ou privadas que não tenham condições dignas, que ponham em risco a saúde dos pacientes. Nesses casos, os médicos devem comunicar a decisão ao diretor técnico da instituição, às comissões de ética dos locais e aos Conselhos Regionais de Medicina.

Além disso, trata de questões mais específicas do exercício da Medicina, regulando a postura do profissional em relação à doação e transplantes de órgãos, reprodução assistida, manipulação genética, situações clínicas terminais, entre outros temas importantes para a sociedade que merecem debate.

O Código de Ética Médica tem uma atuação importante não só para os médicos, mas também para a política, já que atua em defesa da saúde da população. Por isso, precisa se manter sempre atualizado de acordo com as mudanças da sociedade e com a evolução científica.

Conclusão

A questão da ética é discutida desde a Antiguidade Clássica, época em que Sócrates, Platão e Aristóteles questionavam o que poderia ser composto como valores universais entre os seres humanos, sobretudo no quesito político da sociedade. A ética surgiu desses princípios, em que são avaliadas ações coletivas e individuais.

Para os médicos, o código de ética é ainda mais rigoroso, já que seu desempenho e sua responsabilidade são constantemente observados por lidar com vidas humanas. Qualquer erro que possa causar problemas para os pacientes que confiaram nos médicos pode acarretar em consequências não só para ele, como também para hospitais e para o próprio código.

Com o Código de Ética em mãos, a categoria luta por salários mais justos e também por segurança no trabalho. Muitos médicos passam por situações limites em áreas de risco, como também tem dificuldade de ter material de qualidade para trabalhar. Alguns ambientes são totalmente fora do objetivo mínimo de qualidade e impedem uma qualidade profissional adequada.

Essa situação de insegurança acaba refletindo em áreas carentes sem cobertura médica, já que não é oferecido o mínimo para garantir a vida dos profissionais. A partir do Código de Ética, que também inclui os direitos do profissional, pode-se lutar a favor da população e do profissional, para que haja infraestrutura digna.

Referências

BARROS JR., Edmilson de Almeida. **Código de Ética Médica**: comentado e interpretado. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2010.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 10. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2010.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3268.htm

<http://www.crmmt.org.br/images/pdf/comparativo%20cdigos%20de%20tica%20mdica%20atual%20e%20novo.pdf>

http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/integras_pdf/RES_CFM_22_17_2018.pdf

http://www.imprensanacional.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/48226289/do1-2018-11-01-resolucao-n-2-217-de-27-de-setembro-de-2018-48226042

PREVENÇÃO E REPRESSÃO AO TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES NO BRASIL: ASPECTOS LEGAIS E INSTITUCIONAIS

BÁRBARA TEIXEIRA BORGES: Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Anhanguera - UNIDERP.

RESUMO: o presente trabalho versa sobre um importante e atual tema em nosso cenário fático-jurídico – o tratamento preventivo e repressivo dispensado ao tráfico de animais silvestres no Brasil. O principal escopo deste estudo é analisar os aspectos mais importantes no tratamento legal e institucional conferido à prevenção e repressão ao tráfico de animais silvestres no Brasil.

Palavras-chave: tráfico, prevenção, repressão, animais, silvestres, Brasil.

Sumário: 1. Conceito de Fauna; 2. Tratamento Legislativo; 2.1 Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Fauna e Flora Selvagens em Perigo de Extinção – CITES (1975); 2.2 Constituição Federal; 2.3 Lei nº 5.197 de 1967 (Lei de Proteção à Fauna); 2.4 Lei nº 9.605 de 1998 (Lei de Crimes Ambientais); 2.5 Decreto nº 6.514 de 2008; 2.6 Decreto 9.179 de 2017; 3. Tratamento Administrativo; 4. Ministério Público; 5. Tratamento Judiciário; ; Conclusão; Referências Bibliográficas.

1. Conceito de fauna

Antes de falarmos sobre o tratamento dispensado ao tráfico de animais silvestres pelas autoridades e instituições brasileiras, precisamos esclarecer o que nosso ordenamento jurídico entende por “fauna”.

Praticamente toda a nossa legislação fala sobre fauna sem conceituá-la. A Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605 de 1998), por exemplo, usa a palavra em doze artigos sem defini-la.

A primeira tentativa conceitual de fauna em um texto legal veio com a Lei nº 5.197 de 1967. Dizia ela, em seu artigo 1º:

Art. 1º Os animais de quaisquer espécies, em qualquer fase do seu desenvolvimento e que vivem naturalmente fora do cativeiro, constituindo a fauna silvestre, bem como seus ninhos, abrigos e criadouros naturais são propriedades do Estado, sendo proibida a sua utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha.

Esse artigo sofreu modificação na década de 1990, com o advento da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605 de 1998), cujo texto do seu artigo 29, § 3º diz o seguinte:

Art. 29. § 3º São espécimes da fauna silvestre todos aqueles pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro, ou águas jurisdicionais brasileiras.

O Decreto nº 6.514/2008, em seu artigo 24, § 7º dizia o seguinte:

Art. 24. § 7º. São espécimes da fauna silvestre, para os efeitos deste Decreto, todos os componentes da biodiversidade incluídos no reino animal, pertencentes às espécies nativas migratórias e quaisquer outras não exótica, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo original de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro ou em águas jurisdicionais brasileiras.

Com a entrada em vigor do Decreto nº 6.686/2008, a letra passou a ser esta:

Art. 24. § 7º São espécimes da fauna silvestre, para os efeitos deste Decreto, todos os organismos incluídos no reino animal, pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras não exóticas, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo original de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro ou em águas jurisdicionais brasileiras.

A letra do artigo 24, § 7º do Decreto nº 6.515/2008, tal consta acima, é o mais o mais atual entendimento da legislação em nosso país sobre o conceito de fauna silvestre.

2. Tratamento Legislativo

2.1 Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Fauna e Flora Selvagens em Perigo de Extinção – CITES (1975)

A Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Fauna e Flora Selvagens em Perigo de Extinção ou CITES (*Convention on International Trade in Endangered Species*), na sigla em inglês, é um dos mais relevantes documentos ambientais para proteção das espécies, tendo sido assinado pela maioria dos países do planeta^[1].

Acordo internacional firmado em Washington, em 1973, mas só entrando em vigor em 1975, a CITES tem por objetivo conceder meios para diminuir e controlar o comércio das espécies selvagens e seus produtos, em campo global (HUXLEY apud MARTINS, 2007).

O Brasil é signatário da CITES desde o ano de sua promulgação (ANTUNES, 2004). Na verdade, quase a completude dos países que lidam intensamente com importação e exportação de vida silvestre são seguidores da referida convenção.

Por meio de um sistema de emissão de licenças e certificados, expedidos após serem preenchidos certos requisitos, a CITES regulamenta a exportação, importação e reexportação de animais e plantas, suas partes e derivados. Uma das exigências para que as licenças sejam expedidas é que seja estabelecido se determinado tipo de comércio causará prejuízos ou não à sobrevivência da espécie^[2]. Os signatários da convenção, aliás, são obrigados a inspecionarem o comércio mundial da vida silvestre e seus produtos (HEMLEY e FULLER; FITZGERALD apud RENTAS, 2001).

No Brasil, as disposições tangentes à implementação da CITES foram determinadas pelo Decreto 3.607 de 2000. Dentre outras medidas, ele legitima o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) como Autoridade Administrativa responsável por expedir

licenças para as transações internacionais de qualquer espécime de espécies presente nos Anexos da CITES (GOMES e OLIVEIRA, 2012).

Este mesmo Decreto também atribui às Coordenações Técnicas e aos Centros Especializados do IBAMA a incumbência de Autoridades Científicas. Nos casos das espécies que figuram em um dos anexos da CITES, cabe às Autoridades Científicas o dever de emitir pareceres que declarem que determinada exportação não é danosa à sobrevivência da espécie na natureza. Esses pareceres são levados em conta na hora de a Autoridade Administrativa emitir uma licença. Hoje, os papéis de Autoridade Administrativa e Científica são exercidos pela Diretoria de Florestas e pela Diretoria de Fauna e Pesca para espécies da flora e fauna, respectivamente[3].

A CITES possui três categorias de proteção.

O Anexo I abrange todas as espécies ameaçadas de extinção que são ou têm a possibilidade de serem prejudicadas pelo comércio internacional. Só são autorizadas transações com estas espécies em situação delicada em raras situações[4], por meio da concessão e apresentação prévia de licença de exportação, regulada por severos requisitos restritivos indicados expressamente na convenção.

O Anexo II diz respeito às espécies que podem chegar à condição de ameaçadas de extinção caso seu comércio não se submeta a uma rígida regulamentação (MARTINS, 2007).

Por fim, o Anexo III reporta-se às espécies para cujo comércio qualquer das partes contratantes demande colaboração das demais partes no sentido de monitorar as transações e, no limite de sua competência, afirme depender de regulamentação a compra e venda de tais espécies. O Anexo III visa auxiliar os membros da CITES a obter ajuda dos outros membros para que suas próprias leis de proteção e controle de vida silvestre sejam respeitadas (PADRONE, 2004).

Embora a CITES seja o mais relevante acordo internacional para a preservação da vida silvestre, a ela não cabe influir diretamente no comércio da fauna e flora no interior do território de seus membros. Em muitos países, isso acarreta altas perdas de espécies em perigo em razão da comercialização interna (HEMLEY e FULLER et RENTAS, 2001).

Como não há, até o presente momento, uma lei internacional no sentido de combater o tráfico de animais silvestres, é crucial que ocorra a colaboração internacional na batalha contra essa atividade. Deve existir cooperação entre os serviços alfandegários, as autoridades da CITES em cada país e as polícias, através da Interpol.

2.2 Constituição Federal

É a seguinte a redação do *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988:

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

Ao Poder Público cabe assegurar a efetividade desse direito e, para tal, estabelece o mesmo artigo, em seu § 1º, inciso VII que deve esse Poder “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”.

A fauna é um bem de natureza difusa; ou seja, é um bem de toda a coletividade. Não é bem (público ou privado) de pessoa jurídica de direito público e, mesmo quando é pertencente a particular (como caso de animais exóticos e domésticos), sua propriedade privada é cerceada por restrições impostas pelo ordenamento jurídico ambiental (MARINHO, 2010).

Dizemos que a fauna é um bem difuso porque o interesse nela é coletivo; ela merece o cuidado e preocupação de toda a sociedade e de cada um dos seres humanos de maneira indistinta. Isso é o que diz a Constituição quando afirma que a coletividade tem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas tem o dever de defendê-lo e preservá-lo.

2.3 Lei nº 5.197 de 1967 (Lei de Proteção à Fauna)

Os primeiros passos conferidos pelo Poder Legislativo em socorro à fauna foram dados com a Lei nº 5.197 em 1967, a chamada “Lei de Proteção à Fauna”.

A fauna deixou de ser *res nullius* (coisa de ninguém), para se tornar propriedade estatal – entendida assim como manifestação do domínio público objetivando a proteção dos animais e não como faculdade de uso, gozo e disposição da fauna silvestres por parte dos entes públicos (COSTA NETO; BELLO FILHO e CASTRO E COSTA apud STIFELMAN, 2002) – a partir da Lei nº 5.197/67, abrangendo com o termo “fauna” não só os animais, mas seus ninhos, abrigos e criadouros naturais (FERRARI, 2001). Sua destruição, perseguição, caça ou apanha passou a ser proibida e agressão contra a fauna virou contravenção penal.

A Lei de Proteção à Fauna vetou o exercício da caça profissional, assim como a comercialização de animais da fauna silvestre e seus produtos, salvo os oriundos de criadouros legalizados. Também passou a ser proibido o comércio de produtos e objetos que impliquem na caça, perseguição, destruição ou apanha de espécimes da fauna silvestre, assim como o ingresso de animais silvestres no Brasil sem licença e parecer técnico favorável (SCHNEIDER, 2011).

Contudo, em 1967 ainda não estava totalmente estabelecida a consciência ecológica no Brasil e no mundo, e isso nos permite encontrar na Lei nº 5.197 artigos como o 6º, que diz que o Poder Público estimulará que clubes e sociedades amadoras de caça sejam formadas e funcionem sendo o espírito associativista a finalidade desta medida. Também prevê o mesmo artigo que o Estado estimule a edificação de criadouros destinados à criação de animais silvestres para finalidades industriais e econômicas.

Em 1971, a Portaria do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal (IBDF) nº. 1925 impôs a data de 30 de abril, do mesmo ano, para o encerramento permanente do prazo para comercialização dos produtos faunísticos que se encontravam em estoque (CECATTO apud RENTAS, 2001).

A Lei de Proteção à Fauna ainda se mantém em vigor no Brasil; parte de seu conteúdo, contudo, foi revogado tacitamente pela a lei nº 9.605 de 1998, no que se referia aos dispositivos penais (CARRERA, 2004). Dois artigos seus foram totalmente (artigo 5º) e parcialmente (artigo 27) revogados de modo expreso por outras leis – a lei nº 9.985 de 2000 e a nº 7.679 de 1988, respectivamente.

2.4 Lei nº 9.605 de 1998 (Lei de Crimes Ambientais)

A Lei nº 9.605 discorre sobre sanções penais e administrativas oriundas de atitudes e práticas danosas ao meio ambiente, além de determinar outras medidas.

Organizou esta lei a matéria a respeito dos crimes ambientais e, contrariando a concepção até então vigente (que sustentava a divisão da fauna em bem público e bem privado), firmou o entendimento de que os animais se encontram dentro do grupo de “bens de natureza difusa” (STIFELMAN, 2002).

A Lei de Crimes Ambientais foi um acontecimento muito relevante para nosso ordenamento jurídico, e traduz um grande desenvolvimento para o sistema de reparação do prejuízo ambiental sob o ponto de vista penal. Com esta lei, os danos à fauna passaram a ser tratados como crime (MARINHO, 2010).

Os crimes contra a fauna se encontram previstos nos artigos 29 a 35 da Lei 9.605/98. As modificações tacitamente realizadas por esta lei na Lei nº 5.197/67 afetaram a competência jurisdicional e o processo penal concernente à matéria, além de terem alterado as penas firmadas em caso de prática de algum dos delitos contra a fauna silvestre.

Embora se fale muito no problema do tráfico de animais é curioso notar que essa expressão não existe no ordenamento jurídico brasileiro. O que há é um grupamento de atos associados ao delito. Por exemplo: a apanha; a caça; a venda; a aquisição; o transporte e a manutenção em cativeiro de animais silvestres, nos termos do artigo 29 da Lei de Crimes Ambientais (NASSARO, 2010).

Com a Lei 9.605/98, matar, perseguir, caçar, apanhar e utilizar animais da fauna silvestres permanecem como crimes; contudo, deixam de ser inafiançáveis. Essa lei representou um significativo avanço; as penas trazidas por ela passaram a ser mais reais, menos fantasiosas – a legislação precedente considerava muitos crimes contra a fauna inafiançáveis, destinando a alguns penas rigorosíssimas, e, devido à desproporcionalidade entre elas e o estrago feito pelo agente, não eram essas penas aplicadas (MILARÉ, 2004).

Todavia, passou a ser facultada ao juiz, em certas situações, a substituição das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direito, como a prestação pecuniária, o recolhimento domiciliar e a prestação de serviços à comunidade (ARAÚJO, BARRETO e BRITO, 2009). Isso faz com que alguém que tenha matado um espécime animal nativo da fauna silvestre brasileira ameaçado de extinção possa ser punido meramente com uma pena restritiva de direito e uma multa pecuniária.

Várias vezes a aplicação da lei nº 9.605/98 não é apropriada, como no caso de importantes traficantes e das transações de valiosíssimas espécies ameaçadas. Um traficante internacional de animais é igualado, pela lei, a uma pessoa que prende um pássaro em uma gaiola para colocá-lo em sua residência (MARINHO, 2010), gerando, assim, em relação ao traficante, uma pena absurdamente irrisória e, contudo, em total acordo com a legislação vigente (GOMES e OLIVEIRA, 2012).

O artigo 30 da referida lei caracteriza como crime a exportação ilegal de peles e couros de anfíbios e répteis em bruto. Não fala nos outros produtos animais (presas, penas, venenos, etc.), deixando uma brecha lamentável na lei. Além disso, não tipifica o comércio ilegal entre estados-membros da federação, declarando como puníveis, assim, apenas o tráfico internacional (MILARÉ, 2004).

Ademais, a Lei de Crimes ambientais possui outras omissões no combate ao tráfico, posto que não aborda o tema do comércio ilegal por meio da rede mundial de computadores – internet (RENCTAS, 2001). Em um mundo cuja extraordinária dinamicidade se deve, em grande parte, ao intenso uso da internet, esta lacuna na legislação é particularmente relevante.

2.5 Decreto nº 6.514 de 2008

O Decreto nº 6.514, promulgado em 22 de julho de 2008 aborda as infrações e sanções *administrativas* ao meio ambiente, determinando o processo administrativo federal por meio do qual essas infrações serão investigadas. Regulamentou e tornou mais severa a Lei 9.605/98 e revogou totalmente quatro decretos, além de quatro artigos de dois outros.

Uma inovação importantíssima veio na forma do artigo 24, § 3º – a tipificação do crime de tráfico de animais silvestres.

Art. 24. Matar, perseguir, caçar, apanhar, coletar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida:

(...)

§ 3º Incorre nas mesmas multas:

I - quem impede a procriação da fauna, sem licença, autorização ou em desacordo com a obtida;

II - quem modifica, danifica ou destrói ninho, abrigo ou criadouro natural; ou

III - quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade ambiental competente ou em desacordo com a obtida.

O decreto, contudo, não ficou imune a críticas. De um lado considera-se, por exemplo, que o Poder Executivo extrapolou o exercício do poder regulamentar com o Decreto nº 6.514/08, aumentando abusivamente as multas estipuladas pelo Decreto anterior (nº 3.179/99, revogado expressamente), assim como as da lei regulamentada (Lei nº 9.605/98). O Decreto de 2008 teria, conseqüentemente, desviado da finalidade educativa da lei para meramente punir o infrator, visando assegurar o interesse público (OLIVEIRA, 2012).

Por outra ótica, diz-se que a multa administrativa de até R\$ 5.000,00 por animal que tenha sofrido qualquer uma das violações previstas no *caput* ou nos incisos do § 3º do artigo 24 do Decreto é quase irrelevante frente à grandeza da ilícita rede comercial de animais silvestres (PIOLI, 2012) e que a atuação dos fiscais seria desmotivada pela falta de punição mais rígida (BORGES, 2009).

A lei seria, então, de acordo com este segundo ponto de vista, insuficiente para combater o tráfico de animais silvestres no país, uma vez que não acarreta em prejuízos palpáveis para quem retira os animais da natureza, os submete a

torturas e, frequentemente, os mata – a única pena realmente aplicada é a da multa que, porém, caso não seja paga, não afeta negativamente o criminoso.

2.6. Decreto 9.179 de 2017

Conforme visto, a Lei 9.605/98 (conhecida como Lei de Crimes Ambientais) foi regulamentada pelo Decreto nº 6.514/08, que dispôs sobre infrações e sanções administrativas ao meio ambiente e sobre o processo administrativo federal para a apuração das referidas infrações.

O Decreto tornou mais rigorosa a mencionada lei e sofreu críticas, sob a alegação de ter aumentado abusivamente tanto as multas estipuladas pelo anterior e expressamente revogado Decreto nº 3.179/99 quanto as estabelecidas pela Lei nº 9.605/98.

Em outubro de 2017, foi editado pela presidência da república o Decreto 9.179, que modifica o texto do Decreto 6.514/08, regulamentador da Lei de Crimes Ambientais, que, por sua vez, já previa a conversão de multas simples em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente[5].

Em linhas gerais, permite o decreto de 2017 que a multa ambiental seja convertida em prestação de serviços de melhoria do meio ambiente. Há duas modalidades de conversão das multas – a conversão direta, em que o próprio autuado realiza o serviço ambiental acertado, e a conversão indireta, por meio do financiamento de projetos estruturantes definidos previamente pela União (MARTINS, 2017).

3. Tratamento Administrativo

A Polícia Federal; a Polícia Rodoviária; o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA); as Organizações Não Governamentais (ONGs), nacionais ou internacionais; as Universidades e os Centros de Pesquisa – todos esses órgãos fiscalizam a atividade de tráfico de animais silvestres (MARINHO, 2010).

O IBAMA, agência ambiental criada pela Lei Federal nº 7.735, em 1989, tem, dentre suas funções, o gerenciamento, o controle, a proteção e a preservação das espécies silvestres da fauna brasileira. O corpo de agentes fiscais, contudo, é

pequeno dado o tamanho do território nacional. Por isso, as Polícias Ambientais dos Estados, integrantes das polícias militares estaduais e originadas para ser um dos órgãos de atribuições amplas, foram absorvendo parte dessa atividade de policiamento do comércio ilegal de animais.

A Polícia Militar Ambiental atua no Distrito Federal e em 25 dos 26 estados da federação[6]. Com o passar do tempo, à sua atribuição de proteger os recursos naturais a Polícia Ambiental somou o encargo de fiscalizar o comércio ilegal de animais silvestres e as atividades conexas a ele. Isso foi decorrente de sua presença em todo o território estadual e ao fato de que o IBAMA passou a dar preferência à posição de gestor do controle e proteção da fauna (NASSARO, 2010).

Há uma série de trabalhos conjuntos entre o IBAMA e a Polícia Federal. Esta atua de maneira direta na repressão de crimes ambientais; mais especificamente no combate aos maus tratos de animais, tráfico de animais silvestres, captura de animais na natureza, falsificação de anilhas do IBAMA, maus-tratos, comercialização, além de outros crimes associados (MARINHO, 2010).

A Portaria do IBAMA nº 93 de 1998 firma os critérios e procedimentos concernentes à exportação e importação da fauna silvestre para uma variedade de propósitos – científicos, domésticos (animais de estimação), artesanais (objetos indígenas elaborados com parte de animais silvestres).

Segundo este diploma legal, é vedada a importação de animais vivos, capturados na natureza, pois é possível a ocorrência da propagação de zoonoses (doenças que se manifestam sobretudo nos animais, mas, a depender da enfermidade, pode acometer seres humanos) e há chances de fugas e introdução na natureza.

Já no âmbito da exportação, animais vivos, produtos e subprodutos da fauna silvestre nacional serão enviados ao exterior unicamente quando forem objeto de intercâmbio técnico-científico com instituições estrangeiras similares (MARINHO, 2010). Além disso, os espécimes devem estar propriamente identificados e marcados.

4. Ministério Público

Os animais sempre foram conceituados como objetos de direito, mas há uma tendência atual em considerá-los sujeitos de direitos, posto que seus direitos são representados em ações civis e públicas pelo Ministério Público, e várias leis conferem-lhes proteção específica, e não apenas como se fossem parte do meio ambiente (CHALFUN e GOMES, 2008).

A Constituição Federal conferiu natureza difusa e coletiva aos animais; é bem socioambiental da humanidade como um todo. Há, portanto, grande interesse no cuidado com a fauna. O responsável por exercer a sua tutela jurídica é o Ministério Público, conforme o artigo 129, III da Constituição:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

A Ação Civil Pública tem por finalidade a proteger o meio ambiente, o consumidor, patrimônio público e social, bens e direitos de valor artístico, turístico, estético ou paisagístico, dentre outros interesses difusos ou coletivos, promovendo a responsabilização por danos a estes interesses (MARINHO, 2010). Pessoas físicas ou jurídicas, os órgãos da Administração Pública e os beneficiários do dano praticado são considerados legitimados passivos (FERREIRA e OLIVEIRA, 2011).

O Ministério Público é uma instância autônoma que, dentre outras atribuições, fiscaliza a obediência à legislação ambiental. A Lei 9.605 de 1998 fez com que ele tivesse relevante função no tocante à repressão das pessoas que praticam crimes ambientais (MARINHO, 2010).

Atualmente, fundamentando-se em pareceres técnicos, os Promotores de Justiça pleiteiam o restabelecimento da situação ambiental anterior ao dano ou, indo além do campo criminal, demandam a indenização dos danos ambientais ocorridos pelo malfeito realizado contra a fauna silvestre (STIFELMAN, 2002).

5. Tratamento Judiciário

Anteriormente à Lei nº 9.605 de 1998 (a Lei de Crimes Ambientais), não havia tipos penais específicos no que dizia respeito a violações ao meio ambiente, o que fazia com que muitas ações perversas não resultassem numa punição. Além disso, com a Constituição Federal de 1988, as contravenções penais (que correspondiam à maioria das infrações penais existentes) passaram a ter proibida a sua apreciação pela Justiça Federal, em acordo com o artigo 109, inciso IV da Carta Magna:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

A Lei de Crimes Ambientais trouxe uma enorme mudança no que diz respeito à tipificação penal das condutas – várias das então consideradas contravenções penais tornaram-se crimes contra o meio ambiente.

A função exercida pelo Poder Judiciário no combate ao tráfico de animais, antes da Lei 9.605 de 1998, encontrava-se espalhada em várias leis. O advento da referida lei, porém, trouxe certa confusão, devido ao parágrafo único de seu art. 26, que posteriormente foi vetado. Eis o que ele dizia:

Art. 26. Nas infrações penais previstas nesta Lei, a ação penal é pública incondicionada.

Parágrafo único. O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei caberão à Justiça Estadual, com a intervenção do Ministério Público respectivo, quando tiverem sido praticados no território de Município que não seja sede de vara da Justiça Federal, com recurso para o Tribunal Regional Federal correspondente.

Dentre as razões alegadas pelo então presidente da República para que o dispositivo tivesse vetado seu parágrafo único estava o fato de que a "formulação equivocada contida no presente dispositivo enseja entendimento segundo o qual

todos os crimes ambientais estariam submetidos à competência da Justiça Federal”[7].

O parágrafo único do artigo 26 foi declarado inconstitucional, dado que seu texto presumia que todos os crimes tipificados na Lei 9.605/98 seriam sempre de competência da Justiça Federal, indo diretamente de encontro com disposto no artigo 109 da Constituição.

A Lei de Crimes Ambientais não se referiu à competência para processar e julgar os crimes contra o meio ambiente (entendidos como fauna e flora) previstos por ela. Contudo, em razão de o artigo 23 da Constituição Federal, em seus incisos VI e VII, atribuírem à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a proteção ao meio-ambiente, e como não existe, em relação aos crimes ambientais, dispositivo constitucional ou infraconstitucional que estabeleça a competência para seu julgamento, temos que, em regra, o processamento e julgamento das infrações ambientais são de competência da Justiça Comum Estadual (MARINHO, 2010).

Desta forma, e levando em consideração disposto no artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal, o posicionamento jurisprudencial (inclusive do Superior Tribunal de Justiça – STJ) que prevalece no Brasil é que os crimes contra a fauna serão, via de regra, competência da Justiça Estadual (estando cancelado o enunciado da súmula 91 do STJ, que dizia competir à Justiça Federal processar e julgar os crimes cometidos contra a fauna), exceto quando houver lesão a bens, serviços ou interesse da União, entidades autárquicas ou empresas públicas federais, caso em que a competência para processo e julgamento será da Justiça Federal.

No entanto, no julgamento do Recurso Extraordinário 835558 de 2017, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, por unanimidade, competir à Justiça Federal o processamento e julgamento de crime ambiental de caráter transnacional que envolva animais silvestres, animais ameaçados de extinção e espécimes exóticas ou protegidas por compromissos internacionais assumidos pelo Brasil[8].

O caráter transnacional (igualmente conhecido por “relação de internacionalidade”) ocorre em duas situações. A primeira é quando iniciada a execução do crime no Brasil, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no

estrangeiro. A segunda, quando iniciada a execução do crime no estrangeiro, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no Brasil (CAVALCANTE, 2017).

É preciso, contudo, fazer algumas observações.

Deve-se notar que não é todo crime ambiental de caráter transacional que será de competência da Justiça Federal. Ademais, nem todo crime que envolva animais silvestres, animais ameaçados de extinção, espécimes exóticos ou animais protegidos por compromissos internacionais assumidos pelo Brasil será da competência da Justiça Federal.

Na situação em análise, será processado e julgado pela Justiça Federal o crime que possua caráter transnacional e, ao mesmo tempo, envolva animais silvestres, animais ameaçados de extinção, espécimes exóticos ou animais protegidos por compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Elis; BARRETO, Paulo; BRITO, Brenda. **A Impunidade de Crimes Ambientais em Áreas Protegidas Federais na Amazônia**. 2009. Instituto do Homem e do Meio Ambiente da Amazônia, Belém. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/225/_arquivos/12__a_impunidade_de_crimes_ambientais_em_reas_protegidas_federais_na_amaznia_225.pdf>. Acesso em: 24 jan 2018.

ANTUNES, Dalton Araujo. **A importância do comércio legal frente ao comércio ilegal de animais silvestres**. In: ZOOTECA, 2004, Brasília. p. 01-12. Disponível em: . Acesso em: 05 jan 2013.

BORGES, Ricardo. Multas não restringem direitos a ponto de coibir o tráfico de animais. **Correio Braziliense**, Brasília, 01 de novembro de 2009. Disponível em: . Acesso em: 20 jan 2018.

BRASIL. Decreto n. 6514, de 22 de julho de 2008. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/D6514.htm>. Acesso em: 01 jan 2018.

_____. Lei n. 9605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 30 dez 2017.

_____. **Mensagem Presidencial nº 181**. Brasília, 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1998/Vep181-98.pdf>. Acesso em: 24 jan 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Compete à Justiça Federal julgar crime ambiental de exportação de animais**. Notícias STF, 09 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=335834>>. Acesso em: 02 jan 2018.

CARRERA, Francisco. **O tráfico de animais silvestres: a legislação brasileira**. In: O Brasil no Combate ao Tráfico de Animais Silvestres. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 2004. p. 29-34.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Competência para julgar crimes ambientais**. Dizer o Direito, 01 de março de 2017. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2017/03/competencia-para-julgar-crimes.html>>. Acesso em 02 jan 2018.

CHALFUN, Mery; GOMES, Rosangela Maria A. **Direito dos animais – Um novo e fundamental direito**. In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008. Salvador. Disponível em: . Acesso em: 12 jan 2013.

CITES. **Member countries**. Disponível em: . Acesso em: 20 dez 2017.

_____. **How does CITES work**. Disponível em: . Acesso em: 20 dez 2017.

FERRARI, Eduardo Reale. A Fauna e sua Proteção Penal. **Revista da Academia Paulista de Magistrados**, São Paulo, v.1, n.1, p.39-46, 2001. Disponível em: . Acesso em 15 fev 2013.

FERREIRA, Olavo A. Vianna Alves; OLIVEIRA, Adriano B. Koenigkam de. **Como se preparar para o exame de Ordem, 1ª fase: constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Editora Método, 2011.

GOMES, Cárita Chagas; OLIVEIRA, Raisia Lustosa. O tráfico internacional de animais: tratamento normativo e a realidade brasileira. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v.14, n.2, p. 29-42, jul/dez. 2012. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/516/492>. Acesso em: 20 jan 2018.

IBAMA. **Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Fauna e Flora Selvagens em Perigo de Extinção**. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/flora/convecao.htm>>. Acesso em: 10 jan 2013.

MARINHO, Adriana Moreira. **O poder Judiciário e o controle do tráfico de animais**. 2010. 52 f. Trabalho de conclusão de curso (Especialização em Direito Administrativo Contemporâneo) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2010. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/36386/Poder_judiciario_controle_trafico_animais.pdf?sequence=3>. Acesso em: 05 nov 2012.

MARTINS, Mariana. Multa ambiental poderá ser convertida em prestação de serviços de melhoria ao meio ambiente. Radioagência Nacional, 24 de outubro de 2017. Disponível em: < <http://radioagencianacional.ebc.com.br/geral/audio/2017-10/multa-ambiental-podera-ser-convertida-em-prestacao-de-servicos-de-melhoria-ao>>. Acesso em 02 jan 2018.

MARTINS, Tiago de Souza. **A Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da Fauna e Flora Selvagens em Perigo de Extinção (CITES) e sua Implementação no Brasil: das expectativas de proteção à mercantilização da vida**. 2007. 206 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007. Disponível em:

<<http://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/90542/254660.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 05 jan 2018.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NASSARO, Adilson Luís Franco. O tráfico de animais silvestres no Brasil. **Fórum Ambiental da Alta Paulista**, São Paulo, v. 6, n. 5, p. 310-322, 2010. Disponível em: . Acesso em: 20 jan 2018.

OLIVEIRA, Marcelo Viana de. O exercício abusivo do poder regulamentar na elaboração do Decreto nº 6.514/08. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3261, junho. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21925/o-exercicio-abusivo-do-poder-regulamentar-na-elaboracao-do-decreto-no-6-514-08#ixzz2D0Hwa9dJ>>. Acesso em: 30 dez 2018.

PADRONE, José Maurício de Brito. **O Comércio Ilegal de Animais Silvestres: Avaliação da Questão Ambiental no Estado do Rio de Janeiro**. 2004. 115 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Ambiental) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2004. Disponível em: <<http://www.uff.br/cienciaambiental/dissertacoes/JMBPadrone.pdf>>. Acesso em: 30 out 2012.

PIOLI, Roberta Raphaelli. **Noções sobre o tráfico de animais no Brasil**. 2012. Disponível em: . Acesso em: 29 out 2012.

POLÍCIA MILITAR AMBIENTAL DO BRASIL. **Quem somos**. Disponível em: <<http://www.pmambientalbrasil.org.br/>>. Acesso em: 02 jan 2018.

Publicado decreto que converte multa ambiental em prestação de serviços. Revista Consultor Jurídico Online, 24 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-24/publicado-decreto-converte-multa-ambiental-servico>>. Acesso em: 02 jan 2018.

RENTAS. **1º Relatório Nacional sobre o Tráfico de Fauna Silvestre**. 2001. Disponível em: <http://www.rentas.org.br/pt/trafico/rel_rentas.asp>. Acesso em: 30 out 2012.

SCHNEIDER, Maurício. Fauna e recursos pesqueiros na legislação brasileira. In: GANEM, Roseli Senna (Org.). **Conservação da Biodiversidade: Legislação e Políticas Públicas**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2011, p. 285-308. Disponível em: < http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5444/conservacao_biodiversidade.pdf?sequence=4 >. Acesso em: 10 jan 2018.

STIFELMAN, Anelise Grehs. **Alguns Aspectos da Fauna Silvestre na Lei dos Crimes Ambientais**. 2002. Disponível em: < http://www.amprs.org.br/arquivos/comunicacao_noticia/anelise1.pdf >. Acesso em: 20 jan 2018.

NOTAS:

[1] CITES. **Member countries**. Disponível em: . Acesso em: 20 dez 2017.

[2] IBAMA. **Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Fauna e Flora Selvagens em Perigo de Extinção**. Disponível em: < <http://www.ibama.gov.br/flora/convecao.htm> >. Acesso em: 10 jan 2013.

[3] Ibid

[4] CITES. **How does CITES work**. Disponível em: . Acesso em: 20 dez 2017.

[5] **Publicado decreto que converte multa ambiental em prestação de serviços**. Revista Consultor Jurídico Online, 24 de outubro de 2017. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-out-24/publicado-decreto-converte-multa-ambiental-servico> >. Acesso em: 02 jan 2018.

[6] POLÍCIA MILITAR AMBIENTAL DO BRASIL. **Quem somos**. Disponível em: . Acesso em: 01 jan 2018.

[7] BRASIL. **Mensagem Presidencial nº 181**. Brasília, 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1998/Vep181-98.pdf >. Acesso em: 15 jan 2013.

[8] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Compete à Justiça Federal julgar crime ambiental de exportação de animais**. Notícias STF, 09 de fevereiro de 2017. Disponível em:

< <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=335834>>.
Acesso em: 02 jan 2018.

TECNOLOGIAS DISRUPTIVAS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

JONATHAN VALLONIS BOTELHO: Advogado.
Especialista em Direito Civil e Processual Civil
pela Uniritter Laureate Universities.

RESUMO: O tema posto é profícuo de análises e estudos na era digital, principalmente quando trata sobre a regulamentação de serviços causada pela disrupção tecnológica que desafiam as regras econômicas do mercado cooperativo global. Para tanto, tecem-se considerações acerca do impacto gerado pelas novas tecnologias e o balizamento técnico jurídico a ser observado nas regulamentações vindouras.

Palavras-chave: Tecnologia. Disrupção. Regulamentação. Sociedade da Informação

INTRODUÇÃO

A evolução tecnológica alçada nas últimas décadas, principalmente com o advento da internet 2.0, trouxe uma série de novos desafios a serem debatidos que englobam mudanças nas estruturas sociais e econômicas na sociedade da informação. O *case* Uber é paradigma no enfrentamento e discussão em torno de serviços disruptivos que por intermédio do desenvolvimento de aplicações de internet alteraram o cenário cooperativo global e a vida em sociedade.

A empresa, fruto das chamadas tecnologias disruptivas - surgidas pós Google e Facebook - embaralhou o fechado mercado do transporte público individual de passageiros, exercido, até então, por poucos permissionários de táxis; inaugurando neste mercado uma convulsão em que opõe taxistas e motoristas profissionais credenciados pela empresa.

O objetivo principal do trabalho é refletir a implantação dos serviços disruptivos na sociedade da informação por meio da concatenação dos campos jurídico e sociais, na constitucionalização da ordem econômica e no basilar princípio da livre iniciativa e concorrência.

A metodologia utilizada foi a de análise indutiva das bases das novas tecnologias após o advento da internet 2.0 e lançar luzes que embasam o seu desenvolvimento rechaçando visões opositivas, leis e regulamentações defasadas. Para isso, foi realizado um levantamento bibliográfico e jurisprudencial pesquisando autores e decisões judiciais que reflitam sobre a regulamentação das tecnologias vindouras, pois é certo que o surgimento de novas arquiteturas tecnológicas rompe com o *status quo* de uma atividade econômica vigente, e irrefutável que surgirá, também, a disputa por aqueles que detinham o monopólio.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Não seria exagero denominar a atual fase da evolução da espécie humana como sendo a do *homo sapiens tecnologicus*. A designação que intitula a obra do filósofo francês Michel Puech (2015), bem denota este momento da história em que se dá uma revolução na forma da relação entre o humano e a técnica. Também, é nesse sentido que os professores Lemos e Di Felice (2014, p.7) destacam:

A criação de uma arquitetura informativa que não se limita a distribuir informação, mas que também é interativa, permitindo o diálogo fértil entre dispositivos de conexão, banco de dados, pessoas e tudo o que existe, é um marco na história da comunicação, porque, pela primeira vez, altera-se a forma de transmissão das informações.

Com efeito, não podemos olvidar que o *imput* nessa tomada evolutiva principia com o advento da internet 2.0^[1], na medida em que a forma textual deixa de ser o foco e a conectividade tem se mostrado profícua por fotos, filmes e emojis^[2]. Podemos, *a priori*, pelo que os autores nos dizem entender que:

Toda a sociedade – em qualquer setor: governo, economia, universidade, sociedade civil etc. – está sendo profundamente alterada e transformada pelo advento dessa nova arquitetura de informação, que ao modificar a geometria de suas dimensões interativas e torna-la plural e interativa, acaba inevitavelmente alterando a sua forma e a sua essência (LEMOS; DI FELICE, 2014, p.8)

Assim, identificamos na atualidade tecnologias fomentadas por *startups*^[3] ávidas por desenvolver modelos de aplicativos para facilitar, integrar e entreter a vida contemporânea, dando início a novos modelos de negócios que, agora, reivindicam legitimidade, regulamentação legislativa e reconhecimento jurídico. Noutras palavras:

Existe hoje uma forma de empreender que se diferencia das empresas como eram conhecidas até a década de 90. Empresas agora chamadas especificamente de startups apresentam características particulares, tanto no que diz respeito aos seus objetivos, desde sua criação, quanto ao contexto no qual são criadas e se desenvolvem. Para Eric Ries, uma startup é uma instituição desenhada para criar um novo produto ou serviço sob condições de extrema incerteza e tem a inovação (seja tecnológica, de produto, de serviço, de processo ou de modelo de negócio) como o centro de suas operações. Julie Meyer ainda agrega a percepção de que as startups são empresas que normalmente começam pequenas, mas pensam grande e, devido ao seu grande potencial inovador, apresentam significativa probabilidade de crescimento exponencial em pouco tempo. (ARRUDA et al, 2012, p. 6).

O impacto social gerado por esses novos modelos de negócios, provocados pelos espíritos empreendedores, tornou-se tão valioso que, hoje, universidades fomentam o desenvolvimento de ideias criativas em ninhos tecnológicos^[4], e organizações premiam iniciativas avaliando critérios como: inovação, modelo de negócio e potencialidade econômica. Em linhas gerais, também podemos compreender do que o professor Clayton Christensen (2012, p. 24) denominou de tecnologias de ruptura, nesse conceito:

As tecnologias de ruptura trazem a um mercado uma proposição de valor muito diferente daquela disponível até então. Em geral, essas tecnologias têm desempenho inferior aos produtos estabelecidos em mercados predominantes. Mas contém outras características com algumas vantagens adicionais (e geralmente novas) de valor para o cliente. Produtos baseados nessas tecnologias são geralmente mais

baratos, mais simples, menores e frequentemente mais convenientes de usar.

Nesse passo, a grande chave para o entendimento da fenomenologia social atuante, é compreender a tecnologia, refletindo:

Aqui, devemos pensar, portanto, na perspectiva do desenvolvimento do conhecimento, assim como na perspectiva da inovação e das modalidades de transformação, em uma sinergia com a tecnologia, numa relação simbiótica, **e jamais opositiva nem hierárquica**. (LEMOS; DI FELICE, 2014, p. 19). (grifo dos autores)

Nessa visão, evoluir – usar a sabedoria humana na resolução de necessidades – significa, neste particular, deixar de ter uma visão opositiva das inovações tecnológicas, que se desvela somente por meio de um estudo mais acurado das realidades sociais.

Desta feita, o surgimento do aplicativo Uber fundou no mercado um novo modelo de transporte motorizado privado remunerado de passageiros, que se defrontou com uma série de sistemas que até então atuavam no ramo, como o dos táxis e que buscam manter o *status quo* dominante no mercado.

O modelo de negócios da UBER ganhou notoriedade por dispor aos consumidores serviço de transporte de qualidade superior, reconhecido, inclusive, pelo Economista-Chefe do departamento de estudos econômicos do CADE (ESTEVEZ, 2015, p. 9):

Os benefícios ao interesse público seriam inegáveis, pois aumentariam o bem estar da sociedade por diversos mecanismos: (i) o novo mercado proveria um substituto superior aos carros particulares para um determinado grupo de consumidores; (ii) o novo mercado proveria um substituto superior aos táxis para um segundo grupo de consumidores; (iii) o novo mercado rivalizaria com os táxis e com os carros particulares, o que poderia trazer reduções de preços nas corridas de táxis, no aluguel de carros de passeio e até mesmo nos preços dos carros novos e usados. Nem mesmo os profissionais do mercado de táxis (não proprietários das licenças) seriam prejudicados, pois poderiam inclusive (ex post) utilizar os serviços do aplicativo,

ou (ex ante) arbitrar entre entrar no mercado de táxis ou no mercado de caronas pagas. Portanto, o movimento refratário das autoridades seria justificado pela captura regulatória, motivada pela manipulação do ambiente político por grupos lobistas em busca de rendas econômicas, ou seja, por conta de rent-seeking.

Entretanto, com a exponencial implantação e implementação de seu modelo de negócio nas principais capitais brasileiras, uma enxurrada de ações judiciais de entidades representativas de taxistas^[5] tomou conta do Judiciário questionando a legalidade da atividade desenvolvida pela empresa e visando ordem judicial para obter a proibição de sua operação.^[6]

Atendendo a necessidade de regulamentação, foi promulgada a Lei Federal 13.640/2108 que regulamenta o transporte privado individual de passageiros. Conforme o art. 11-A desta Lei, a competência de regulamentar e fiscalizar o serviço de transporte remunerado individual de passageiros é exclusiva dos Municípios.

Na cidade de Porto Alegre, entrou em vigor da Lei Municipal n. 12.423/2018 que alterou dispositivos da Lei 8.133/1998 e Lei nº 12.162/2016, que não é imune às críticas. Ao argumento de uma regulação para que se atinja o fim do bem-estar, garantir a segurança dos usuários e a qualidade do serviço, a regulamentação gaúcha (RIO GRANDE DO SUL, 2016) institui em seu artigo 4º a infundada sujeição ao pagamento de Taxa de Gerenciamento Operacional (TGO), constituindo verdadeiro “pedágio público” fixando 0,025 Unidade Financeira Municipal (UFM) por viagem realizada por intermédio de aplicativos até o limite mensal equivalente a 20 UFM’s por veículo cadastrado, afetando princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência, vetores que devem ser observados no regramento legislativo de atividades econômicas no país.

No Brasil, a Constituição de 1988 concebe a ordem econômica sujeita aos ditames da justiça social, dando à justiça social conteúdo preciso e preordena alguns princípios da ordem econômica – defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e pessoais e a busca do pleno emprego. Em verdadeira busca utópica de humanização do capitalismo.

Ainda, o princípio da ordem econômica - a livre concorrência - revela contornos especiais, previsto no artigo 170, IV, e manifestação de liberdade de iniciativa, sendo garantido pelo que a Constituição institui em seu artigo 173, §4.

Portanto, a lei reprimirá os abusos de poder econômico que tendem a dominação de mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros.

É, pois, como salienta Guilherme Canedo de Guimarães:

“[...] quando o poder econômico passa a ser usado com o propósito de impedir a iniciativa de outros, com a ação no campo econômico, ou quando o poder econômico passa a ser o fator concorrente para um aumento arbitrário de lucros do detentor do poder, o abuso fica manifesto.”
(GUIMARÃES, 1975, p. 16).

O modo de produção capitalista é evidenciado por sua injustiça social, notadamente nos sistemas periféricos. Para que se que se alcance algum nível de justiça o sistema deve ser capaz de produzir os meios necessários de subsistência mínimos para que os cidadãos vivam dignamente atendendo tanto suas necessidades de natureza física, espiritual e política.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há, quem daqueles entre nós, como os autores distópicos Herbert George Wells, Evgeni Zamiatine, Aldous Huxley, George Orwell e Ray Bradbury, que em suas obras, anteviram profundas transformações políticas, sociais e econômicas potencializadas a partir de um marco de grandes descobertas científicas. Neste estudo, identificamos que o surgimento da *internet 2.0*, foi um marco transversal gerador de uma profusão de mudanças nas estruturas sociais de comunicação e econômicas, dignas das obras de ficção científica dos mencionados autores.

Nesse cenário, em que se dá o surgimento de *startups* que buscam soluções digitais em modelos de negócios relacionados aos anseios e problemas sociais, concluímos que não há espaço para a “marcha ré na evolução”, tampouco, se poderá tentar barrar a atividade econômica simplesmente para impor o *status quo*. A inteligência menos traumática será abandonar a visão opositiva das inovações vindouras, pois a livre concorrência é um dos princípios da ordem econômica e fonte sustentável de mudanças no modelo de produção capitalista.

De toda sorte, nenhuma atividade econômica pode permanecer no limbo e sendo constantemente questionada no Judiciário, portanto, para que se assegure segurança jurídica aos agentes econômicos são fundamentais soluções regulatórias discutidas para os novos serviços permitindo harmonia e coerência com a regulação dos serviços tradicionais, para que não sejam criadas sérias distorções regulatórias e concorrenciais.

Este estudo buscou analisar social e juridicamente mecanismos para resolução de conflitos causada por startups de serviços digitais que modificaram o cenário econômico vigente, utilizando o exemplo do caso mais notório - a Uber. Assim constatou-se que socialmente é imperativo abandonar o pré-conceito opositivo à tecnologia, no aspecto jurídico compreender o constitucionalismo contemporâneo em seu aspecto de constitucionalização da ordem econômica ancorada no princípio da livre concorrência inserido no artigo 170, IV da Constituição Federal do Brasil de 1988.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Carlos et al. **Causas da mortalidade de startups brasileiras**: o que fazer para aumentar as chances de sobrevivência no mercado? Nova Lima: FDC, [S.l.], 2014. Disponível em: https://www.fdc.org.br/blogespacodialogo/Documents/2014/causas_mortalidade_startups

_brasileiras.pdf.> Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm.> Acesso em: 12 out. 2016.

CHRISTENSEN, Clayton M. **O dilema da inovação**: quando as novas tecnologias levam empresas ao fracasso. São Paulo: M.Books do Brasil, 2012, p. 24.

ESTEVES, Luiz Alberto. **O Mercado de Transporte Individual de Passageiros: Regulação, Externalidades e Equilíbrio Urbano**. Disponível em: < <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/o-mercado-de-transporte-individual-de-passageiros.pdf>> Acesso em 01 out. 2017

GUIMARÃES, Guilherme A. Canedo. **O abuso do poder econômico**: apuração e repressão. Rio de Janeiro: Artenova, 1975, p. 16.

LEMOS, Ronaldo; DI FELICE, Massimo. **A vida em rede**. Campinas: Papirus 7 Mares, 2014, p.7.

PUECH, Michel. **Homo sapiens technologicus**. França. Le Pommier, 2015.

PORTO ALEGRE. 14º Vara Cível de Porto Alegre. **Ação indenizatória. SINTAXI – Sindicato dos Taxistas de Porto Alegre e Uber do Brasil Tecnologia Ltda**. Processo nº 001/1.16.0065894-7. Disponível em: Acesso em: 01 out. 2017

PRIMO, Alex . **O aspecto relacional das interações na Web 2.0**. E- Compós (Brasília), v. 9, p. 1-21, 2007. Acesso em: 18 jun. 2016.

PORTO ALEGRE. Prefeitura Municipal. Lei Municipal nº 12.162, de 9 de dezembro de 2016. **Diário Oficial de Porto Alegre**, Porto Alegre. Disponível em: . Acesso em: 01 out. 2017.

NOTAS:

[1]É a segunda geração de serviços online e caracteriza-se por potencializar as formas de publicação, compartilhamento e organização de informações, além de ampliar os espaços para a interação entre os participantes do processo. A Web 2.0 refere-se não apenas a uma combinação de técnicas informáticas (serviços Web, linguagem Ajax, Web syndication, etc.), mas também a um determinado período tecnológico, a um conjunto de novas estratégias mercadológicas e a processos de comunicação mediados pelo computador.

[2]São símbolos que substituem palavras na comunicação surgidos no Japão na década de 1990, tais como: JL

[3]Empresas que atual em modelos de negócios de extrema incerteza, buscando uma forma de torna-lo repetível e escalável.

[4]A exemplo do Parque Científico e Tecnológico – TECNOPUC – no Rio Grande do Sul.

[5]O CADE, no âmbito do direito concorrencial, tem investigado a prática de litigância abusiva e anticompetitiva dessas entidades (sham litigation). Manifestação da Superintendência-Geral Do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – SG/CADE, na Nota Técnica nº 51/2015CGAA4/SGA1/SG/CADE, do procedimento preparatório nº 08700.006964/2015-71.

[6]Processos na 19º Vara Cível de São Paulo nº (1009999-39.2014.8.26.0011, 1084191-64.2014.8.26.0100, 1040391-49.2015.8.26.0100); Processos na 41º Vara Cível de São Paulo Processo nº (1054861-85.2015.8.26.0100); Processos na 9º

Vara de Fazenda Pública de São Paulo Processo nº (1021126-08.2015.8.26.0053); Processo na 28ª Vara Cível de São Paulo nº 1028378-81.2016.8.26.0100; Processo na 2ª Vara de Fazenda Pública de Guarulhos nº 1034223-47.2015.8.26.0224; Processo na 2ª Vara de Fazenda Pública de Campinas nº 1005778.24.2016.8.26.0114; Processo na 8ª Vara Cível de Brasília nº (0014466-05.2015.8.07.0001 e 0036012-19.2015.8.07.0001); Processo na 11ª Vara Cível de Belo Horizonte nº 5055098-14.2016.8.13.0024; Processo na 29ª Vara Cível de Fortaleza nº 014060601-55.2016.8.06.0001.

ANIMAIS NÃO-HUMANOS COMO SUJEITOS DE DIREITO: UMA TRANSFORMAÇÃO FUNDAMENTAL À OBTENÇÃO DA DIGNIDADE

LUIZA ALVES CHAVES: Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense.

MYLENA DEVEZAS SOUZA^[1]
(Coautora)

RESUMO: O presente trabalho visa entender como os indivíduos não humanos estão colocados no cenário jurídico brasileiro e qual a repercussão desse enquadramento na perspectiva de alcance de seus direitos fundamentais. Para tanto, buscou-se entender as principais correntes vinculadas ao direito dos animais e identificar os pontos do ordenamento jurídico brasileiro que tratam do tema a partir da perspectiva abolicionista animal, detalhando os aspectos mais relevantes da bioética. Para realizar a presente pesquisa adotamos a seguinte metodologia, primeiramente, buscou-se pesquisar notícias, coletar dados e fontes legislativas. Em seguida buscamos analisar a bibliografia sobre o tema, refletindo sobre as informações coletadas.

Palavras-chave: Direito dos Animais; Dignidade Animal; Antropocentrismo

SUMÁRIO: 1. Introdução, 2. Sujeitos de Direito, 3. Aberturas legais à visão de animais não-humanos como sujeitos de Direito, 4. Argumentos contrários à elevação dos animais a categoria de sujeitos de direito, 5. Dignidade e Direitos Fundamentais, 6. Conclusão, 7. Referências

1. INTRODUÇÃO

Muito embora se tenha observado uma progressão na questão do respeito aos animais aos longos dos últimos anos, ainda hoje a forma de pensar em relações aos indivíduos não-humanos abre espaço para uma discussão acerca da sociedade humana como antropocêntrica e especista.

Essa percepção se faz presente diretamente na classificação dada no ordenamento jurídico dos animais como objetos de direito, sendo assim ficam eles a mercê dos interesses humanos até na hora da sua proteção legal.

Buscou-se nesse trabalho fazer um levantamento acerca do conceito de sujeito de direito e demonstrar como os animais podem ser incluídos nessa categoria jurídica, sendo essa transformação fundamental para que estes seres possam gozar plenamente de uma vida digna.

Para isso, realizou-se um levantamento bibliográfico acerca do tema, buscando entender as principais vertentes do direito animal, tendo sido entendido que a mais adequada a construção jurídica da solução proposta a corrente abolicionista, assim sendo foi feita uma análise de artigos científicos e na legislação temática, que culminou na reflexão abaixo exposta.

2. SUJEITOS DE DIREITO

Afim de que se possa compreender a importância da colocação dos animais não-humanos na posição de sujeitos de direito, analisar-se-á a essência desse conceito, apresentando no que ele consiste.

De acordo com os conceitos trabalhados pelo direito, as pessoas são os titulares de poder de ação nas relações jurídicas, desse modo consistem em sujeitos destas relações. Entende-se que no direito subjetivo, tem-se uma relação jurídica estabelecida entre um sujeito ativo, titular de do direito, e um sujeito passivo, ou vários sujeitos passivos, gerando uma prerrogativa para o primeiro em face destes. [\[2\]](#)

Ou seja, a concepção ou não de um indivíduo como sujeito de direito implica diretamente na capacidade que este tem de adquirir direitos. O entendimento geral da doutrina civilista é de que os animais não são sujeitos de direito, seguindo esse entendimento mesmo quando eles são protegidos contra atos de crueldade, eles estão sendo objetos e o homem que de fato tem seu direito tutelado.

Nas palavras de Monteiro, no que tange a legislação protetiva animal:

Nem por isso, entretanto, se tornam sujeitos de direitos. Como dizem Ruggiero-Maroi, os animais são tomados de consideração apenas para fins sociais, pela necessidade de se elevar o sentimento humano, evitando-se o espetáculo degradante de perversa brutalidade. Nem se pode dizer igualmente que os animais tenham semidireitos ou sejam semipessoas, como quer Paul Janet. [\[3\]](#)

Estão evidentes os traços antropocêntricos que marcam esta teoria civilista e, muito embora essa ideia represente o senso comum dos juristas, resta patente que ela não condiz com a realidade.

Atendo-se as palavras de Oliveira:

Vejamos. Se uma pessoa (humana) envenena o cão de outra, quem é a vítima? O cachorro, como se poderia supor, já que foi ele quem perdeu a vida? Não. Ele não tem direito à (própria) vida. A vítima é o dono, porque ele tem direito sobre a (vida da) coisa, sua propriedade. Se traficantes ilegais de aves silvestres aprisionam, matam, mutilam, inúmeros pássaros, em um comércio que movimenta milhões, quem são as vítimas? Não são as aves, vez que não possuem direito à liberdade, à integridade física e à vida. É a sociedade (humana), o Estado. Não é direito individual (de cada um destes seres), é direito (humano) difuso. [\[4\]](#)

Ainda no que tange aos sujeitos de direito e suas relações jurídicas é fundamental também se esclarecer que nem todos os sujeitos de direito são pessoas, entendimento esse já há muito tempo pacificado e inclusive veiculado no sistema legislativo nacional.

De acordo com Coelho:

Sujeito de direito é o centro de imputações de direitos e obrigações referido em normas jurídicas com a finalidade de orientar a superação de conflitos de interesse que envolvem, direta ou indiretamente, homens e mulheres.

Nem todo sujeito de direito é pessoa e nem todas as pessoas, para o direito, são seres humanos. [5]

Desse modo, mesmo que toda pessoa natural seja sujeito de direito, nem todo sujeito de direito é pessoa. Coelho utiliza dois critérios para classificação dos sujeitos de direito: “o primeiro divide-os em personificados e despersonificados, pois os sujeitos podem ser pessoas ou não. O segundo distingue entre os sujeitos humanos e não-humanos.” [6]

Ainda utilizando as palavras do supracitado jurista:

(...) mesmo os sujeitos de direito despersonalizados são titulares de direitos e deveres. O atributo da personalização não é condição para possuir direitos ou ser obrigado a qualquer prestação. Recupere-se o conceito de sujeito de direito – centro de imputação de direitos e obrigações referidos pelas normas jurídicas. Todos os sujeitos nele se enquadram, de modo que também os despersonificados são aptos a titularizar direitos e deveres. [7]

Já, em relação ao conceito de pessoa cabe a menção de que, no ordenamento jurídico brasileiro, há dois tipos de pessoas: naturais e jurídicas. Aquelas, também chamadas de pessoas físicas, são os seres humanos. Já as jurídicas são entes formados pelo agrupamento de homens para determinados fins, como é o caso das associações, sociedades e fundações, por exemplo.

Neste diapasão, no que tange as pessoas jurídicas, Rodrigues salienta: “A personalização desses grupos é a construção metodológica designada a possibilitar e favorecer as atividades individuais ou coletivas” [8].

Seguindo esse entendimento, a noção de sujeito de direito trazida pela teoria moderna abre espaço para o desmoronamento das categorias clássicas, tendo a própria dogmática jurídica admitindo a construção de personalidades jurídicas artificiais.

Há que se ressaltar nesse ponto que ser sujeito de direito não indica que as pessoas sejam dotadas de capacidade jurídica. Em determinados casos, há que se

evocar outros institutos jurídicos, para que funcionem como ferramentas onde serão expressados os direitos e obrigações desse titular. Nesse sentido, o legislador brasileiro optou pela representação, para sanar essa incapacidade em juízo ou perante terceiros.

Essa opção é veiculada no art. 120 do Código Civil, leia-se:

Art. 120. Os requisitos e os efeitos da representação legal são os estabelecidos nas normas respectivas; os da representação voluntária são os da Parte Especial deste Código.[\[9\]](#)

A representação, nas palavras de Gonçalves:

(...) tem o significado, pois, de atuação jurídica em nome de outrem. Constitui verdadeira legitimação para agir por conta de outrem, que nasce da lei ou do contrato. A representação legal é exercida sempre no interesse do representado, enquanto a convencional pode realiza-se no interesse do próprio representante, como sucede, por exemplo, na procuração em causa própria.

Portanto, mesmo que determinadas pessoas físicas sejam vistas como incapazes, isso não tira delas a titularidade de direitos. O mesmo entendimento pode ser estendido aos animais, que embora sejam incapazes, devem ser considerados como sujeitos de direito, haja vista que podem ser representados e ter seus direitos defendidos pelos órgãos competentes.

Vale aqui ressaltar o enfoque trazido por Dias:

O animal como sujeito de direitos já é concebido por grande parte de doutrinadores jurídicos de todo o mundo. Um os argumentos mais comuns para a defesa desta concepção é o de que, assim como as pessoas jurídicas ou morais possuem direitos de personalidade reconhecidos desde o momento em que registram seus atos constitutivos em órgão competente, e podem comparecer em Juízo para pleitear esses direitos, também os animais tornam-se

sujeitos de direitos subjetivos por força das leis que os protegem. Embora não tenham capacidade de comparecer em Juízo para pleiteá-los, o Poder Público e a coletividade receberam a incumbência constitucional de sua proteção..[10]

Ademais, é imprescindível mencionar que o conceito de pessoa: "é uma obra de personificação que exclusivamente a ordem jurídica pode perpetrar. Tanto as pessoas jurídicas quanto as pessoas naturais são construções do Direito." [11] Neste sentido, "ser sujeito e direito ou pessoa é ser um 'ser' ou 'ente' considerado fim dele próprio pelo ordenamento jurídico" [12].

Em contexto correlato, Wilson Madeira Filho explora a própria literalidade da classificação dos animais enquanto coisas, reclamando por um "direito das coisas":

Examinemos bem esse termo: "Direito das Coisas". No que concerne aos preceitos normativos, esse diz respeito a uma subdivisão do Direito Civil em seu aspecto patrimonial; trata-se do direito da pessoa frente às coisas, entendidas essas como bens. Todavia, se fôssemos interpretar a o pé da letra o termo, as coisas se veriam como sujeitos de direitos, no sentido de que, afinal, os "Direitos..." são "das coisas". Estaríamos, então, próximos à idéia do chamado Direito Natural, onde um cachorro, uma lombriga ou um homem teriam todos, indiferentemente, direito à vida; onde o direito sobrepairia, inalienável e soberano, sobre tudo e todos.[13]

Após finalizar essas considerações básicas acerca dos sujeitos de direito e do instituto da representação, cabe demonstrar quais são os ditames legais que abrem portas ao início de uma transformação em seu *status quo*.

3. ABERTURAS LEGAIS À VISÃO DOS ANIMAIS COMO SUJEITOS DE DIREITO

Como já mencionado, os animais ainda não são reconhecidos como sujeitos de direito no ordenamento jurídico pátrio, o que se tem é uma construção jurídica diferenciada que os torna (não em sua totalidade, como explicado anteriormente,

devido as diversas classificações que são enquadrados cada grupo de espécies na legislação) bens difusos, tendo de certa forma a si garantidos também direitos difusos.

Nas palavras de Ackel: "já se pode afirmar que a norma atribui aos animais uma espécie de personificação, que os torna sujeitos de direitos os quais podem gozar e obter a tutela jurisdicional em caso de violação"[14].

Essa posição legal vanguardista foi dada pelo §3º do art. 2º do Decreto 24.645, de 1934.

Art. 2º Aquele que, em lugar público ou privado, aplicar ou fizer aplicar maus tratos aos animais, incorrerá em multa de 20\$000 a 500\$000 e na pena de prisão celular de 2 a 15 dias, quer o delinqüentes seja ou não o respectivo proprietário, sem prejuízo da ação civil que possa caber.

(...)

§ 3º Os animais serão assistidos em juízo pelos representantes do Ministério Público, seus substitutos legais e pelos membros das sociedades protetoras de animais.[15]

Como se pode constatar após a leitura do referido parágrafo, é estabelecido que o Ministério Público deve agir como representante dos animais na custódia de seus interesses. Com isso, nas palavras de Rodrigues:

Ao considerar que o Ministério Público possui legitimidade para substituir as partes para as quais atua em nome próprio, na qualidade de autor ou réu, de pessoas físicas ou jurídicas a quem são atribuídas personalizações, o legislador, mediante o Decreto 24.645, não só conferiu nova função relevantíssima ao Ministério Público, mas também reconheceu que os Animais não são meramente "coisas" como se abstrai do Código Civil.[16]

Ocorre que o sistema jurídico é representativo da sociedade, sendo assim, muito embora sejam criados no ordenamento mecanismos que começam a

viabilizar a mudança do papel dos animais não-humanos na sociedade, essa transformação só irá ocorrer mediante uma percepção de uma nova perspectiva axiológica pelos próprios seres humanos.

Ou seja, a maior barreira enfrentada para que seja realizada essa reinterpretação da natureza jurídica dos animais é a própria concepção antropológica acerca do papel dos indivíduos não-humanos. Para melhor compreensão desse posicionamento passar-se-á a demonstrar as principais razões apontadas pela doutrina e pela sociedade em geral para desconsiderações os animais como detentores de direitos. Buscar-se-á, com isso, identificar onde estão as incoerências nessas argumentações.

4. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À ELEVAÇÃO DE ANIMAIS NÃO-HUMANOS À CATEGORIA DE SUJEITOS DE DIREITO

Oliveira apresenta uma série de argumentos que costumam ser utilizados pelos juristas para distanciar os animais do rol dos detentores de direitos^[17]. O primeiro argumento trabalhado é o que consiste em que para que um determinado ser seja sujeito de direito ele também deverá ter capacidade para possuir dever. Sendo os animais incapazes de se sujeitarem a deveres, também serão de ter direitos.

Não é preciso divagar muito na seara jurídica para se contrapor esse argumento, visto que nem mesmo para os seres humanos essa relação direitos e deveres é tão direta. Um bebê, uma pessoa incapaz, ou em coma, por exemplo, não tem quaisquer deveres, contudo goza de uma infinidade de direitos.

Nas próprias palavras de Oliveira: “O fato de animais não terem compreensão ou consciência de deveres, conforme normalmente se diz, não obsta que sejam titulares de direitos. Como se costuma assinalar, não serem agentes morais não implica que não sejam pacientes morais”^[18].

Ainda sobre esse ponto, cabe ressaltar que não há comprovação pacífica de que os animais não têm qualquer consciência de dever. Pelo contrário, existem inúmeros indícios de que diversas espécies possuem um alto grau de compreensão de obrigação tanto no que tange a sua própria espécie quanto no que diz respeito às demais (como é o caso, por exemplo, dos cachorros que

protegem seus donos e são até mesmo treinados para guiar pessoas com deficiência visual). [19]

O segundo argumento, também elencado pelos opositores aos direitos animais, é que só tem direitos aqueles que podem reivindicá-los. Existem aqui dois aspectos que precisam ser apontados. O primeiro concerne à capacidade moral de requerer seus direitos, ou seja, ao se deparar com uma situação em que precisa se manifestar para reclamar um direito o animal poderá ou não o fazer? Não resta dúvida que ele poderá e normalmente o faz.

Quando um animal está sendo maltratado ele se defende, ao sentir sede ou fome ele emite sons e consegue explicitar que algo está errado na situação, embora não tenha meios de se comunicar expressamente pela fala.

No que diz respeito à capacidade jurídica, por óbvio o animal não tem capacidade de requerer judicialmente seus direitos, bem como não o faz as pessoas humanas relativa ou completamente incapazes.

O terceiro argumento é que a titularidade de direitos depende da racionalidade, sendo que os animais irracionais ficam a margem dessa classificação. Sobre esse ponto também há, segundo Oliveira, que se considerar dois argumentos: o primeiro deles, é que o conceito de racionalidade é muito difuso, sendo os próprios homens, serem teoricamente racionais, capazes de cometer atos atroz. Ademais, existem diversos tipos de racionalidade, muitas delas dentre as quais os animais podem ser incluídos. A racionalidade emocional é um exemplo delas, é fácil perceber que um animal apresenta reações emocionais que se encaixam racionalmente na situação em que estão vivenciando.

Além disso, é certo mencionar que existem diversos seres humanos que, por algum tipo de deficiência ou até mesmo pela sua pouca idade, tem sua racionalidade total ou parcialmente afetada e nem por isso são desconsiderados como sujeitos de direito, pelo contrário, esses indivíduos gozam de ainda mais subterfúgios para preservação de integridade.

O quarto argumento trabalhado é a questão da comunicação. Para alguns há o entendimento de que os animais não são detentores de direitos, pois eles não têm uma linguagem, não falam.

Resta patente que muitas espécies de animais possuem um desenvolvido sistema de comunicação e linguagem, inclusive alguns deles compreendidos pelos seres humanos (não são raros os casos de pessoas que convivem com animais se dizerem compreendidas por eles e serem capazes de perceber suas emoções e necessidades através de um meio próprio de comunicação).

O quinto argumento trazido é que os animais não são sujeitos de direito por não serem autoconscientes de suas vidas, de sua própria individualidade. Nesse ponto, para elucidar mais fielmente a questão cabe trazer expressamente a citação de Oliveira: "Ora, não saber de antemão que se vai morrer não implica que não se tenha direito à vida. Ao risco da morte é normal se agarrar a vida. Vale para o animal humano e não-humano, o que significa que ambos prezam as suas vidas, não querem perdê-la"^[20].

Como sexto argumento, os opositores mencionam o fato de que se os animais possuíssem direitos seria impossibilitado ao homem mata-los, mesmo quando se tratasse de um animal transmissor de doenças, venenoso ou de alguma forma perigoso.

Esse argumento também encontra falhas, tendo em vista que ao ser permitido a um homem matar ou agredir outro humano em casos de legítima defesa o mesmo se faria em relação aos animais. E, nos casos onde a doença ou infortúnio advindo do animal não seja letal, cabe ainda se avaliar a liberdade humana em contraposição ao direito do animal, sendo importante ressaltar que isso não pode se tornar um salvo conduto para justificar qualquer atitude.

De acordo com Oliveira, mesmo que esses pontos não sejam irrelevantes para à ética animal, existem inúmeros outras situações menos extravagantes e polêmicas, que devem ser enfrentadas anteriormente, como é o caso da caça esportiva, do vestuário de pele, da experimentação científica usando animais e do consumo da carne.

Ainda nesse ponto cabe mencionar que tanto no que tange a legítima defesa quanto ao estado de necessidade, mesmo havendo a legitimidade de outrem tirar a vida de alguém ainda assim isso não significa que este não tem direito a vida.

Outro ponto que também é comumente suscitado quando se vem contrapor a defesa dos direitos dos animais é a questão de que ao defender os animais também se abre precedente para defesa de que os demais seres vivos sejam intitulados como sujeitos de direito.

Logo, ao defender os direitos dos animais indica-se que o próximo passo é defender o direito das plantas. Como já mencionado anteriormente, a Ecologia Profunda visa defender os direitos de todos os seres e ecossistemas, para tanto busca a preservação de um meio equilibrado onde sejam mantidas as condições necessárias e que sejam feitas artificialmente as menores mudanças possíveis.

Contudo, mesmo que os interesses de toda teia terrestre sejam defendidos é também óbvio que cada ser deve ter seus direitos defendidos de acordo com sua natureza, defender os interesses de todos não significar equipará-los, mas sim identificar o que faz sentido ser garantido para cada um de acordo com sua espécie.

Por último, outro ponto que costuma também ser levantado é a questão dos animais não serem capazes de compreender/usufruir de alguns direitos salvaguardados aos seres humanos, como o direito a educação, direito eleitoral e direito a sindicalização.

Resta evidente que os animais não serão titulares desses direitos, mas sim de garantias que se enquadrem a sua condição natural, de acordo com o que condiz com as características de sua espécie.

Nas palavras de Oliveira, corroboradas com o entendimento de Norberto Bobbio:

Os dois direitos fundamentais que seriam absolutos, segundo Norberto Bobbio, os animais não-humanos possuem: direito a não ser torturado e direito a não ser escravizado. E outros para além daqueles já citados, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito à vida sexual/reprodução, direito à saúde.[\[21\]](#)

Ou seja, pelas palavras de Bobbio pode-se verificar que a eles deverão ser resguardados os direitos que lhe cabem, em conformidade com suas necessidades específicas, para que possam usufruir de suas vidas com plenitude e dignidade.

5. DIGNIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme se verificou ao longo desse estudo, a legislação construída acerca dos direitos dos animais no Brasil ainda é bastante incipiente, além disso, seus traços são fortemente marcados por uma visão bem-estarista animal.

Esse fato faz com que haja necessidade de se clamar por direitos fora da legislação, para que assim sejam atendidos os interesses dos indivíduos não-humanos[22]. Busca-se, portanto, com apoio nas construções doutrinárias e filosóficas demonstrar a legitimidade de tais interesses.

Objetivando elucidar as razões que tornam os animais indivíduos plenamente dotados de direitos fundamentais, far-se-á uma breve compilação constitucional acerca dos direitos fundamentais, focando o estudo no princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que este é o basilar de todos os direitos.

Nas palavras de Luis Roberto Barroso:

Como um valor fundamental que é também um princípio constitucional, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais.

(...)

A dignidade humana é parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais, como a igualdade, a liberdade ou o direito ao voto (o qual, a propósito não está expresso no texto na Constituição dos Estados Unidos). Sendo assim, ela vai necessariamente informar a interpretação de tais direitos constitucionais, ajudando a definir o seu sentido nos casos concretos. [23]

O conceito de dignidade possui seu núcleo vinculado à ideia de respeito aos seres que dela são dotados. Um indivíduo que merece dignidade deve ter seus direitos fundamentais, sua vida e sua liberdade resguardadas. Sem essa concepção é enfraquecida a ideia de preservação de direitos.

Corroborando essa visão Ingo Sarlet conceitua a dignidade da pessoa humana como:

(...) a qualidade intrínseca reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.[\[24\]](#)

Ambos os autores admitem a existência de dignidade para além da vida humana, embora compactuem do entendimento que há uma diferença entre os conceitos de dignidade da vida humana e das demais formas de vida.

Segundo Sarlet:

[s]e com isso se está a admitir uma dignidade da vida para além da humana, tal reconhecimento não necessariamente conflita (...) com a noção de dignidade própria e diferenciada – não necessariamente superior e muito menos excludente de outras dignidades – da pessoa humana, que, à evidência, somente e necessariamente é da pessoa humana.[\[25\]](#)

Já, nas palavras de Barroso: “[h]á uma percepção crescente (...) de que a posição especial da humanidade não autoriza arrogância e in- diferença frente à

natureza em geral, incluindo os animais não- racionais, que têm seu próprio tipo de dignidade”[26].

Essa necessidade de diferenciação que ambos os autores vêm nas espécies de dignidade se baseia na percepção que ambos têm de que a dignidade está intimamente vinculada a autonomia da vontade, o que para Sarlet decorre da racionalidade e para Barroso da inteligência, sensibilidade e capacidade de se comunicar[27].

Essa concepção acaba sendo frágil, tendo em vista que ela alcança somente os seres humanos de maneira global, tendo em vista a existência de muitos homens que tem sua capacidade de racionalidade, inteligência e comunicação afetadas devido a inúmeras doenças e condições neuropsicológicas.

Nesse mesmo sentido, existem muitos animais que possuem capacidade de raciocínio, inteligência e comunicação superior a alguns seres humanos deficientes, bem como a bebês recém-nascidos, sendo assim seriam eles passíveis de adequação no conceito de dignidade humana.

Percebe-se, portanto, que de fato a única justificativa para não enquadrar os animais como detentores de dignidade da mesma forma que os humanos é o especismo. A visão de que os homens possuem um status superior simplesmente por serem *homo sapiens*. E, como já se defendeu ao longo de todo esse trabalho, esse argumento representativo do preconceito não justifica a subjugação animal.

Nas palavras de Oliveira:

O fato de não pertencerem à espécie humana em nada prejudica as suas condições de sujeitos de direitos. Seres vivos que são, possuem direito à (própria) vida; sendo corpóreos, têm direito à integridade física. Possuem direito à liberdade, a não serem incomodados, a não serem violentados. Têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a uma vida gregária se for da sua natureza. Enfim, para não alongar as ilustrações, têm direito a procurar a boa vida consonante a sua especificidade.[28]

Para resolver esse impasse doutrinário acerca das diferentes formas de dignidade e das proposições que as baseiam evocar-se-á o conceito do valor inerente trazido por Tom Regan.

De acordo com o filósofo, cada indivíduo tem um valor próprio que independe de suas qualidades, características ou méritos, esse valor é por ele chamado de valor inerente e nele devem se basear a origem de todos os direitos. Essa definição vai além da utilidade de cada indivíduo fazendo ter direitos simplesmente por ser, existir.

Como Freire menciona:

De início, Regan concentra sua argumentação tendo em mente apenas os agentes morais, no entanto, o filósofo assevera que restringir o valor inerente apenas aos agentes morais seria arbitrário. Alguns dos danos causados a pacientes morais são do mesmo tipo que os danos causados a agentes morais, não se pode dizer que agentes e pacientes morais nunca podem sofrer danos de formas relevantemente similares. Portanto, proteger somente os primeiros de danos que podem suceder aos dois é tratar casos iguais de maneira diversa.^[29]

Para Regan^[30] definir se um indivíduo possui valor inerente ele usa como critério o fato de serem ou não sujeitos-de-uma-vida, sendo esse: “aquele ser que está no mundo, que é consciente do mundo, para quem o que lhe acontece é importante para ele, independentemente da consideração de outros indivíduos”.^[31]

Desse modo, fica claro que a visão de Regan busca fazer uma aproximação entre os animais e os seres humanos, demonstrando que esses por serem dotados de vida e terem um complexo sistema emocional e social não podem ser excluídos do rol de detentores de direitos fundamentais.

Aos animais devem ser garantidos os direitos a vida, à liberdade e a dignidade, bem como a saúde e a um meio ambiente equilibrado. Os direitos a eles estendidos só devem cessar no limite de suas características individuais, não cabendo, por óbvio, oferecer-lhes direito à voto ou à educação, mas sendo

indispensável que se preserve as condições para que eles possam viver com dignidade de acordo com suas especificidades.

Ao falar em direitos dos animais é indispensável se ter em mente o conceito de igualdade, onde se percebe que tratar de maneira igual é oferecer a cada um o que lhe é necessário de acordo com suas próprias necessidades, tratando os iguais como iguais e os desiguais como desiguais, mas mantendo o respeito por todas as formas de vida.

O ponto nodal está fielmente expresso nos dizeres de Regan:

O respeito é o tema principal, porque tratar um ao outro com respeito é exatamente tratar um ao outro de modo a respeitar os nossos direitos. Nosso direito mais fundamental, então, o direito que unifica todos os nossos outros direitos, é o nosso direito de sermos tratados com respeito. [32]

Existe, pois, diversas formas de se entender, tratar e relacionar com os animais. Cada ser, seja humano ou não, preserva suas próprias características e vivencia experiências únicas. Porém, é imprescindível se valorar todos os indivíduos, dando a todos o respeito que lhes é merecido.

7. CONCLUSÃO

O campo do Direito dos Animais vem aos poucos ganhando maior repercussão dentro da seara jurídica, são vistos mais debates acerca do tema e percebe-se uma expressiva melhoria no que concerne ao conteúdo das discussões trabalhadas.

Contudo, resta demonstrado que o tema está bem aquém de receber a valorização que merece. Isso se dá basicamente pela dificuldade que se encontra na própria sociedade de se reinterpretar as relações interespécies, desenvolvendo uma convivência mais harmônica, equilibrada e menos exploratória.

A ruptura com o pensamento tradicional de que os animais, bem como os demais componentes da Terra, foram aqui colocados para servir ao homem é

imprescindível, contudo ela perpassa por uma reconfiguração de hábitos já há milênios enraizados.

Os animais acabam sendo ainda mais torturados, maltratados e negligenciados pelo simples fato de serem visto todos os dias como produtos e subprodutos de uma indústria que movimenta grande parte da riqueza do país. Agrega-se a essa visão os padrões de consumo desenfreados cada vez mais valorizados pela sociedade e acaba-se dramatizando a situação, posto que além de vidas serem descartadas como meros objetos de lucro, o desperdício acaba sendo enorme.

Como restou demonstrado, os animais têm faculdade de usufruírem de direitos fundamentais e principalmente de terem todos os seus direitos preservados pelo homem, gerando neles a obrigação de não agir em desconformidades com esses.

Conclui-se, também, após toda pesquisa e desenvolvimento do trabalho, que apesar de haver ainda um longo caminho a ser percorrido já começa a se perceber uma mudança na sociedade no que tange ao papel que eles veem desempenhar os animais.

7. REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Dano Ambiental: uma abordagem conceitual*. 1ª edição (2ª triagem). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução: Humberto Laport de Mello. 2. Reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm > Acesso em: 30 set. 2017.

BRASIL. *Lei 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002.* Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm > Acesso em: 30 set. 2017.

DIEGUES, Antonio Carlos. **ARRUDA,** Rinaldo Sérgio Vieira. **SILVA,** Viviane Capezuto Ferreira da. **FIGOLS,** Francisca Aida Barboza, **ANDRADE,** Danielle. *Os Saberes Tradicionais e a Biodiversidade no Brasil.* São Paulo: NUPAUB – USP, 2000. p. 5. Disponível em: <http://livroaberto.ibict.br/bitstream/1/750/2/Biodiversidade%20e%20comunidades%20tradicionais%20no%20Brasil.pdf>. Acesso em: 30 set. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 1: Parte Geral.* 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos Animais: O Direito Deles e o Nosso Direito sobre Eles.* 2ª Edição. Campos dos Jordão: Editora Mantiqueira, 2004 .

LOURENÇO, Daniel Braga. *Direito dos Animais Fundamentação e Novas Perspectivas.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

MADEIRA FILHO, Wilson. Do direito das coisas. In: *Revista Consulex,* ano III, Volume I, n. 27. Brasília: Consulex, 31 de março de 1999, p. 31.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Direito da Natureza e Direito dos Animais: um enquadramento. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro,* Ano 2 (2013), nº 10.

OLIVEIRA. Fábio Côrrea Souza de. Direitos humanos e direitos não-humanos. In: *Direito Público e Evolução Social,* 3ª Série. Organizado por: Nilton César Flores e Renata Braga Klevenhusen. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.66. Disponível em: < <http://portal.estacio.br/media/4024361/livro%20eletronico%20-%20direito%20publico%20e%20evolu%C3%A7%C3%A3o%20social.pdf> > Acesso em: 30 set. 2017.

REGAN, Tom. *Jaulas Vazia: encarando o desafio dos direitos animais.* Tradução: Regina Rheda, revisão técnica: Rita Paixão e Sônia Felipe. Porto Alegre, RS: Lugano, 2006.

RODRIGUES, Danielle Tetü. *O Direito & os Animais: Uma Abordagem Ética, Filosófica e Normativa*. 2ª Edição. Curitiba: Juruá, 2008

RODRIGUES, Diogo Luiz Cordeiro. Legitimação dos Direitos dos Animais. In: *Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*. 2010. Disponível em: < http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2010/2010/aprovados/2010a_Dir_Pub_Diogo.pdf > Acesso em: 29 set. 2017.

SINGER, Peter. *Libertação Animal*. Tradução Marly Winclker, revisão técnica: Rita Paixão. Edição Revisada. Porto Alegre, São Paulo: Lugano, 2004.

NOTAS:

[1] Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Email: mylenadevezas@hotmail.com

[2] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, volume 1: Parte Geral. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 97

[3] MONTEIRO, Washington de Barros. apud. GONÇALVES. op. cit. p. 98

[4] OLIVEIRA, Fábio Côrrea Souza de. *Direitos humanos e direitos não-humanos. Direito Público e Evolução Social*, 3ª Série. Organizado por: Nilton César Flores e Renata Braga Klevenhusen. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.66. Disponível em: < <http://portal.estacio.br/media/4024361/livro%20eletronico%20-%20direito%20publico%20e%20evolu%C3%A7%C3%A3o%20social.pdf> > Acesso em: 17 de novembro de 2013.

[5] COELHO, Fábio Ulhoa. apud. RODRIGUES, Danielle Tetü. op. cit. p. 185

[6] LOURENÇO. op. cit. p. 499

[7] COELHO. apud. LOURENÇO. op. cit. p, 499-500

[8] RODRIGUES. op. cit. p. 186

[9] BRASIL. *Lei 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil

[10] DIAS, Edna. apud. RODRIGUES. op. cit. 187

[11] RODRIGUES. op. cit. 188

[12] Idem. p. 189

[13] MADEIRA FILHO, Wilson. Do direito das coisas. In: *Revista Consulex*, ano III, Volume I, n. 27. Brasília: Consulex, 31 de março de 1999, p. 31.

[14] ACKEL FILHO, Diomar. apud. RODRIGUES. op. cit. p. 124

[15] BRASIL. *Decreto 24.645, de 10 de julho de 1934*. Estabelece medidas de proteção aos animais. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 10 de julho de 1934. Disponível em:
< <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=39567> http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7889.htm > Acesso em: 5 jul.2013

[16] RODRIGUES. op. cit. p. 125

[17] OLIVEIRA. Direitos humanos e direitos não-humanos. op. cit. p.72

[18] OLIVEIRA. Direitos humanos e direitos não-humanos. op. cit. p.73

[19] Idem. loc. cit.

[20] OLIVEIRA. Direitos humanos e direitos não-humanos. op. cit. p. 79

[21] Idem. p. 87

[22] OLIVEIRA. Direitos humanos e direitos não-humanos. op. cit. p. 108

[23] BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução: Humberto Laport de Mello. 2. Reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

[24] SARLET apud FREIRE, Pedro Henrique de Souza Gomes. Dignidade Humana e Dignidade Animal. *Revista Brasileira de Direito dos Animais*. Ano 7 (2012). Volume 11. p. 61. Disponível em:
<<http://www.portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/viewFile/8416/6030>> Acesso em: 17 de novembro de 2013.

[25] SARLET apud FREIRE op. cit. p. 65

[26] BARROSO apud FREIRE loc. cit.

[27] FREIRE. loc. cit.

[28] OLIVEIRA. Direitos humanos e direitos não-humanos. op. cit. p. 108

[29] FREIRE. op. cit. p. 72

[30] REGAN apud FREIRE. op. cit. p. 72

[31] Idem loc. cit.

[32] REGAN apud RODRIGUES op. cit. p. 206

LIMITAÇÕES QUANDO DA GUERRA: UM ESTUDO SOBRE PROTEÇÕES DO DIREITO INTERNACIONAL CONFERIDAS AO MEIO AMBIENTE E RATIFICADAS PELO BRASIL

REISSON RONSONI DOS REIS: Possui graduação em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (2015), tendo recebido menção honrosa de 1º da turma durante a solenidade de formatura. É formando na Escola Preparatória de Cadetes do Exército (2010). Possui três menções honrosas por mérito escolar recebidos no Ensino Médio.²

RESUMO: O presente trabalho explora a história da guerra para verificar a existência de limitações nos métodos de guerrear, de modo a descobrir se existe correlação com as limitações de se causar prejuízo ao meio ambiente durante uma situação de conflito armado. Partindo disso, tem-se o desenvolvimento de um estudo perpendicular sobre a evolução das dimensões de Direitos Humanos e de Direitos Fundamentais, até que o trabalho se depara em um ponto de convergência em que são estudados os mecanismos de Direito Internacional Público que responsabilizam Estados e seus agentes quando de agressões ao meio ambiente, que, como um Direito Humano de Fraternidade é preservado pelo Direito Internacional dos Conflitos Armados até mesmo em situação de ausência da razão, de guerra.

Palavras-Chave: História da Guerra. Meio Ambiente. Direito Internacional dos Conflitos Armados.

2 . Co-autor do artigo "Direito à Saúde no Brasil e sua Judicialização: abordagem normativa e sociológica", presente no livro "Processo e Constituição: Interfaces Possíveis", da Editora Essere nel Mondo. Co-autor do artigo "Responsabilidade dos Sócios em Face de Débitos Tributários da Pessoa Jurídica" publicado na Revista Destaque Jurídico no segundo semestre de 2014. Co-autor do Livro Digital "Das Regras da Guerra: Da Ética Cavalheiresca ao Estatuto de Roma", da Editora Saraiva. Autor do artigo Dos Costumes às Leis: um estudo sobre a influência da ética cavalheiresca no direito militar brasileiro contemporâneo, publicado na Revista de Direito Militar da AMAJME. Especialista em Direito Militar Universidade Cândido Mendes. Mestrando em Direito das Relações Internacionais pela Universidad de la Empresa. Já foi assessor jurídico junto à Procuradoria-Geral do Município de Gravataí/RS. Atualmente é Subsecretário Municipal da Saúde em Gravataí/RS.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho elegeu por tema o estudo dos limites que o Direito Internacional estabeleceu sobre as possibilidades de conduta em conflitos armados – em especial, a guerra – no que concerne ao meio ambiente.

Não se objetiva, todavia, tratar sobre a legitimidade ou não das guerras na contemporaneidade, mas tão somente, ao estabelecer-se como marco a existência de uma situação de guerra, abordar um estudo histórico e bibliográfico sobre o caminho percorrido pela cultura guerreira desde os primórdios até a contemporaneidade no tocante às práticas aceitáveis ou não em um conflito armado.

Para isso, aventaram-se hipóteses, as quais norteiam a pesquisa ao indagarem se a guerra alguma vez foi, no tocante a seus métodos de execução, ilimitada; se a existência de limitação deveu-se a uma preocupação com o pós-guerra; e se a proteção conferida ao Direito Ambiental guarda relação com a cultura guerreira e com a proteção do Direito Internacional Humanitário.

Com tais questionamentos, este estudo organizou-se em uma sucessão de capítulos, os quais possuem o intuito de, inicialmente, construir uma linha do tempo comparativa entre a ampliação das limitações dos meios de execução dos conflitos armados e ampliação das dimensões dos Direitos Humanos, para, então, demonstrar como são internalizados e, a partir disso, verificar-se a existência de dispositivos internalizados ao ordenamento jurídico brasileiro tratando da responsabilidade do Estado e de seus agentes no tocante aos atos praticados contra o meio ambiente quando da ocorrência de uma guerra.

1 DA HISTÓRIA DA LIMITAÇÃO DA CONDUTA GUERREIRA EM SITUAÇÕES DE GUERRA

Primeiramente, para que se possa estudar a história da limitação da conduta guerreira em situações de guerra, é preciso que se defina o que é "guerra", pois, do contrário, estudar-se-á a história de um termo desconhecido.

A "guerra" é uma prática que precede a existência dos Estados, como são concebidos na contemporaneidade, em que uma sociedade (um povo), por meio da força, tenta impor sua vontade sobre um ou mais povos (KEEGAN, 2006, p. 18-20):

Contudo, a guerra precede o Estado, a diplomacia e a estratégia por vários milênios. A guerra é quase tão antiga quanto o próprio homem e atinge os lugares mais secretos do coração humano, lugares em que o ego dissolve os propósitos racionais, onde reina o orgulho, onde a emoção é suprema, onde o instinto é rei. [...]. O que não se levava em conta de forma alguma era a guerra sem início ou final, a guerra endêmica de povos sem Estado, ou mesmo em estágio pré-estatal, nos quais não havia distinção entre portadores legais e ilegais de armas, uma vez que todos os homens eram guerreiros.

Porém, outra forma de definir o que é a "guerra" é fazer o caminho inverso, o de fazer a negativa sobre aquilo que não é "guerra". Nesse sentido, é possível que se diga que não é "guerra" uma rixa, uma luta, uma inimizade de cidadãos privados, não podendo, igualmente, estar ausente o elemento "arma", porque sem o uso de armas não pode haver uma guerra (GENTILI, 2006, p. 61):

Além disso convém que a contenda seja pública, não podendo ser chamada guerra uma rixa, uma luta, uma inimizade de cidadãos privados. Públicas também devem ser as armas, de parte e outra, porque como guerra se classifica o que ocorre entre duas partes iguais. O combate visa à vitória, tanto que no início se chamava duelo.

Conceito esse que sofreu uma metamorfose ao longo da história humana, o que se poderá acompanhar no discorrer do estudo sobre as limitações de conduta guerreira em guerra, até que se chegasse no conceito contemporâneo de "guerra".

Na concepção atual, "guerra" é (PORTELA, 2011, p. 537):

[...] o conflito armado que envolve Estados soberanos e cujo objetivo principal é solucionar uma controvérsia pela imposição da vontade de uma das partes na disputa. [...] a

noção de guerra abrange também os conflitos armados por meios dos quais os povos, no exercício do direito à autodeterminação, lutam contra dominação colonial, a ocupação estrangeira e os regimes racistas, nos termos dos Protocolos I e II, adicionais às Convenções de Genebra, de 1977.

Logo, percebe-se que a definição de “guerra” independe de que haja um conflito bélico entre Estados, contudo, por ser uma “contenda de armas públicas” (GENTILI, 2006, p. 61), incluem-se como principais partes envolvidas os Estados, pode existir até mesmo sem que haja Estados, basta que existam povos em conflito – como foi durante o período pré-estatal e o é atualmente nos termos dos Protocolos I e II, adicionais às Convenções de Genebra de 1977.

Encerrado esse primeiro “parênteses”, tem-se que a história da guerra guarda uma série de regramentos consuetudinários ou positivados em que se percebe a ausência de permissividade plena de condutas pelos guerreiros (CRETILLA NETO, 2014, p. 357):

Contudo, os conflitos armados não ocorrem em um vácuo jurídico, aplicando-se o “*ius in bello*”, conjunto de normas e princípios desenvolvidos desde o princípio da História, e consolidado em uma série de instrumentos jurídicos concluídos, principalmente, na Haia e em Genebra, a partir de 1899.

Tal afirmação encontra consonância nos estudos do antigo professor de história militar da Real Academia Militar de Sandhurst John Keegan (2006, p. 94):

A expectativa de um futuro no qual o recurso à guerra seja colocado sob limites racionais não deve nos levar à falsa visão de que não tenha havido limitações no passado. Os mais altos sistemas éticos e políticos tentaram impor restrições legais e morais ao uso da guerra e seus costumes desde os primeiros tempos.

Contudo, mesmo que desde os primórdios da humanidade a guerra tenha sido limitada por sistemas éticos e políticos, nem sempre foi limitada pelos mesmos motivos, como se passará a demonstrar.

Sendo assim, se hoje a limitação à guerra tem por objetivo evitar o extermínio da humanidade (SOUSA, 2011, p. 18):

Através da regulamentação da conduta dos Estados em conflito, o Direito Internacional Humanitário se posiciona na mais delicada das searas estatais: a limitação da soberania, da livre vontade dos Estados. É por meio da normatização dos métodos de combate que o DIH lança regras que devem ser obedecidas pelos Estados combatentes, não para transformar a guerra em um jogo de regras elegantes pactuados por cavalheiros, mas sim para que o conflito não leve a coletividade ao extermínio.

Muitas transformações ocorreram na cultura guerreira para que se chegasse a tal nível de consciência. Diz-se isso considerando a mutabilidade da cultura guerreira existente de acordo com Keegan (2006, p. 17):

Com efeito, um dos temas deste livro é que, nas aparências exteriores, existem três tradições guerreiras distintas. Em última análise, porém, há apenas uma cultura guerreira. Sua evolução e transformação ao longo do tempo e do espaço, dos começos do homem Pa sua chegada ao mundo contemporâneo, é a história da guerra.

Sendo assim, tem-se que, inicialmente, para os fins deste trabalho, dividir-se-á as fases da consciência da cultura guerreira em temor a cólera divina, uma noção de honra involucrada com a ideia de respeito à divindade, uma noção de honra relacionada com o "status" social e uma preocupação com a sobrevivência da raça humana aos efeitos da guerra.

2 DO COMPORTAMENTO GUERREIRO AGRADÁVEL À DIVINDADE

Esclarecida tal sucessão de transformações nos costumes beligerantes, toma-se por primeiro objeto de estudo o temor do combatente a cólera divina, onde o uso das armas deveria respeitar preceitos agradáveis aos olhos da divindade cultuada.

Nesse sentido, há registro da história e na mitologia de povos greco-romanos sobre a limitação de formas de fazer a guerra (CRETELLA NETO, 2014, p. 358):

A Odisseia descreve como o uso de flechas envenenadas poderia provocar a ira dos deuses. Na Grécia Antiga, templos e sacerdotes eram invioláveis, e deveria ser oferecida compaixão aos prisioneiros. Também o Império Romano impunha normas para mitigar os efeitos da guerra.

O mesmo padrão comportamental também era vislumbrado na Índia de Manu, demonstrando que a limitação às possibilidades da guerra formava par entre ocidente e oriente. Isso é possível de ser afirmado quando, avaliado a limitação divina ao uso de flechas envenenadas pelos povos greco-romanos, verifica-se que, no Código de Manu e o Mahabharata havia normativas que limitavam a liberdade do guerreiro vencedor sobre as pessoas vencidas (SOUSA, 2011, p. 45):

Outras codificações antigas também tratavam de forma específica das leis de guerra. O Código de Manu e o Mahabharata traziam disposições normativas extremamente avançadas para a sua época: era proibido matar o inimigo rendido ou desarmado, os feridos tinham que ser enviados de volta ao seu lugar de origem, e principalmente, não eram considerados lícitos todos os meios de combate, ou seja, algumas ações que facilmente seriam justificadas pelo simples estado de guerra eram consideradas proibidas, como o uso de flechas envenenadas.

No mesmo sentido, relata o jurista e intelectual Alberico Gentili que o temor ao divino era uma das causas para que se evitasse o uso de veneno na guerra (GENTILI, 2006, p. 251):

A sétima, a oitava e a nona estão nessas palavras de Floro (*Epitome de Gestir Romanorum*, 2): “Misturados, ó coisa nefanda, venenos às águas, tornou infame a vitória porque é contra as leis divinas e os costumes dos antepassados, contaminou de sucos impuros as intemeratas armas romanas”. [...].

Portanto, tem-se que foi atrelado ao elemento divino a noção guerreira do que seria certo ou errado quando da execução de técnicas para vencer a guerra, e que nem tudo era permitido, embora não houvesse claramente uma positivação ou um direito internacional positivamente reconhecido – o que havia eram práticas que as crenças da época permitiam e práticas que eram consideradas desagradáveis a Deus ou aos deuses.

3 DO HONORÁVEL COMPORTAMENTO GUERREIRO PERANTE DEUS

Todavia, com a expansão das religiões monoteístas, as quais condenavam o assassinato, salvo em certas circunstâncias, a sociedade passou a moldar seus valores éticos, e, conseqüentemente, os membros dessas sociedades passaram a moldar seus valores morais às premissas defendidas pelas religiões que praticavam (KEEGAN, 2006, p. 18-9):

Pois, apesar de toda a influência que Freud, Jung e Adler tiveram sobre nossa visão das coisas, nossos valores morais continuam a ser os das grandes religiões monoteístas, que condenam matar as almas irmãs, exceto nas circunstâncias mais inevitáveis.

Mesmo que desvios da conduta esperada pudessem ocorrer quando da prática de atos de beligerância, a guerra passou a sofrer maiores restrições no tocante à forma com que poderia ser praticada.

Como restrição estabelecida pelo Quinto Livro de Moisés (Deuteronômio), era dada a oportunidade de rendição à cidade sitiada, sendo estabelecido o dever de que, sendo vencedor o sitiante, as mulheres, as crianças e os animais fossem poupados (CRETELLA NETO, 2014, p. 358):

O sítio de uma cidade era permitido apenas se lhe fosse dada a oportunidade para render-se. Mulheres, crianças e animais deveriam ser poupados após a tomada da cidade, sendo autorizado matar apenas os homens adultos.

É possível, então, que se note a possibilidade de que os homens adultos da cidade vencida fossem mortos. Deve-se ressaltar sobre isso que, como visto acima, todos os homens das sociedades pré-estatais eram considerados guerreiros e, portanto, combatentes.

Entretanto, com o cristianismo é possível notar um afunilamento no tocante a quais seriam as pessoas passíveis de serem mortas por um guerreiro, lista que passou envolver não apenas uma rol taxativo (mulheres, crianças e animais), mas também todos aqueles que não portavam armas, tais como membros do clero (FLORI, 2005, p. 30):

Por fim, ele “faz cavaleiro” o postulante ao cingi-lo com o gládio, símbolo de sua missão de defensor da Igreja, de combatente da fé, de protetor de todos aqueles que não portam armas: membros do clero, pobres, viúvas e órfãos.

Além disso, surge um costume entre os povos medievais do ocidente no tocante às regras de assédio, pois, tendo em vista que o objetivo principal é a vitória e não a morte do oponente, se estabeleciam critérios para que o vencido pudesse abandonar com vida o sítio perdido – o que era igualmente benéfico para vencidos e vencedores no tocante a evitar baixas e efeitos colaterais da contenda (KEEGAN, 2006, p. 204):

Em geral, a vantagem na guerra de assédio, antes da pólvora, estava sempre com o defensor, desde que ele tomasse a precaução de armazenar provisões, e a tal ponto que era uma convenção da guerra de assédio no Ocidente medieval que os adversários concordassem com um limite de tempo: se ao expirar esse período o sítio não tivesse sido levantado por uma força de auxílio, os que estavam dentro dos muros podiam sair sem penalidade. Uma vez que os atacantes também podiam ficar sem provisões ou, o que é mais provável, sucumbir às doenças em seus acampamentos insalubres, esse acordo constituía uma opção sensata para qualquer guarnição.

Questão que também é observada pelo Doutor Jean Flori (2005, p. 86):

Assim, em muitos casos, os riscos corridos pelos *milites* são limitados pelos métodos da guerra e os usos militares. Não se deveria, todavia, exagerar seu alcance. Ainda se trata apenas de costumes e não de “leis” da guerra universalmente aceitas. Todos têm suas exceções e seus limites. Assim, a promessa de não matar ou mutilar uma

guarnição que se rende implica o tratamento habitual ou, em todo caso, considerado legítimo.

Não obstante, o mesmo princípio misericordioso é movido para com os prisioneiros, os quais não devem ser mortos por já não estarem combatendo (GENTILI, 2006, p. 326):

O primeiro deles, porém, permite-se dizer sobre os prisioneiros de guerra não sei que coisas contrárias que, se fossem verdadeiras, tirariam a razão de Eliseu. De lei divina e natural e de direito das gentes, portanto, é a mencionada opinião, sobre a qual os romanos não tiveram dúvida alguma, como outros já o assinalaram. Essa é também a opinião de Agostinho e é igualmente professada pelo direito canônico. O inimigo que combate é necessário que seja morto e, como a quem resiste se move resistência, assim ao vencido e ao prisioneiro se deve misericórdia.

Surgindo, com isso, uma espécie de senso de honra que (FLORI, 2005, p. 91):

[...] recusa com horror tudo o que pode ser assimilado à covardia, defeito imperdoável nos cavaleiros prontos a tudo para que os jograis e os arautos de armas não possam “cantar uma canção ruim” acerca deles ou de sua linhagem. Essa mesma preocupação conduz também, no decorrer do século XII, a julgar indigno, para um cavaleiro, atacar um inimigo ferido muito gravemente ou desarmado.

O que, embora fosse uma regra estabelecida pelos costumes, encontrava exceções, o que levou à Mestre Mônica Teresa Costa Sousa a afirmar que “as páginas do Direito Humanitário passaram em branco durante a Idade Média” (2011, p. 50), ao citar à pregação da primeira cruzada pelo Papa Urbano II.

Contudo, assim como se pode identificar na pesquisa supracitada, havia regras embrionárias de Direito Humanitário sendo gestadas na Idade Média, o que não elimina a ocorrência de excessos condenáveis.

Como demonstração disso, tem-se que foi cunhada a expressão latina “jus in bello”, cujo significado pode ser traduzido como “direito da guerra”, ou seja, pode ser empregado, de acordo com o Doutor Francisco Rezek (2007, p. 368-9):

[...] ao conjunto de normas, primeiro costumeiras, depois convencionais, que floresceram no domínio do direito das gentes quando a guerra era uma opção lícita para resolver conflitos entre Estados. [...]. Essas regras foram essencialmente humanitárias, o que vale dizer que estiveram voltadas à proteção das vítimas da guerra, mais que ao ritual militar.

O que permite concluir que não passou de todo “em branco” o Direito Humanitário quando da Idade Média. Podem, todavia, terem ocorridos inúmeros excessos, o que não quer dizer que fossem considerados corretos pelos costumes dominantes.

4 DO HONORÁVEL COMPORTAMENTO GUERREIRO PERANTE A SOCIEDADE

Com o nascimento dos Estados, o que essencialmente ocorreu como fruto de processos históricos que, em certas vezes, derivaram de situações de guerra (PORTELA, 2011, p. 169):

O aparecimento dos Estados é, essencialmente, resultado de processos históricos. Com efeito, a História registra que entes estatais nasceram de conflitos armados, de movimentos de independência ou de unificação nacional, da divisão de Estados maiores, de negociações políticas, do voto popular etc.

O senso de honra guerreira que floresceu com sua relação com elementos religiosos passa a agregar atributos de relação para com a sociedade do Estado em que se encontra o guerreiro, o que se relaciona com o surgimento de oficiais (KEEGAN, 2006, p. 128):

Somente quando uma sociedade passava da prática da guerra primitiva para o que chamou guerra verdadeira (que ele às vezes também chamava de guerra civilizada) poderia surgir um Estado, e somente, por interferência, quando um

Estado passava a existir, poder-se-ia escolher sua natureza – teocrática, monárquica, aristocrática ou democrática. O teste-chave da transição do primitivismo para a modernidade, concluía ele, era o “surgimento do exército com oficiais”.

Informação relevante quando se estuda o tipo de compromisso que assume um oficial militar quando de sua formação, o que, a título de ilustração, pode ser analisado no juramento do oficial do Exército Brasileiro: “perante a Bandeira do Brasil e pela minha honra, prometo cumprir os deveres de oficial do exército brasileiro e dedicar-me inteiramente ao serviço da pátria” (COMPROMISSO..., 2016).

Diante disso, é preciso que se avalie quais são os deveres de um oficial do Exército Brasileiro, de modo a entender a relação desses deveres e desse juramento com a evolução das limitações de conduta dos agentes em ambientes de guerra.

Dentre esses deveres, um em particular guarda relação com o tema deste trabalho, o dever de probidade previsto no inciso III, do artigo 31, do Estatuto dos Militares.

“Probidade”, segundo o Dicionário Aulete, significa “qualidade de probo, retidão de caráter, integridade, honestidade” (AULETE, 2018). Logo, o dever de ser probo significa que o oficial, assim como os demais militares ou guerreiros, deve agir de acordo as regras.

Esse dever de exercer as artes da guerra com uma conduta reta também se visualizava em outras culturas, sendo inclusive parte dos ensinamentos militares para aqueles que almejavam o oficialato em academias militares (KEEGAN, 2006, p. 437):

Os oficiais desses exércitos reais também abriam mão de boa parte da liberdade pessoal de que seus nobres antepassados, reais ou imaginários, tinham gozado. A partir dos inícios do século XVII, “a turbulência e a inquietação dos membros jovens de família nobres” tinham levado Veneza a criar várias academias militares para inculcar alguma

disciplina e um pouco de aprendizado profissional aos que iriam em breve ser reconhecidos como, se não efetivamente denominados, “a classe dos oficiais”. [...] e à criação de escolas militares, destinadas a ensinar a jovens aristocratas estouvados exercícios de praça de armas, esgrima e equitação avançada e, no processo, educá-los e até civilizá-los. [...] a liderança na guerra, como os romanos acreditavam, exige tanto virtudes militares quanto cívicas.

Entretanto, é importante que se ressalte que, embora seja dado enfoque no oficialato, o dever de probidade é um dever de todo militar, como afirma o Excelentíssimo Senhor General de Brigada Valmir Fonseca Azevedo Pereira ao responder sobre quais os valores mais característicos da profissão militar (2012, p. 13):

A Lealdade e a Probidade, que, aliás, estão intimamente relacionados. A AMAN, durante o período em que vigorou o “Código de Honra”, simplificava, aliás, de forma muito inteligente, os valores da profissão. Por toda a Academia encontrávamos cartazes que diziam: Ser Cadete é cultivar a Verdade, a Lealdade, a Probidade e a Responsabilidade. Ponto. Esta, talvez, tenha sido a forma mais clara de sintetizar esta questão.

Sendo recompensados de uma forma honorífica pela sociedade o militar que melhor acultura-se aos preceitos éticos da profissão, dentre os quais o dever de ser probo (KEEGAN, 2006, p. 293-4):

Como sabem aqueles que reconhecem os soldados como membros de sociedade militar, essa sociedade tem uma cultura própria aparentada, mas diferente da cultura mais ampla a que pertence, funcionando com um sistema diferente de punições e recompensas – as punições, mais peremptórias, as recompensas, menos monetárias e, com frequência, puramente simbólicas ou emocionais –, mas profundamente satisfatório para seus participantes. [...]. É a admiração dos outros soldados que o satisfaz [...].

Tem-se, portanto, que a capacidade militar de restringir suas ações em tempo de guerra, ou seja, de limitar sua liberdade de ação continuou existindo com o surgimento dos Estados, sendo reforçada pelo grau de aceitação ou reprovação da sociedade às referidas condutas, pois ao militar importa como será julgado pela sociedade em que vive, em especial a sociedade de militares, seus pares, motivo que reforça a necessidade de um comportamento probó por sua parte.

5 DO COMPORTAMENTO EM GUERRA CARO À HUMANIDADE

Como passo seguinte, em uma lógica de transformação da cultura guerreira, assim como da sociedade, as limitações de conduta praticadas em situação de guerra passaram a não abarcar apenas aquelas condutas tidas como desonrosas, mas também começou a envolver aquelas que poderiam causar danos ao ser humano como um todo e por mais tempo do que a duração das hostilidades.

É necessário que se diga, no entanto, que essa nova dimensão das limitações não excluiu a dimensão anterior, mas tão somente a envolveu em uma esfera de impossibilidades – condutas negativas – maiores.

Tem-se então a necessidade de que se limite a destruição causada pela guerra, uma vez que destruir por simplesmente destruir seria inaceitável (GENTILI, 2006, p. 409):

Destruir por destruir, contudo, e só por despeito ao inimigo (como arruinar templos, os pórticos, as estátuas e outras coisas similares), é furor louco, não sendo lícito ao homem de bem combater os inimigos até seu total extermínio, mas somente para punir as falhas que tenham cometido e para corrigi-las.

Nisso, é possível observar um sentimento humanitário, em que pese os humanitaristas sejam avessos à guerra. Contudo, não se pode negar que a mudança das civilizações proporcionou uma compreensão diferente sobre a guerra, gerando uma repulsa a seus efeitos (KEEGAN, 2006, p. 91):

[...], o fato de que o esforço está sendo feito indica uma mudança profunda na atitude da civilização em relação à

guerra. O esforço de pacificação não é motivado por cálculos de interesse político, mas por repulsa às consequências da guerra. O impulso é humanitário e, embora os humanitaristas sejam velhos oponentes da guerra [...].

Consoante a isso, Flori explana que a guerra era vista como “uma atividade lúdica, cujo objetivo é vencer mais do que matar, capturar e pedir resgate do adversário mais do que aniquilá-lo” (FLORI, 2005, p. 79).

Todavia, uma ressalva faz-se necessária, a proibição já existente na Antiguidade Judaica sobre a proibição de que se destruíssem árvores frutíferas ou se devastassem as terras inimigas (GENTILI, 2006, p. 417):

Na verdade, por lei divina é proibido abater as árvores frutíferas, mesmo para construir máquinas de guerra (*Deuteronômio, 20*). Flávio Josefo (*Antiguidades Judaicas, 4*) afirma que, se estas árvores pudessem falar, todas a uma só voz diriam que suportavam injustamente passagem considera muito suave esta lei dos judeus que proíbe devastar a terra inimiga e abateras árvores frutíferas.

O que permite concluir que já existia uma proteção ao meio ambiente, mesmo que rudimentar, existente inclusive no período em que o maior medo consistia na punição divina.

Entretanto, não se pode dissociar essa restrição quando se fala em uma visão muito mais ampla do que abrange na contemporaneidade. Essa construção tem por base a necessidade de compreensão que a guerra civilizada tem um início e deverá possuir um fim; havendo o termo final, os povos que estiveram em contenda deixarão de ser inimigos públicos e passaram a ser particulares, cessando portanto a legitimidade em se matar um inimigo (SOUSA, 2011, p. 62):

Rousseau foi o primeiro a precisar de forma clara o que seria o maior dos princípios relacionados com o DIH: o princípio da humanidade. Quando trata, ainda no século XVIII, da relação bélica entre os Estados, Rousseau esclarece que o conflito se dá apenas entre as coletividades estatais, e que as pessoas envolvidas no conflito em algum momento passarão a ser não mais inimigos combatentes, mas

particulares rendidos ou feridos. E é justamente a partir deste momento que cessa a legitimidade em matar o inimigo.

Por esse motivo, é imprescindível que o dano causado a dada sociedade não seja feito com a intenção de que se perpetue no tempo, mesmo após as hostilidades, uma vez que a guerra não é uma relação homem contra homem e sim de Estado contra Estado (ROUSSEAU, 2017, p. 17):

A guerra é uma relação de Estado para Estado, e não uma relação de homem para homem, na qual os particulares se tornam inimigos acidentalmente, não como homens, nem como cidadãos, mas como soldados; não como membros da pátria, mas como seus defensores. No entanto, cada Estado não pode ter como inimigo senão outro Estado, nunca homens, entendido que entre coisas de naturezas diversas é impossível fixar uma verdadeira relação.

E por esse motivo, homens que atuam como soldados não devem causar a outros homens mais dano do que se esperaria para a defesa de seu Estado, uma vez que não devem tomar para si a hostilidade de outros homens, se não a de outro Estado em que habitam.

Partindo, então, dessa premissa, tem-se que um dos dois elementos que constituem o tema do capítulo de desenvolvimento final deste trabalho foi estabelecido: o "jus in bello" envolve o dever dos agentes envolvidos na guerra não causar dano além do necessário para vencer e que não causem danos que possam levar uma sociedade a seu extermínio ou que afetem a humanidade como um todo.

6 DO MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL COMO DIREITO DE FRATERNIDADE

Construído o estudo de uma das duas partes que unidas permitirão a compreensão de como o Direito Ambiental relaciona-se com o Direito Internacional dos Conflitos Armados, para que se verifique como se comportam e foram internalizados pelo Direito brasileiro, imperioso faz-se estudar o Direito Ambiental.

O Direito Ambiental é um ramo do Direito que regula a relação do homem com o meio ambiente, uma vez que, desde os tempos remotos, as civilizações buscaram estabelecerem-se em regiões que lhes proporcionassem melhores condições de vida com relação as regiões circundantes, muitas vezes tendo a necessidade de alterar a geografia local para gerar comodidade (TRENNEPOHL, 2007, p. 23):

O crescimento e o estabelecimento de vários grupos familiares, extrapolando o limite daqueles existentes, fez com que as populações modificassem o estado natural das fontes, buscando uma maior comodidade. Como exemplo de interação do homem com o meio ambiente, as águas advindas de fontes existentes nas proximidades das grandes cidades tinham de ser captadas, armazenadas e até lá conduzidas. De fato, os complexos aquáticos sempre ofereceram condições de sobrevivência ao homem.

Contudo, a forma com que um povo ou um Estado irá desenvolver-se deve ocorrer de uma forma sustentável, ou seja, de uma forma que a sociedade possa avançar sem esgotar os recursos naturais (REZEK, 2007, p. 245):

Conciliados os dois valores, chega-se ao conceito de desenvolvimento sustentado: aquele que não sacrifica seu próprio cenário, aquele que não compromete suas próprias condições de durabilidade. É dos Estados a responsabilidade maior pela busca do desenvolvimento preservacionista.

Observa-se que é dos Estados a responsabilidade maior, então, da busca pelo desenvolvimento preservacionista, uma vez que os Estados são senhores de seus cidadãos.

Concomitantemente, nota-se que o discurso preservacionista atrelado ao Direito Ambiental faz deste um Direito Humano, pois os Direitos Humanos surgem diante de (PIOVESAN, 2015, p. 44):

[...] um espaço simbólico de luta e ação social. [...], os direitos humanos compõem uma racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que

abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana.

Diante disso, tem-se que a história de conquista das civilizações por dignidade humana é uma história de luta e, literalmente, uma história de guerra, pois a criação dos Direitos Humanos propriamente ditos ressurgem como uma resposta à violações cometidas na Segunda Guerra Mundial e que, se não impedidas, voltariam a acontecer.

A ideia, então, seria limitar o poder dos Estados, como visto, senhores da guerra como contenda de armas públicas, para que não houvessem novos conflitos oriundos da violação dos Direitos Humanos (PIOVESAN, 2015, p. 44-5):

Essa concepção é fruto da internacionalização dos direitos humanos, que constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir do Pós-Guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos.

Porém, se o Estado firma com seus membros um pacto social para impedir o perecimento da sociedade (ROUSSEAU, 2017, p. 20):

Imagino os homens chegando ao ponto em que os obstáculos, que causam prejuízos à sua conservação no estado natural, os arrastam, por sua resistência, sobre as forças empregadas por cada indivíduo a fim de se manter em tal estado. Então esse estado primitivo não tem mais condições de subsistir, e a humanidade, se não mudasse sua maneira de ser, pereceria.

Não poderia o mesmo Estado violar a dignidade das pessoas. Logo, o Direito Internacional necessitou criar uma dupla estratégia: a primeira parte consistiu em verificar quais seriam os Direitos Humanos e, após, como fazer para garantir que os Estados o cumprissem.

Nesse sentido, em um primeiro momento, verificaram-se quais os direitos mais básicos que um Estado não pode negar aos seres humanos. A partir desse raciocínio, concluíram-se que os direitos civis e políticos (Direitos Humanos de

primeira geração), os quais se definem como direito à vida, à liberdade, à segurança, dentre outros – direitos individuais (REZEK, 2007, p. 220):

Ali se diz que todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança; a não ser jamais submetido à escravidão, à servidão, à tortura e a penas cruéis ou degradantes; ao reconhecimento de sua personalidade jurídica e a um processo judicial idôneo; a não ser arbitrariamente detido, preso ou desterrado, e a gozar de presunção de inocência até que se prove culpado; a não sofrer intromissões arbitrárias na sua vida particular, na família, no domicílio e na correspondência; à livre circulação e à escolha de seu domicílio; ao asilo quando perseguido por delito político; a uma nacionalidade; ao casamento e à constituição de família; à propriedade singular e em condomínio; à liberdade de pensamento, convicção política, religião, opinião e expressão, reunião e associação pacíficas; a participar do governo de seu Estado patrial e a ter acesso, em condições igualitárias, à função pública.

A segunda geração, que não negou a existência da primeira, mas integrou-se a esta, assim como foi com a evolução das limitações do “jus in bello”, fazia referência aos direitos sociais, também denominados direitos econômicos, sociais e culturais – direitos coletivos individualizáveis (PORTELA, 2011, p. 693):

A segunda geração refere-se aos direitos econômicos, sociais e culturais. São também conhecidos como “direitos de igualdade”, e sua afirmação relaciona-se com as consequências negativas da Revolução Industrial e do liberalismo sobre significativos contingentes humanos. Caracterizam-se por exigir, para sua concretização, a ação do Estado, especialmente do legislador e do Poder Executivo, inclusive por meio de políticas públicas, [...].

Sendo, então, definidos pela Declaração de 1948 como (REZEK, 2007, p. 220):

[...] direito à previdência social, à igualdade salarial por igual trabalho, ao descanso e ao lazer, à saúde, à educação,

aos benefícios da ciência, ao gozo das artes, à participação na vida cultural da comunidade.

Concomitantemente, é preciso, para completar o espectro de Direitos Humanos – pelo menos a trajetória até o raciocínio necessário para o tema do presente estudo – que se identifiquem os Direitos Humanos que são coletivos e não podem ser individualizados, sendo, portanto difusos.

Para isso, definem-se como direitos de terceira geração os direitos de fraternidade, dentre esses, o Direito Ambiental, uma vez que todos possuem direito a um meio ambiente harmônico, mas os efeitos benéficos de ações positivas e de negativas nesse sentido ou os maléficos não podem ser individualizados (PORTELA, 2011, p. 693):

A terceira geração dos direitos humanos inclui os chamados “direitos da fraternidade”, de caráter difuso, que não se dirigem especificamente a um indivíduo ou a um grupo social, mas ao próprio gênero humano como um todo, estando voltados ainda a promover a superação das diferenças entre os povos. Tais direitos relacionam-se com a necessidade de cooperação internacional em temas que podem exercer impacto sobre toda a humanidade, que se encontram relacionados com os desequilíbrios atualmente existentes e cujo tratamento correto pode propiciar o desenvolvimento da vida no mundo de forma mais harmônica. São também conhecidos como “direitos de solidariedade”, “difusos” e de “titularidade coletiva” e compreendem o direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente saudável, à comunicação, ao patrimônio comum da humanidade etc.

Considera-se, assim, o direito a um meio ambiente saudável uma extensão do direito à vida, sendo obrigatório para preservação das futuras gerações humanas (TRENNEPOHL, 2007, p. 38):

O meio ambiente há muito já é considerado como uma extensão do direito à vida. Ao longo do tempo, como visto na introdução, a evolução da positivação da proteção ao meio ambiente tornou-se um imperativo fundamental de

sobrevivência e de solidariedade. Atualmente é obrigatório preservar, para as presentes e futuras gerações.

E justamente em razão dessas necessidades é que as vanguardas do pensamento ocidental alargaram as gerações de Direitos Humanos para passar a abarcar conceitos como os de Direito Ambiental em seu rol (REZEK, 2007, p. 221):

Vanguardas do pensamento ocidental alargaram o horizonte desses direitos humanos societário, trazendo à mesa teses novas, como a do direito à paz, ao meio ambiente, à copropriedade do patrimônio comum do gênero humano.

Surge, contudo, a necessidade de que se possa efetivar tais direitos dentro do ordenamento de cada Estado, como forma de garanti-los. Nesse contexto, os Direitos Humanos passam a integrar as Constituições dos referidos Estados (PIOVESAN, 2015, p. 47):

No esforço de reconstrução dos direitos humanos do Pós-Guerra, há, de um lado, a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e, de outro, a emergência da nova feição do Direito Constitucional ocidental, aberto a princípios e a valores, com ênfase no valor da dignidade humana. Vale dizer, no âmbito do Direito Internacional, começa a ser delineado o sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos. É como se se projetasse a vertente de um constitucionalismo global, vocacionado a proteger direitos fundamentais e a limitar o poder do Estado, [...].

Os Estados, desse modo, passam a incluir, dentre seus Direitos Fundamentais (Direitos Humanos internalizados na Constituição) certa gama de direitos que, exemplificativamente, incluem (NOVELINO, 2016, p. 273):

[...] o direito ao desenvolvimento (ou progresso), ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Os direitos de terceira dimensão são transindividuais destinados à proteção do gênero humano.

Dessa forma, o Estado contemporâneo passa a configurar-se como um “Estado de Direito Democrático, Social e Ambiental” (PIOVESAN, 2015, p. 47).

7 O DIREITO INTERNACIONAL E A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

Diante das transformações da compreensão de que a guerra necessitava de limites quando de sua execução – sendo ou não legítima – pode-se verificar que, conjuntamente, a compreensão de que o Direito Ambiental também necessitava de proteção.

Conseqüentemente, quando se considera que são dois ramos do Direito (Direito Internacional dos Conflitos Armados e Direito Ambiental) que avançam na história de forma transversal, tem-se que se encontram.

Dessa forma tem-se que é natural que o Direito Internacional dos Conflitos Armados possua previsão de regramentos que restrinjam a legitimidade de certas condutas dos agentes estatais em situação de guerra no tocante ao que podem ou não fazer com o meio ambiente.

Nesse sentido, cita-se o artigo 1º, e seus parágrafos, da Convenção sobre a Proibição da Utilização de Técnicas de Modificação Ambiental para Fins Militares ou Quaisquer Outros Fins Hostis, de 1976, o qual se molda como um compromisso de que nenhum Estado Parte utilizará, “para fins militares ou outros fins hostis, técnicas de modificação ambiental com efeitos generalizados, de longo prazo ou severos como meio de causar destruição, danos ou prejuízos a qualquer Estado Parte” (CONVENTION..., 2018), tampouco encorajará que outro Estado o faça.

Destaca-se, ainda, que “as técnicas cobertas pela convenção são todas as que modificam ‘mediante a manipulação deliberada de processos naturais, a dinâmica, composição ou estrutura da Terra’”, preocupando-se, portanto, em proteger o meio ambiente para que a vida humana não se torne impossível (O MEIO..., 2010).

Todavia, não basta um Estado, por meio de um representante, assinar um tratado ou convenção, é necessário que esses sejam ratificados nos termos da legislação de cada país, de modo a fazer com que os termos dessa convenção, por

exemplo, ingressem no ordenamento jurídico interno e o Estado ingresse no domínio jurídico da convenção (REZEK, 2007, p. 55).

A ratificação do tratado é, portanto, a aceitação do Estado em submeter-se ao acordo após ter reexaminado seus termos (PORTELA, 2011, p. 110):

A ratificação é ato pelo qual o Estado, após reexaminar um tratado assinado, confirma seu interesse em concluí-lo e estabelecem, no âmbito internacional, o seu consentimento em obrigar-se por suas normas. É a aceitação definitiva do acordo.

No Brasil, por exemplo, a Convenção sobre a Proibição da Utilização de Técnicas de Modificação Ambiental para Fins Militares ou Quaisquer Outros Fins Hostis, de 1976, foi ratificado por meio do Decreto Legislativo nº 50, de 28 de junho de 1983 – de acordo com o Decreto nº 225, de 07 de outubro de 1991.

Além dessa convenção, encontra-se, no Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949, relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais, expressa proibição ao uso de qualquer método ou meio de guerra.

Protocolo que, de acordo com Rezek, foi concluído “com o propósito de reafirmar e desenvolver o direito internacional humanitário aplicável aos conflitos armados (2007, p. 376).

O artigo 35º do referido protocolo é cristalino ao afirmar que “é proibido utilizar métodos ou meios de guerra concebidos para causar, ou que presume irão causar danos extensos, duráveis e graves ao meio ambiente”, ou seja, houve uma construção desde o período do temor ao divino, passando pela atitude honorífica até a “positivação” de termos de valor internacional para assegurar a proteção de recursos essenciais à humanidade.

Somando-se a isso, o artigo 55º do mesmo diploma esclarece os motivos pelos quais se faz a referida proteção, além de reforçá-la, ao afirmar que é proibido o dano ambiental que acabe por comprometer a saúde ou a sobrevivência da população, mesmo que por represália.

Vê-se, com isso, que mesmo que um Estado tenha o desejo de retribuir um agravo causado por outro Estado à reserva de natureza que existe nos domínios do agredido, não pode, uma vez que o dano à natureza de qualquer país não atinge só os países envolvidos, mas todas as pessoas.

Observando-se que Brasil ratificou o referido protocolo em 25 de junho de 1993, por meio do Decreto nº 849, de 25 de junho de 1993, como forma de garantir que suas tropas cumpram com o pactuado.

Tal protocolo, entretanto, não obriga apenas os Estados-Partes, mas também seus agentes, uma vez que, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 2002, por meio do Decreto nº 4.388, classifica, em seu artigo 8º, alínea “a”, como crime de guerra, “às violações graves às Convenções de Genebra de 1949”, ao que inclui a direção intencional de métodos de guerra que possam afetar a sobrevivência da população civil – e, conforme o Protocolo I, ataques ao meio ambiente enquadram-se nesse critério.

No mesmo sentido, também se consideram crimes de guerra os previstos na alínea “b” do mesmo artigo, e dentre esses há as “graves violações das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais” no que concerne “lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa”.

Ressalta-se, oportunamente, que, como “costume”, entende-se a “prática geral, uniforme e reiterada dos sujeitos de Direito Internacional, reconhecida como juridicamente exigível” (PORTELA, 2011, p. 73).

Sendo sujeitos de Direito Internacional os Estados soberanos e as organizações internacionais, conforme Rezek (2007, p. 18).

Em outras palavras, criminaliza-se a conduta dos agentes que representam os Estados em um conflito armado para que esses agentes possam ser responsabilizados penalmente por condutas contra elementos essenciais para a sobrevivência humana, dentre esses, o meio ambiente.

Corroborando com esse entendimento, Portela destaca que (2011, p. 461):
[...] os crimes de guerra são os atos ilícitos cometidos contra as normas do Direito de Guerra e do Direito Humanitário, estabelecidas no próprio Estatuto de Roma (art. 8) e nas convenções de Haia e de Genebra.

Portanto, tem-se que, ao criminalizar condutas praticadas durante uma guerra, a comunidade internacional visa prover a paz mundial, sem, no entanto, esquecer-se de que a guerra por si só já é uma prática, salvo exceção proibida, contudo, é necessário que haja uma regulamentação para quando de sua ocorrência, de modo a tentar evitar que a violação causada pela guerra seja maior, o que contribui para a restauração da paz (CRETELLA NETO, 2014, p. 352-6).

CONCLUSÃO

Ante o exposto, conclui-se que: a guerra sempre conheceu limitações, sendo gradativamente aumentadas em sua quantidade e profundidade; os motivos pelos quais o ser humano entendia a necessidade de limitar a guerra foram tornando-se cada vez mais complexos e cada vez implicavam em uma maior abrangência de condutas banidas; o Direito Ambiental vinha sendo tratado de forma pontual desde os primórdios da guerra, mas foi tratado de forma muito mais ampla na contemporaneidade, sendo sempre vinculado a uma questão de sobrevivência.

Em suma, para que as batatas de Quincas Borba sejam dadas ao vencedor, é preciso que existam batatas no final da contenda.

REFERÊNCIAS

AULETE. [s/l]: 2018. Disponível em: <http://www.aulete.com.br/probidade>. Acesso em 29 de agosto de 2018.

BRASIL. **Decreto nº 225, de 07 de outubro de 1991.** Brasília, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D225.htm. Acesso em 30 de agosto de 2018.

_____. **Decreto nº 849, de 25 de junho de 1993.** Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/1990-1994/D0849.htm. Acesso em 03 de setembro de 2018.

_____. **Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1990 – Estatuto dos Militares.** Diário Oficial da União, Brasília, 11 dez. 1998. Disponível em: . Acesso em 29 de agosto de 2018.

CONVENTION sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles, 10 décembre 1976. Genève, 2018. Disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/TRA/460?OpenDocument&>. Acesso em 30 de agosto de 2018.

COMPROMISSO ao Primeiro Posto e Juramento do Uniforme Histórico. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.bgp.eb.mil.br/index.php/ultimas-noticias/132-compromissoaoprimeiroposto>. Acesso em 29 de agosto de 2018.

CRETELLA NETO, José. **Curso de Direito Internacional Penal.** 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FLORI, Jean. **A Cavalaria.** São Paulo: Madras, 2005.

GENEBRA. **Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949, relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais – 7 de dezembro de 1979.** São Paulo, 2018. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Conven%C3%A7%C3%A3o-de-Genebra/protocolo-i-adicional-as-convencoes-de-genebra-de-12-de-agosto-de-1949-relativo-a-protecao-das-vitimas-dos-conflitos-armados-internacionais.html>. Acesso em 03 de setembro de 2018.

GENTILI, Alberico. **O Direito de Guerra.** 2a ed. Ijuí: Unijuí, 2006.

KEEGAN, John. **Uma História da Guerra.** São Paulo: Companhia de Bolso, 2006.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional** 11a ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

O MEIO ambiente e a guerra. Genebra, 2010. Disponível em: <https://www.icrc.org/por/war-and-law/conduct-hostilities/environment->

warfare/overview-environment-and-warfare.htm. Acesso em 30 de agosto de 2018.

PEREIRA, Valmir Fonseca Azevedo. **Valores Militares**. In: Revista Da Cultura. Rio de Janeiro, Ano XI, nº 20, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 6a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 3a ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 10a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Leme: Edjur, 2017.

SOUSA, Mônica Teresa Costa. **Direito Internacional Humanitário**. Curitiba: Juruá, 2011.

TRENNEPOHL, Terence Dornelles. **Fundamentos de Direito Ambiental**. 2a ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

O CONSUMO PELO SIMPLES DESEJO DE CONSUMIR

MYLENA DEVEZAS SOUZA: Advogada.
Mestranda em Direito e Sociologia pela
Universidade Federal Fluminense - UFF.

LUIZA ALVES CHAVES^[1]
(Coautora)

Resumo: O presente artigo aborda a questão das relações de consumo a partir do anseio dos consumidores em adquirir produtos e serviços em ritmo desenfreado. Para além do atendimento das necessidades próprias dos consumidores, o ato de consumir transmutou-se em poderoso instrumento de inclusão social e de busca da felicidade, num fenômeno que se espraia pela sociedade em crescente velocidade. Trata-se de uma análise da denominada “sociedade de consumidores”, expressão que, segundo Bauman, designa o atual modelo de funcionamento social, em que o consumo, além de ser considerado direito dos cidadãos, é constantemente estimulado pelos atores econômicos e mesmo pelo setor público, a exemplo do que aconteceu com a recente liberação para saque de valores do FGTS pelo governo brasileiro com o objetivo de estimular a economia. Por fim, é abordado o método pelo qual o sistema da sociedade de consumidores se mantém, e sua influência exercida nas relações sociais e nos próprios consumidores, trazendo como consequência a alienação destes na cadeia econômica, que não necessariamente consomem produtos e serviços para o atendimento de suas necessidades, pelo desejo de inclusão social ou pela busca da felicidade, mas sim pelo simples ato de comprar: o consumo pelo consumo.

Palavras Chave: Sociedade de consumidores; alienação; consumo.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. O CONSUMO ALÉM DA NECESSIDADE. 2. A BUSCA PELA FELICIDADE ATRAVÉS DO CONSUMO. 3. A ALIENAÇÃO DO CONSUMIDOR E O CONSUMO PELO CONSUMO. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Não se pode negar que a sociedade atual é uma sociedade consumista. Afinal a todo o momento o consumo ocorre, seja de produtos, informações ou mesmo fofocas, ora consumimos até a vida social das pessoas em decorrência do constante abastecimento das redes sociais com cada elemento do dia a dia, como um café, um encontro ou uma compra. Todas as atividades e novidades são postadas e compartilhadas nas redes.

Este quadro não é ausente de motivação. O consumo é estimulado pelas propagandas de rádio e televisão, *outdoors*, e, sobretudo pela internet, a partir de estratégias decorrentes do aumento da produção de bens e serviços, fruto de recentes avanços tecnológicos, e do ingresso no mercado de consumo de indivíduos de classes sociais desfavorecidas, além do avanço da cultura do descarte e da aparência.

Um produto ou serviço novo é disponibilizado no mercado em tempo recorde. Mais avançado ou com mais recursos que o anterior, deixa-o obsoleto em brevíssimo intervalo de tempo, sem necessariamente torná-lo inútil para o fim a que se presta. No entanto, não adquirir a novidade pode significar antes um risco a determinado *status* social desejado ou conquistado pelo indivíduo, que o desatendimento a uma necessidade real, fática ou econômica.

As pessoas deixam então de consumir pela necessidade do consumo, como no caso da compra de roupas ou alimentos, e passam a consumir por vaidade, adquirindo os produtos mais modernos e atualizados de modo que lhes garanta certo *status* social. Além disso, diante da constante contaminação publicitária em todos os meios de comunicação e da elaboração de boas campanhas de marketing, as pessoas passam a consumir apenas por consumir. Compram o produto que, muitas vezes, não lhe terá utilidade, mas apenas por se encontrar em promoção.

O consumidor então torna-se alienado à motivação que o leva a consumir desenfreada e frequentemente, consumindo sem de fato questionar a real necessidade da compra, muitas vezes com o objetivo de apenas obter certo *status* social.

1. O CONSUMO ALÉM DA NECESSIDADE

O ato de consumir faz parte de nossa sobrevivência, conforme preceitua Bauman:

O consumo é uma condição, e um aspecto, permanente e irremovível, sem limites temporais ou históricos; um elemento inseparável da sobrevivência biológica que nós humanos compartilhamos com todos os outros organismos vivos[2]. ()

Entretanto, atualmente o consumo tomou proporções superiores a simples necessidade de aquisição de certos produtos, deixando de ser mera questão de acesso aos bens como fim, passando a se tratar atualmente, e principalmente, do acesso aos bens como meio e *status* social enquanto fim. É um consumo hedonista, ou melhor, de aparência.

Segundo Rieping

A palavra hedonismo vem do grego hedonê, que significa "prazer", "vontade". Ou seja, o consumo hedonista caracteriza-se pelo princípio do prazer, do consumo de produtos e serviços que proporcionem prazer intrínseco. O consumo deixa de ser uma atitude para resolver uma necessidade, passando finalmente para o desejo de felicidade. Nem que seja momentânea[3].

Assim, o consumidor irá comprar pelo prazer, mas também porque a aquisição de certos produtos ditos da moda passou a ser um fator importante para inclusão social, já que não possuí-los pode atrapalhar ou até mesmo impedir a participação em determinados grupos. A segregação social baseada na capacidade aquisitiva da pessoa inicia-se bem cedo, até mesmo dentre as crianças que excluem dos principais grupos aquelas que não possuem o tênis que acende a luz, ou alguns jogos famosos.

A divisão social continua com o passar dos anos, podendo até mesmo se agravar, já que há uma elevação do gasto necessário para a aquisição dos

produtos socialmente importantes. Até porque com o passar dos anos é possível um aumento do poder aquisitivo pessoal através de sua inclusão no mercado de trabalho.

As exigências sociais vão se modificando de acordo com a idade e o grupo social que o consumidor entrega. Nos grupos de pessoas ditas de classe médias o gasto realizado para a manutenção da aparência perante os seus é menor do que naqueles grupos de pessoas com um maior poder aquisitivo.

O consumidor então precisa se adaptar ao grupo que integra ou que pretende integrar, de modo a atender as exigências e não destoar dos demais quanto aos bens possuídos. Pode-se exemplificar com o fato de que quando as pessoas ainda estão cursando a faculdade, as exigências dos grupos sociais versam sobre produtos de pequena monta, como aparelhos eletrônicos e roupas.

Entretanto nos grupos em que os integrantes já possuem trabalho de renda fixa os questionamentos passam a versar sobre produtos com custo mais elevado, tais como automóveis e até mesmo imóveis. Ressalta-se que isso não excluiu as exigências anteriores de aquisição de produtos de pequeno porte e valor, ocorre apenas a agregação da exigência de aquisição de todos os produtos.

De modo a segregar até mesmo dentre aqueles que possuem certa capacidade financeira, passou-se a exigir a aquisição de produtos ditos exclusivos, que são lançados em quantidade limitada e possui um valor altíssimo se comparado com um similar não exclusivo. A disputa pela aquisição da exclusividade gera até mesmo filas para o dia do lançamento.

Para exemplificar este fenômeno pode-se narrar um caso ocorrido na cidade do Rio de Janeiro. Conforme informações retiradas do site de notícias G1, cerca de cento e trinta pessoas passaram a madrugada do sábado dia 24 de junho de 2017 em uma fila, acampadas na frente da loja Adidas Originals no bairro de Ipanema no Rio de Janeiro, para comprar um novo tênis lançado pela marca, o qual tem o design assinado por um rapper americano.

O tênis foi lançado na data anteriormente citada com o valor de mil cento e noventa e nove reais. Por ser edição limitada, poucos pares foram fornecidos e os cem pares recebidos pela loja foram vendidos em uma hora e

meia, aproximadamente, sendo que após ter-se esgotado havia ainda cerca de quarenta pessoas esperando para adquirir o produto.

Esse acontecimento é uma ilustração da cultura do consumo por aparência, afinal apesar de ser um bem útil, um tênis de mais de mil reais tem a mesma utilidade de um tênis de cem ou duzentos reais. A compra daquele modelo exclusivo é necessária para o consumidor para permitir a sua diferenciação dentre os demais, ao mesmo passo em que permite sua manutenção ou até mesmo elevação do *status* social.

2. A BUSCA PELA FELICIDADE ATRAVÉS DO CONSUMO

A compra de produtos exclusivos e a sua exibição irá gerar uma felicidade momentânea, mas esta logo terá seu fim, então o consumidor irá buscar outro produto para adquirir e poder novamente se exibir pela sua aquisição. Ora, como preceitua Bauman: “A sociedade de consumidores talvez seja a única na história humana a prometer felicidade na vida terrena, aqui e agora e a cada “agora” sucessivo. Em suma, uma felicidade instantânea e perpétua^[4]”.

A busca pela felicidade torna-se constante. A cada compra, o consumidor possui um lampejo de felicidade. Novas compras precisam ser realizadas a todo o momento, de modo que novos momentos de felicidade sejam obtidos pelo consumidor.

O consumismo, em aguda oposição às formas de vida precedentes, associa a felicidade não tanto à satisfação de necessidades (como suas “versões oficiais” tendem a deixar implícito), mas a um volume e uma intensidade de desejos sempre crescentes, o que por sua vez implica o uso imediato e a rápida substituição dos objetos destinados a satisfazê-la^[5]

Fato é que atualmente constituímos a sociedade de consumidores, conforme ensinado por Bauman, uma sociedade onde o consumo é estimulado de todas as maneiras, para todas as pessoas, a qualquer momento. Esse tipo de sociedade, como dito anteriormente, promete a felicidade instantânea e perpétua, entretanto, não a entrega, já que o consumidor logo após a satisfação pela compra

de certo produto desejado, é estimulado a desejar outros produtos, de modo que está sempre desejando novos produtos, novas aquisições.

Essa alteração constante dos produtos desejados pelo consumidor é que possibilita a prosperidade do modelo atual da sociedade, conforme Bauman explica: “A sociedade de consumo prospera enquanto consegue tornar perpétua a não satisfação de seus membros[6]”.

Consegue-se assim a manutenção do modelo de sociedade de consumidores, já que estes nunca estão completamente satisfeitos, continuam a consumir na busca da felicidade. “A vida organizada em torno do consumo, por outro lado, deve se bastar sem normas: ela é orientada pela sedução, por desejos sempre crescentes e quererres voláteis – não mais por regulação normativa[7]”.

As pessoas estão sempre em busca da felicidade, mais do que isso querem a satisfação de seus desejos, assim são atraídos pelas sedutoras propagandas, as quais são feitas com base em estudos e aperfeiçoamentos sobre como atrair o público alvo desejado. Assim, com o marketing bem elaborado o consumidor passa a ver naquele item a sua satisfação, e não há nada que se possa fazer que não seja adquiri-lo para que seja satisfeito e assim encontre a felicidade.

Além do mais há que se ter em consideração a quantidade infinita de produtos oferecidos aos consumidores. Se antes os produtos eram basicamente exclusivos, hoje é possível encontrar com pessoas na rua vestindo exatamente a mesma peça do vestuário. Para cada tipo de produto há diversas marcas, diversos modelos. Os produtos exclusivos deixaram de ser a realidade do cotidiano para se tornarem objeto de desejo e uma forma de diferenciação dos demais que utilizam os produtos confeccionados em massa.

A exposição desses produtos se dá principalmente nas lojas de departamentos, as quais surgem no final do século XIX e início do século XX[8] trazendo grandes inovações já que passaram a reunir em um só espaço diversos produtos deixando o consumidor a possibilidade de comprar inúmeros ao mesmo tempo.

Rocha disse que:

A loja de departamentos da segunda metade do século XIX constituiu um novo espaço propício à conversão da produção em consumo, de um amálgama de materiais indistintos em um universo de artigos plenos de significados culturais. Como um 'paraíso de consumo' no qual todos os sonhos e desejos se materializam, o grande magazine buscava proporcionar à sua clientela, principalmente às damas burguesas, toda sorte de bens investidos de propriedades mágicas[9].

Ora, o crescimento das marcas e o início dos primeiros grandes magazines, bem como dos super e hipermercados, passaram a trazer para o consumidor um estilo de consumo diverso, até então desconhecido, onde o próprio consumidor faz sua escolha na loja, possuindo total acesso aos produtos[10].

Essa possibilidade de tocar os produtos, de tê-los a mão, possibilitou ao consumidor um melhor conhecimento sobre os itens a serem adquiridos, ao mesmo passo em que permitiu que os lojistas utilizassem de mais técnicas de sedução e marketing para realizar vendas de produtos diversos.

Ao falar sobre as técnicas de sedução nas grandes lojas e mercados, pode-se falar sobre as prateleiras de doces, balas e biscoitos que costumam ficar próximas aos caixas dos supermercados ou lojas de departamento, para que enquanto o consumidor aguarda sua vez na fila, possa ser seduzido a comprar algum dos produtos expostos.

Esse tipo de técnica é apenas uma das diversas utilizadas pelos lojistas, tais como as etiquetas de cores chamativas para indicar um item com preço reduzido e as grandes chamadas para liquidações onde teoricamente há diminuição do preço em toda a loja. Os vendedores se utilizam de diversos métodos a fim de aumentar as vendas, mesmo que por vezes tenha que reduzir o lucro, gastando algum dinheiro a mais com propaganda e outras coisas chamativas para seduzir o consumidor.

Essa sedução do consumidor pode ser feita por diversas áreas. A cada momento este pode ser seduzido por um objeto diverso, inicialmente pode ser

por um modelo de roupa, posteriormente por um sapato, depois por um celular, e assim sucessivamente, de modo que cada hora seu desejo pode estar voltado para um tipo de produto específico. Realizando assim a troca sucessiva dos produtos possuídos, pelos modelos novos almejados.

Na sociedade de consumo, os bens não são descartados por deixarem de ser úteis, mas porque deixam de ser novos. No dinamismo do mercado reside o gérmen da cultura do descarte; do estímulo ao consumo desenfreado decorre a necessidade da liberação de espaço. O velho cede lugar ao novo, sem que outra razão haja para isso, a não ser o fato de que algo ficou ultrapassado, mesmo que do item mais moderno não haja necessidade.

Exemplo ilustrativo deste cenário de consumo instintivo e descartável é a sensação de que um passeio por um *shopping center* apenas encontra sentido se houver a possibilidade de consumir algo. Parece haver uma insuperável correlação entre o ato de ir a um *shopping center* e fazer compras, bem expressada na seguinte frase de uso corrente: "por que vou ao *shopping*, se não posso comprar nada?".

A arquitetura desses espaços é pensada para induzir os frequentadores a passarem mais tempo neles e a consumirem, seja proporcionando sensação de segurança e conforto ou mesmo reduzindo a percepção de tempo decorrido. *Shopping centers* costumam oferecer estruturas bem iluminadas e espaçosas, refrigeradas, imunes à exposição do ambiente externo e rodeadas de seguranças, tudo para que o consumidor se sinta confortável para passar mais tempo neles e comprar. De acordo com Giddens:

A confiança renovada do familiar, tão importante para um senso de segurança ontológica, é unida a percepção de que o que é confortável e próximo é na verdade uma expressão de eventos distantes e "foi colocada" no ambiente local ao invés de formar dentro dele um desenvolvimento orgânico. O shopping Center local é um meio onde uma sensação de tranquilidade e segurança é cultivada pelo acabamento dos prédios e pelo planejamento cuidadoso dos lugares públicos. Contudo, todos que fazem suas compras nesses lugares estão cômnicos de que a maioria das lojas pertence a cadeia de lojas, que podem ser encontradas

em qualquer cidade, e que na verdade inumeráveis Shopping centers de projeto semelhante existem por toda parte[11]

Essa criação baseada no familiar decorre da confiança em sistemas, que é explicada por Giddens: “A confiança em sistemas assume a forma de compromissos sem rosto, nos quais é mantida a fé no funcionamento do conhecimento em relação ao qual a pessoa leiga é amplamente ignorante[12]”.

Pode-se dizer que há quatro contextos de confiança, dentre eles a comunidade local[13], assim a reprodução de um ambiente familiar aumenta a confiança do consumidor naquele espaço, possibilitando assim a efetivação do consumo. Assim, o próprio ato de consumir é baseado na confiança em sistemas abstratos, afinal “a natureza das instituições modernas está profundamente ligada ao mecanismo da confiança em sistemas abstratos[14]”.

Ora, ainda segundo o autor: “A confiança em sistemas abstratos é a condição do distanciamento tempo-espaço e das grandes áreas de segurança na vida cotidiana que as instituições modernas oferecem em comparação com o mundo tradicional[15]”.

Há, portanto uma confiança do consumidor na aquisição do produto, não mais apenas quando a transação é feita pessoalmente. Atualmente, conforme Giddens explica, “o dinheiro possibilita a realização de transações entre agentes amplamente separados no tempo e no espaço[16]”, assim, tornou-se possível o consumo a distância, o qual gerou um aumento do fluxo internacional de produtos e serviços.

A ampliação da atividade comercial surgiu a reboque da globalização econômica e política. Com o incremento da atividade industrial e o avanço do comércio para além das fronteiras nacionais, a expansão do alcance dos meios de comunicação e o aumento do fluxo de pessoas ao redor do mundo, grandes produtores e fornecedores de produtos e serviços passaram a atingir consumidores numa escala sem precedentes.

Um dos significados disto, numa situação em que muitos aspectos da modernidade tornaram-se globalizados, é que “ninguém pode optar por sair completamente dos sistemas abstratos envolvidos nas instituições modernas[17]”.

A globalização e o aumento do fluxo de consumo importado trouxe também um aumento dos produtos disponíveis para consumo. Como Bauman já previa, “no mundo dos consumidores as possibilidades são infinitas, e o volume de objetivos sedutores à disposição nunca poderá ser exaurido[18]”.

O que por muitas vezes não se percebe é que na realidade essa infinidade de opções não aumenta a felicidade do consumidor, mas sim a diminui, já que com uma maior possibilidade de escolha o consumidor precisa optar por uma dentre as opções, o que posteriormente lhe gera questionamentos se aquela escolha, se aquele produto adquirido foi de fato a melhor opção, ou se deveria ter optado por outro.

Para exemplificar a dificuldade do consumidor para escolher dentre os diversos produtos, pode-se utilizar a nova moda que conquistou principalmente os jovens e tem crescido a cada dia mais: os clubes de assinatura. O funcionamento acontece da seguinte maneira: mensalmente o consumidor faz um pagamento de um valor fixo, e em consequência recebe em sua casa produtos, mas estes não foram escolhidos pelo mesmo, mas sim pela empresa.

Há diversos tipos de clubes de assinatura, sobre diversos produtos, sejam livros, roupas, decoração de casa, bebidas, acessórios para pets, maquiagem e até mesmo de comida sem glúten. O clube de assinatura facilita a vida para aquele consumidor que não gosta de ter que escolher.

Este tipo de venda é benéfico para a empresa dona do clube de assinatura que possui uma renda fixa, como também para empresas de produtos relacionados ao clube, que pode utilizar do patrocínio de uma caixa, ou até mesmo vender produtos com descontos para compor a caixa, já que realiza uma grande venda, ao mesmo passo em que divulga seus produtos para diversas pessoas que até então desconheciam seu produto.

Esse modelo de clube de assinatura tem se espalhado pelo mercado, de modo que há cada vez mais clubes sobre os mais diversos produtos. Realizaram até mesmo uma adaptação deste modelo de venda para a venda tradicional, uma

loja de roupas[19] a pedido da consumidora envia uma mala com alguns produtos para a sua casa, de modo que a mesma tenha a comodidade de receber os produtos em casa e escolher de uma seleção já feita, diminuindo suas opções.

Este modelo evita não só ter que se dirigir a uma loja como também outro problema comum da aquisição de itens de vestuário pela internet, que é a insuficiência do tamanho ou a aparência ser diversa da que sugeria o vendedor. Assim, o modelo de consumo se modifica diariamente para se adaptar às necessidades do consumidor.

Passou-se até mesmo a se consumir vídeos, criando novas figuras de emprego, os chamados *blogueiros*, *vlogueiros* ou *youtubers* dedicam sua vida a não somente abastecer as redes sociais, como também a criar vídeos sobre diversos temas. Ao atingirem certo número de visualizações há o recebimento de uma remuneração pela plataforma de vídeos.

Há diversos tipos de vídeos, desde receitas culinárias, a abertura e resenhas de produtos comprados de modo que o consumidor saiba quais os prós e contra antes de adquirir referido produto. A plataforma de vídeos passou a gerar sua renda com os anúncios de produtos veiculados aos vídeos, assim antes de assistir a um vídeo há uma propaganda cuja visualização é obrigatória.

3. A ALIENAÇÃO DO CONSUMIDOR E O CONSUMO PELO CONSUMO

O consumo, portanto, aos poucos vai se modificando para se adequar o consumidor aos desejos atuais. Se antes fazia parte do cotidiano dos consumidores a ida a um supermercado para realizar as compras mensais ou semanais, atualmente isso já não é mais necessário, pois além das entregas em casa e das compras feitas pelo telefone, há um novo sistema em uso.

Esse sistema de abastecimento de produtos[20] é um serviço no qual a pessoa elabora uma lista contendo os produtos essenciais, aqueles que precisa em sua casa. Após a primeira lista, é realizada a entrega do pedido em até oito dias, mas nessa mesma compra já é possível agendar as próximas entregas da mesma lista, podendo então receber de forma mensal, quinzenal ou semanal, os produtos que precisa em sua casa. Além disso, é possível alterar no sistema a data da entrega ou os produtos da lista caso seja necessário. O consumidor então não

necessita mais ter que ir até o supermercado, ele sequer precisa elaborar a lista novamente, já que sua lista de compras fica gravada, não sendo necessário passar pela questão da escolha dos produtos novamente. Há no serviço inclusive listas de sugestão para certos tipos de pessoa: solteiro, solteira ou casal, de modo a facilitar ao máximo a vida do cliente.

Segundo Bauman

O consumismo é um atributo da sociedade. Para que uma sociedade adquira esse atributo, a capacidade profundamente individual de querer, desejar e almejar deve ser, tal como a capacidade de trabalho na sociedade de produtores, destacada ('alienada') dos indivíduos e reciclada/retificada numa força externa que coloca a "sociedade de consumidores" em movimento e a mantém em curso como uma forma específica de convívio humano, enquanto ao mesmo tempo estabelece parâmetros específicos para as estratégias individuais de vida que são eficazes e manipula as probabilidades de escolha e conduta individuais[21].

As empresas conseguem criar uma corrente de desejo pelo produto a partir da experiência de terceiros, a pessoa quer aquilo que o outro tem ou teve, há a cópia da conduta do grupo. O estímulo a esse comportamento é uma estratégia de marketing denominada *love brands*, muito comum entre marcas mundialmente famosas, e consiste em "conquistar o coração das pessoas", criar sólida confiança na marca.

Com base na confiança na marca o consumidor passa a comprar apenas por confiar nela, mesmo que por vezes haja outros produtos de diversas marcas que sejam mais atuais ou possuam mais recursos. A confiança do consumidor na qualidade do produto oferecido garante a sua compra, ainda que não seja um produto extraordinário, diferente de diversos outros fornecidos no mercado.

Um grande aliado da possibilidade de compra de produtos que não se enquadram completamente nas condições financeiras do consumidor é o cartão de crédito, que foi o grande facilitador para a ampliação do consumo. Por meio da sua utilização pessoas com baixa renda podem adquirir produtos mais caros e

parcelar o valor mensalmente de modo que possa ir aos poucos pagando pelo produto.

Os bancos passaram a disponibilizar mais crédito aos consumidores, por diversas vezes sem sequer exigir a comprovação de renda. Atualmente uma pessoa pode ter diversos cartões de crédito, afinal cada loja tem disponibilizado o seu próprio cartão, o qual gera descontos específicos para sua loja, ou até mesmo acúmulo de pontos para troca de produtos.

Com mais facilidade de crédito e o constante estímulo para consumo, que por vezes gera aquelas compras de impulso, da qual o consumidor se arrepende depois, houve um aumento considerável de pessoas com dívidas, principalmente de cartão de crédito, os quais possuem juros altíssimos, fazendo com que a pessoa leve um bom tempo até que consiga de fato quitar sua dívida, isso quando consegue. Mas isso não impede que o consumidor consiga crédito em outros lugares e continue comprando.

O consumidor por diversas vezes ao chegar em uma das lojas de uma grande rede é questionado por vendedores durante a compra se não deseja realizar o cartão, e praticamente é empurrado para a mesa de modo a elaborar o cartão, as vezes quando nega, há ainda outra tentativa no caixa quando do pagamento da compra, onde o atendente sempre questiona se possui o cartão, e quando há a negatório oferece novamente a possibilidade de ter, por vezes oferecendo descontos para a primeira compra.

Bauman diz que a "sociedade de consumidores, em outras palavras, representa o tipo de sociedade que promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumista, e rejeita todas as opções culturais alternativas[22]".

Assim, o consumo continua sendo estimulado, ao passo que aquelas pessoas que não se adéquam, que não possuem roupas ditas da moda, que não possuem os *smartphones* mais modernos são rejeitadas por toda a sociedade. Chegou-se a um ponto em que até mesmo quando uma pessoa viaja ao exterior, uma das questões feitas é o que ela adquiriu na viagem. Isso porque com as tarifas de importação, por diversas os produtos chegam ao Brasil com valores muito superiores aos praticados no exterior.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O incremento acelerado do consumo pode retirar da necessidade social, isto é, do prestígio dele advindo, o protagonismo como causa primeira de sua prática reiterada. O ato de consumir atingiria determinado grau de repetição, a ponto mesmo de abandonar seu fim precípuo de atender a necessidades fáticas, econômicas ou sociais, para se converter num fim e si mesmo: o consumo pelo consumo. Nesse sentido, esclarece Bauman, em *Vida para consumo*, que:

A vida do consumidor, a vida de consumo, não se refere à aquisição e posse. Tampouco tem a ver com se livrar do que foi adquirido anteontem e exibido com orgulho no dia seguinte. Refere-se, em vez disso, principalmente e acima de tudo, a estar em movimento^[23]

Disto se extrai um abandono progressivo da racionalidade na sociedade de consumo. Se antes a aquisição de um produto ou serviço destinava-se a satisfazer uma necessidade social ou real do consumidor, fática ou econômica, agora ela se reveste de um caráter automático e autônomo, sem se destinar precipuamente ao oferecimento de qualquer utilidade ao adquirente.

Sob esse prisma, a sociedade de consumo corresponde a um modelo erigido sobre o consumidor alienado, que desconhece e deixa de exercer o papel por ele ocupado na cadeia produtiva: o de destinatário fático e econômico do produto ou serviço. Nesta configuração, tal qual acontecia com o trabalhador alienado do fordismo^[24], o ato de consumir assume feição puramente mecânica, dedicado mais à velocidade com que ocorre do que com sua real utilidade.

Assim como o trabalhador na esteira de produção, desenvolvendo a atividade que lhe compete à medida que o maquinário impõe a obrigação de executá-la, sem conhecer as demais etapas do processo produtivo e a relevância de sua atuação para o resultado final, o consumidor adquire produtos e serviços não para o atendimento de suas necessidades, mas como resposta automática a constantes incentivos de propagandas, anúncios publicitários e estratégias de marketing.

A premissa fundamental do consumo pelo consumo passa, então, pela desnecessidade do consumidor em relação àquilo que adquire. O objeto da aquisição deixa de ter por fim o oferecimento de qualquer utilidade ao consumidor e afigura-se de tal modo dispensável, que pode vir a ser descartado pouco tempo após a compra ou sequer ser utilizado. É a irracionalidade do consumo conduzindo à cultura do descarte.

Com o descarte o consumidor sempre consegue um espaço para um produto novo, para uma peça de roupa. Assim, quando vai ao *shopping Center* e compra uma blusa apenas porque passou na vitrine e achou bonita, o consumidor não precisa mais sequer justificar a necessidade de usar a blusa, ou até mesmo a manutenção de status social.

Com o modelo atual existente das lojas de departamento e *shopping Center*, o consumidor possui a liberdade de comprar por comprar, de comprar por estar passeando em um local repleto de lojas, e ter na compra uma forma de entretenimento. O consumo portanto, deixou de ter finalidade prática, deixou de ter qualquer finalidade, se não um fim em si mesmo a fim de manter e sustentar a sociedade de consumidores atualmente existente.

Como Rieping diz

A principal característica do consumo hedonista é a busca por prazer imediato, levando ao prazer dos sentidos, estimulando assim todos os aspectos emocionais. Um exemplo muito claro de consumo hedonista é: Depois de um expediente de trabalho, uma consumidora resolve ir ao shopping passear. Geralmente este passeio, sempre lhe custa um produto que adquire durante o caminhar pelas vitrinas. Mas, ela passa em frente a um salão e pensa "vou fazer as minhas unhas e arrumar meu cabelo. Porque eu mereço." Esta é uma constatação nítida de que, esta consumidora buscou naquele momento um serviço que lhe proporcionasse prazer.

Não podemos de forma alguma, confundir consumo hedonista com consumo por impulso, já que o consumo por impulso é caracterizado pela compra de um determinado

produto ou serviço por outros estímulos e técnicas, tal como a promoção. Ainda, o consumo por impulso vem acompanhado daquele "peso na consciência" pós compra, dado como exemplo pelos pensamentos: "Gastei mais do que devia" ou "Eu não precisava desta camisa, mas agora já foi"[25].

Assim, seja pelo consumo hedonista ou pelo consumo de impulso, o consumidor por diversas vezes adquire algum produto ou serviço que na realidade não necessitava, podendo ainda se arrepender depois, principalmente quando a conta bancária fica próxima ou negativada.

A sociedade de consumidores promete a felicidade instantânea ao consumidor, porém não deixa claro os perigos enfrentados para ter essa felicidade, o endividamento é um dos inimigos dos consumidores, e a cada dia com o aumento das compras, ele também aumenta, criando um problema para os consumidores que podem se ver impedidos de alcançar a felicidade.

Assim, o consumidor segue sua busca insaciável pela felicidade ao mesmo tempo em que continua comprando, seja pelo mero status ou pelo simples prazer de efetuar a comprar em si, proporcionando a perpetuação da sociedade de consumidores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

RIEPING, Marielle. *Consumidores hedonistas: quem são e como compram*. Disponível em: Data de acesso: 02/08/2018

ROCHA, Everardo. FRID, Marina. CORBO, William. *O paraíso do consumo: Émile Zola, a magia e os grandes magazines*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Mauad X, 2016.

ROSSO, Sadi dal. *Mais Trabalho!: a intensificação do labor na sociedade contemporânea*. São Paulo: Boitempo, 2008.

ROUVENAT, Fernanda; SOUPIN, Elisa. *Jovens 'acampam' em porta de loja em Ipanema para comprar tênis de R\$ 1,2 mil*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/jovens-acampam-em-porta-de-loja-em-ipanema-para-comprar-tenis-de-r-12-mil.ghtml>>. Data de acesso: 28/07/2018

VAROTTO, Luis Fernando. *A história do Varejo*. Revista ponto de vista vol. 5, nº01, fev/abr 2006. P 86 – 90. Disponível em: Data de acesso: 01/08/2018.

NOTAS:

[1] Advogada. Mestranda em Direito e Sociologia pela Universidade Federal Fluminense.

[2] BAUMAN, 2008, p. 37.

[3] RIEPING, 2012

[4] BAUMAN, 2008, p. 60

[5] BAUMAN, 2008, p. 44

[6] BAUMAN, 2008, p. 64

[7] BAUMAN, 2001 p. 99

[8] VAROTTO, 2006, p. 88.

[9] ROCHA, 2016

[10] VAROTTO, 2006, p. 89.

[11] GIDDENS, 1991, p.154

[12] GIDDENS, 1991, p 100

[13] GIDDENS, 1991, p. 115

[14] GIDDENS, 1991, p. 96

[15] GIDDENS, 1991, p. 126

[16] GIDDENS, 1991, p. 34

[17] GIDDENS, 1991, p. 96

[18] BAUMAN, 2001 p. 94

[19] Disponível em: <https://www.leopoldinadresses.com/malinha>

[20] Disponível em: <https://www.homerefill.com.br/>

[21] BAUMAN, 2008 p. 41

[22] BAUMAN, 2008 p. 71

[23] BAUMAN, 2008, p. 126

[24] ROSSO, 2008, p.57

[25] RIEPING, 2012, não paginado.

RESPONSABILIDADE MÉDICA

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

Resumo: Este artigo tem por objetivo demonstrar de forma sucinta uma análise sobre a responsabilidade médica.

Palavras-chave: Responsabilidade. Profissional. Médico.

Abstract: This article aims to summarize an analysis of medical liability.

Keywords: Responsibility. Professional. Doctor.

Resumen: Este artículo tiene por objetivo demostrar de forma sucinta un análisis sobre la responsabilidad médica.

Palabras clave: Responsabilidad. Profesional. Médico.

Sumário: Introdução. 2. Desenvolvimento. Conclusão. Referências.

Introdução

O termo responsabilidade origina-se da palavra responsável, por sua vez, derivada do latim *respondere* que significa garantir, assegurar e assumir. Em sentido geral, responsabilidade exprime a obrigação de responder por alguma coisa. Dessa forma, significa a obrigação de satisfazer a prestação ou de cumprir o fato atribuído ou imputado à pessoa por determinação legal. A responsabilidade pode decorrer tanto de uma convenção como de uma norma ou regra jurídica. Portanto, tem por designação a obrigação de reparar ou de ressarcir o dano; deriva de uma ofensa ou violação de direito que advém em dano ou prejuízo de um terceiro.

Os princípios jurídicos em que a responsabilidade civil está fundada, para efeito de se determinar a reparação do dano causado injustamente, tem origem na máxima romana inserida no *neminem laedere*. Em sua origem, o vocábulo revela a ideia de obrigação, preceito, encargo e contraprestação, o que não difere

do sentido jurídico que designa o dever de reparar o prejuízo originado na violação de um outro preexistente.

2 Desenvolvimento

Responsabilidade médica é a “obrigação, de ordem civil, penal ou administrativa, a que estão sujeitos os médicos, no exercício profissional, quando de um resultado lesivo ao paciente, por imprudência, imperícia ou negligência” (França, 2010).

Ernani Simas Alves (1965) descreve a responsabilidade um princípio jurídico geral, aceito pelos povos civilizados, estabelece que todo homem mentalmente são e mentalmente desenvolvido tem a obrigação de responder pelos danos que produzir a outros. Ainda acrescenta que mesmo que médico dificilmente tem a intenção de prejudicar alguém, ele possui essa responsabilidade.

Os deveres deste profissional estão estabelecidos no Código de Ética Médica. Em suma, pode-se dizer que ele deve aplicar todos seus esforços, utilizando os meios que dispõe, para obter a cura do paciente – desde que isso seja feito com prudência e dedicação. É preciso garantir o devido acompanhamento de sua enfermidade de modo a restabelecer seu perfeito estado clínico, manutenção de sua saúde e, se for o caso, uma morte digna.

Também é importante frisar que o médico tem o dever de não abandonar o paciente que está sob seus cuidados, exceto quando há renúncia ao atendimento por motivos justificáveis, desde que a continuidade do tratamento esteja assegurada.

Além das atribuições na relação médico-paciente, o profissional também tem obrigações em relação ao hospital e à operadora. A relação com a primeira instituição está fundamentada nas normas institucionais e regimentos internos – e, caso haja vínculo empregatício via CLT, as regras da mesma, como assiduidade.

"A responsabilidade civil vem definida por Savatier como a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam" (Silvio Rodrigues); II) a responsabilidade administrativa, no caso de envolver um agente público (sendo este um médico do município, por exemplo) que infringe normas administrativas,

que em sua origem não deixa de ser civil; III) a responsabilidade penal, quando os atos do agente repercutem na seara penal, enquadrando-se como crime ou contravenção. Nesta, diferente da civil, o interesse protegido é público (violação direta da ordem social) e a consequência do dano é a pena. Assim, o foco desta é a pessoa; daquela, o dano; e na responsabilidade administrativa, haverá punições de teor funcional (perda do cargo público) e ressarcitória.

Sua responsabilidade civil é subjetiva. Isso significa que, caso haja algum tipo de dano causado ao paciente, a determinação da culpa ou não-culpa dependerá de uma apuração aprofundada, incluindo a investigação da conduta do profissional e se foram observados os deveres de cuidado. Se houver, ainda é preciso analisar se foi isso que produziu de fato o dano em questão.

Em regra, a responsabilidade civil do médico é de ordem contratual. No entanto, a doutrina é cautelosa em explicar que não se pode presumir a culpa do médico quando o doente não é curado ou não são satisfatórios os recursos empregados no tratamento. A jurisprudência tem abrandado essa responsabilidade, que se firma a partir de uma profissão que visa, em regra, o meio e não o resultado. O médico, assim como o advogado, exerce um trabalho de meio e não de resultados. Exceção: É doutrina e jurisprudência dominantes a tese de que no caso de cirurgia plástica busca-se o resultado. A priori, os pacientes não estão doentes, mas buscam corrigir apenas um problema estético.

Para que haja um crime é necessário que alguém pratique uma conduta descrita em lei, a qual se atribua uma pena. A conduta penalmente relevante é aquela que decorre de determinado estado psicológico do agente, de modo que só há crime se estiver presente o elemento subjetivo previsto no tipo penal, agregado à conduta.

Somente pode ser cometido por determinada pessoa ou categoria de pessoas; crime comum: pode ser cometido por qualquer pessoa. A conduta delitiva do médico pode ser enquadrada em ambos. Os crimes próprios estão inseridos no cap. III (dos crimes contra a saúde pública), do Título VIII (dos crimes contra a incolumidade pública).

Violação de segredo profissional (art. 154/CP): Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou

profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem. Pena: detenção, de três meses a um ano, ou multa. Parágrafo único - Somente se procede mediante representação. Sujeitos: (ativos) médicos, banqueiros, advogados, juiz etc (chamados confidentes necessários); (passivos) a quem interessa preservar o segredo, como diz Mirabete. objeto jurídico: liberdade individual. Consumação: com a revelação para terceiro (basta uma pessoa). Tentativa: admite. Atenção: o dever de sigilo é relativo, e não absoluto, podendo ser quebrado por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente (art. 102 do Código de Ética). Elemento subjetivo: é crime doloso.

Omissão de notificação de doença contagiosa (art. 269/CP): Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória. Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa. Sujeitos: (ativo) crime próprio, só o médico; (passivo) é a coletividade. Consumação: com o fim do prazo fixado em regulamento para notificação. Natureza da norma: norma penal em branco, pois o Ministério da Saúde renova periodicamente a lista de tais doenças, por portaria. Em 21/02/2006, foi publicada a Portaria nº 5, com a seguinte lista: Botulismo, Carbúnculo ou Antraz, Cólera, Coqueluche, Dengue, Difteria, Doença de Creutzfeldt - Jacob, Doenças de Chagas (casos agudos), Doença Meningocócica e outras Meningites, Esquistossomose (em área não endêmica), Eventos Adversos Pós-Vacinação, Febre Amarela, Febre do Nilo Ocidental Febre Maculosa, Febre Tifóide, Hanseníase, Hantavirose, Hepatites Virais, Infecção pelo vírus da imunodeficiência humana-HIV em gestantes e crianças expostas ao risco de transmissão vertical, Influenza humana por novo subtipo (pandêmico), Leishmaniose Tegumentar Americana XXII. Leishmaniose Visceral, Leptospirose, Malária, Meningite por *Haemophilus influenzae*, Peste, Poliomielite, Paralisia Flácida Aguda, Raiva Humana, Rubéola, Síndrome da Rubéola Congênita, Sarampo, Sífilis Congênita, Sífilis em gestante, Síndrome da Imunodeficiência Adquirida-AIDS, Síndrome Febril Íctero-hemorrágica Aguda, Síndrome Respiratória Aguda Grave, Tétano, Tularemia, Tuberculose e Varíola.

Exercício ilegal da medicina (art. 282/CP): Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites. Pena: detenção, de seis meses a dois anos. Parágrafo único - Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se também multa. Sujeitos: (ativos) 1ª parte – qualquer um pode praticar, menos o médico; na 2ª parte, apenas o médico (excesso de limites); (passivo) comunidade e,

secundariamente, o paciente. Natureza: crime de perigo abstrato, consuma-se com a habitualidade (é o ganha-pão). Tentativa: impossível. A jurisprudência tem decidido que a falta de inscrição no Conselho não caracteriza o crime, mas é apenas infração administrativa. Objeto jurídico: é a saúde pública.

Falsidade de atestado médico (Art. 302/CP): Dar o médico, no exercício da sua profissão, atestado falso. Pena - detenção, de um mês a um ano. Parágrafo único - Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa. Sujeitos: (ativo) médico; (passivo) o Estado. Consumação: no instante que fornece o atestado. Tentativa: admite. Falsidade: a opinião dominante é que o atestado falso é aquele que traz dolosamente "algo diverso do verificado pelo médico e houver relevância jurídica, seja sobre doença ou prognóstico". Objeto jurídico; fé pública.

Omissão na assistência a recém-nascida (Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8069/90, Art. 229): Deixar o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de identificar corretamente o neonato e a parturiente, por ocasião do parto, bem como deixar de proceder aos exames referidos no art. 10 desta Lei.

Pena: detenção de seis meses a dois anos. Parágrafo único. Se o crime é culposo, pena de detenção de dois a seis meses, ou multa.

Todos sabem que o homicídio é um crime, mas poucos refletiram sobre o fato de que algumas condutas médicas podem ser qualificadas como homicídios culposos. Assim, a negligência de um médico pode levá-lo não apenas a pagar indenizações vultosas, mas também pode acarretar uma pena de prisão de 1 a 3 anos. E se é desconfortável o enfrentamento de um processo civil de reparação de danos, é sempre dramática a vivência de um processo penal.

E caso a conduta do médico seja exageradamente arriscada, ele pode inclusive ser processado por homicídio doloso, pois se considera dolo não apenas a intenção de causar o dano (chamado de dolo direto), mas também são dolosas as condutas em que o médico assume o risco de causar o resultado (no chamado dolo eventual). Na prática, considera-se dolo eventual a imprudência e a negligência que são tão desmesuradamente graves que seria injusto punir o fato com a pena reduzida do crime culposo, sendo mais adequada a pena do crime

doloso, que no homicídio é de 6 a 20 anos. Por exemplo, médicos foram processados por homicídio doloso ao não terem dado a devida atenção a uma parturiente, que terminou vindo a óbito juntamente com o feto, após uma noite inteira de sofrimento e descaso.

Homicídio culposo (Art. 121, §§ 3º e 4º/CP): Matar alguém. Pena: reclusão, de seis a vinte anos. Culpa: Se o homicídio é culposo, pena de detenção, de um a três anos. Dever de cuidado: há que haver o dever legal de cuidado. Previsibilidade: a conduta do médico produz o resultado morte não desejado, porém previsível. É a culpa consciente. Aumento de pena: No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as conseqüências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos. (Lei nº 10.741, de 2003).

Ementa - MÉDICO. RESPONSABILIDADE PENAL. HOMICIDIO CULPOSO. Denúncia que descreve a morte de paciente, sob cuidados médicos, resultante de imprudência e imperícia na ministração de drogas contraindicadas para pessoas com histórico de sensibilidade. Crime em tese. Alegação de ausência de prova da materialidade do delito, através de exame pericial idôneo. Improcedência dessa alegação, já que se cumpriu a exigência do art. 158 do CPP e, embora não conclusivo, admite o laudo oficial, como uma das possíveis causas da morte, o emprego de drogas, com o objetivo de tratamento, conforme registro no prontuário médico. Outras provas ou perícias complementares podem ser ainda produzidas no curso da instrução. Recurso de habeas corpus a que se nega provimento. (STJ, RHC 2314/PR, Rel. Min. ASSIS TOLEDO, T5, Julg. 28/10/1992, DJ 16.11.1992.)

Lesão corporal culposa (Art. 129/CP): Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem. Pena: detenção, de três meses a um ano. Se a lesão é culposa, a pena será de detenção, de dois meses a um ano. Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena será de reclusão, de quatro a doze anos. Dever de cuidado: tem que haver o dever legal de cuidado, e no caso do médico ocorre com frequência a não observância da norma técnica da profissão. "Cumprir ressaltar

que, em vários procedimentos médicos, a ofensa à integridade e à saúde do paciente fazem parte do tratamento do problema que se apresenta. Portanto, se houver necessidade de aplicação que possa ofender a saúde do paciente, mas que, reconhecidamente, faça parte do tratamento, não haverá qualquer crime." (Núria Derviche Prates e Marcelo Marquardt)

Omissão de socorro (art. 135/CP): Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública. Pena: detenção, de um a seis meses, ou multa. A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte. Sujeito: (ativo) qualquer pessoa, mesmo quem não tenha o dever de prestar assistência; (passivo): criança abandonada, extraviada, pessoa inválida ou que por suas condições pessoais não tenha condições de afastar o perigo. Capacidade: "não se exigindo que pratique atos para os quais não está habilitado" (Mirabete). Este mesmo autor diz que o socorro deve ser imediato. Elemento subjetivo: só mediante o dolo. Consumação: socorro tardio não exime o autor do crime.

O médico só será condenado se o juiz se convencer de que a acusação tem fundamento e foi provada. Caso contrário, será absolvido, o que normalmente acontece quando qualquer espécie ou elemento de prova tornar racionalmente crível a hipótese de sua inocência.

O novo Código de Ética Médica (CEM), que entrará em vigor em maio de 2019. Após quase três anos de discussões e análises, o Conselho Federal de Medicina (CFM) aprovou o relatório sobre o tema que atualizou a versão anterior, em vigor desde 2009, incorporando artigos que tratam de assuntos relacionados às inovações tecnológicas, em comunicação e nas relações em sociedade, mas mantendo os princípios deontológicos da profissão. Dentre eles, estão: o absoluto respeito ao ser humano e a atuação em prol da saúde do ser humano e da coletividade, sem discriminações. Acesse, aqui, o novo Código de Ética Médica.

Ao estabelecer deveres e normas para a conduta do médico, o Código de Ética Médica é uma garantia para a sociedade de qualidade, segurança e respeito no trabalho realizado por médicos de todo o país, tanto da rede pública como privada.

O documento traz, ainda, pontos disciplinando a postura dos médicos em relação ao ensino e pesquisa, auditorias e perícias, documentos médicos e publicidade médica.

O primeiro código do Brasil data de 1867 e teve inspiração no Código de Ética Médica da Associação Médica Americana. Entretanto, a primeira versão do Código de Ética Médica foi criada oficialmente no país somente em 1988.

O novo texto mantém o mesmo número de capítulos, que abordam princípios, direitos e deveres dos médicos. Entre os destaques, está artigo que deixa mais claro, por exemplo, os limites para uso das redes sociais pelos profissionais. Assim, esse tema que era regulado especificamente por uma resolução passa a integrar o corpo do Código de Ética Médica.

Prontuário - O CEM também passa a estabelecer que caberá ao médico assistente, ou a seu substituto, elaborar e entregar o sumário de alta. Com isso, o profissional não poderá se recusar a repassar o prontuário ao paciente ou seu representante legal. O novo Código ainda inovou ao estabelecer a possibilidade de acesso a esse tipo de documento em estudos retrospectivos, desde que justificável por questões metodológicas e autorizado pela Comissão de Ética em Pesquisa em Seres Humanos (CEPSH) ou pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep).

No capítulo dos direitos dos médicos, o novo CEM prevê a isonomia de tratamento aos profissionais com deficiência e reforça a necessidade de criação de comissões de ética nos locais de trabalho. O médico também tem o direito de se recusar a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas e ponham em risco a saúde dos pacientes. Nesses casos, deve comunicar a decisão ao diretor técnico da instituição, aos Conselhos Regionais de Medicina e às comissões de ética do local.

Entre as proibições, é vedado ao médico prescrever ou comercializar medicamentos, órteses, próteses ou implantes de qualquer natureza, cuja compra decorra de influência direta em virtude de sua atividade profissional. Procurou-se não alterar a estrutura do texto anterior, mantendo os mesmos capítulos e acrescentando poucos artigos. A atualização, no entanto, era necessária, pois se fazia necessário adaptar o Código às recentes resoluções do CFM e à legislação vigente no País.

O novo Código de Ética resulta de uma ampla discussão com a classe médica, iniciada em 2016. De julho daquele ano a março de 2017, um total de 1.431 propostas foram enviadas para um hotsite desenvolvido pelo CFM. Puderam encaminhar propostas associações médicas, sociedades de especialidades, entidades de ensino médico, dentre outras organizações, além dos médicos regularmente inscritos nos CRM.

As sugestões, que puderam indicar alteração, inclusão ou exclusão de texto do código em vigor, foram analisadas pelas comissões estaduais de revisão dos CRMs e pela Comissão Nacional de Revisão do Código de Ética Médica do CFM. Em 2016, foram promovidos três Encontro Regionais de Revisão do Código de Ética Médica, que tiveram a participação da Comissão Nacional de Revisão do CEM, das Comissões Estaduais de Revisão da região, além de associações e sindicatos médicos também dos estados relacionados.

A nova edição do Código de Ética Médica trata de questões como inovações tecnológicas e relações em sociedade, mantendo os princípios deontológicos. O avanço da tecnologia da informação, que facilita a comunicação de todas as formas tanto do médico com o paciente, como entre médicos e instituições de saúde.

As principais alterações são reflexos das mudanças tecnológicas no mundo, podendo destacar os seguintes pontos:

Estabelecimento de um limite no uso de redes sociais pelos profissionais;

Determinação da elaboração e entrega do sumário de alta como função do médico assistente (ou seu respectivo substituto);

Possibilidade de consultar esse documento em pesquisas, desde que adequadamente justificado pelo pesquisador e autorizado pelo órgão responsável;

Exercício do trabalho sem discriminação, aos profissionais com algum tipo de doença ou deficiência;

Alerta para necessidade da criação de comissões de ética nos locais de trabalho;

Possibilidade de recusa do médico para trabalhar em determinada instituição (pública ou privada), quando não apresenta condições dignas;

Proibição de que médicos prescrevam ou comercializem medicamentos, órteses, próteses ou implantes caso a compra tenha relação direta com a atividade profissional.

Dentro dessa lógica, há mudanças nos capítulos da Relação com paciente e familiares, sigilo profissional e documentos médicos. Traz também, em seu bojo, o respeito ao ser humano em favor de sua saúde e de todos que o cercam, sem discriminação.

Também há novidades, como a entrega ao paciente do sumário de alta, dentro do entendimento da importância do preenchimento do prontuário médico, bem como a criação de Comissões de Ética Médica nos locais de trabalho. Ainda, preconiza que o médico terá o direito de se recusar a trabalhar em instituições públicas ou privadas que não tenham condições dignas, que ponham em risco a saúde dos pacientes. Nesses casos, os médicos devem comunicar a decisão ao diretor técnico da instituição, às comissões de ética dos locais e aos Conselhos Regionais de Medicina.

Além disso, trata de questões mais específicas do exercício da Medicina, regulando a postura do profissional em relação à doação e transplantes de órgãos, reprodução assistida, manipulação genética, situações clínicas terminais, entre outros temas importantes para a sociedade que merecem debate.

O Código de Ética Médica tem uma atuação importante não só para os médicos, mas também para a política, já que atua em defesa da saúde da população. Por isso, precisa se manter sempre atualizado de acordo com as mudanças da sociedade e com a evolução científica.

Conclusão

A ocorrência do dano moral e material do médico, em decorrência da ação desvirtuada deste, seja por negligência ou imprudência, que geraram dano à vítima, pessoa que procurou os serviços do profissional, fato que justifica um maior incentivo dos membros do poder judiciário no sancionamento deste abalo para tentar justificar para a sociedade que os julgadores não corroboram com a

negligência médica, que tantas sequelas e saudades têm, impunemente, causadas à sociedade, buscando ainda garantir que o status quo ante dos lesionados seja recomposto de forma digna a tornar menos dolorosa suas existências, indevidamente marcadas pelo dano causado pelo profissional da medicina.

O médico deve agir sempre para não produzir ou produzir o menor dano possível ao seu paciente, e tomar as condutas possíveis e notoriamente indicadas que possam minorar o seu sofrimento ou curá-lo. Ao médico cabe, obrigatoriamente, obedecer ao princípio da não maleficência, ou seja, de não causar mal ou dano ao seu paciente, de não lesar ou danificar as pessoas, podendo-se dizer que "não causar prejuízo ou dano foi a primeira grande norma da conduta eticamente correta para os profissionais da Medicina e do cuidado da saúde".

Como a obrigação do médico é obrigação de meio e não de resultado, o objetivo de um tratamento é o de comportar dentro de uma condição ética, utilizando em sua disponibilidade todos os meios para alcançar a cura do paciente. Ao médico cabe trabalhar para elevar e dignificar a vida humana, acima de tudo respeitando os valores éticos, morais, religiosos e os costumes e princípios fundamentais da humanidade, bem como o direito indisponível do homem - a vida como um bem maior.

Referências

ALVES, Ernani Simas. **Medicina Legal e Deontologia**. Curitiba-PR. Editora Universidade do Paraná. 1965.

BARROS JR., Edmilson de Almeida. **Código de Ética Médica**: comentado e interpretado. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2010.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 10. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2010.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: responsabilidade civil: v. 4. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SAVATIER, René. **Traité de La Responsabilité Civile**. Vol.II, nº 525, in Caio Mario da Silva Pereira, Responsabilidade Civil, Editora Forense, RJ, 1989.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3268.htm

<http://www.crmmt.org.br/images/pdf/comparativo%20cdigos%20de%20tica%20mdica%20atual%20e%20novo.pdf>

http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/integras_pdf/RES_CFM_2217_2018.pdf

http://www.impresanacional.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/48226289/do1-2018-11-01-resolucao-n-2-217-de-27-de-setembro-de-2018-48226042

A DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL INDIRETA E SEUS EFEITOS NA MUNICIPALIDADE

BRUNO RAFAEL PAIXÃO MEDRADO:

Graduado em Direito e Pós-Graduado em Direito Público Municipal pela FACAPE. Advogado e Professor de Direito da FACAPE.

CARLOS EDUARDO ROMEIRO PINHO^[1]

(Orientador)

RESUMO: Este artigo tem por objetivo analisar os mecanismos previstos em lei para a resolução da crise urbanística que muitos municípios brasileiros enfrentam. A concentração da titularidade dos imóveis urbanos em nome de poucos faz com que os menos abastados consubstanciem o seu direito constitucional de moradia à revelia dos procedimentos elencados pela lei. Nesse viés, surge o problema das ocupações irregulares. A Constituição Federal e as leis infraconstitucionais trazem previsões no sentido de atenuar tais irregularidades, que repercutem na esfera pública municipal, quer impondo ações, quer prescrevendo a contemplação em programas de governo.

Palavras-Chave: Desapropriação Judicial Indireta; Município; Responsabilidade; Moradia; Políticas Públicas.

ABSTRACT: This article aims to analyze the alternatives for solving the urban crisis that many Brazilian municipalities face. The concentration of ownership of urban properties in the name of a few people makes the less well-off consubstantiate their constitutional right to live in violation of the procedures set forth by law. In this bias, the problem of irregular occupations arises. The Federal Constitution and the infraconstitutional laws provide regulations to mitigate such irregularities, which have repercussions in the municipal public sphere, either by imposing actions or by prescribing contemplation in government programs.

Keywords: Indirect Judicial Expropriation; Municipality; Responsibility; Home; Public policy.

1. Introdução

A matriz de todo estudo acerca do sistema jurídico em algum ponto irá repousar no constitucionalismo. Essa escola visa, dentre outros, estudar a existência de direitos fundamentais do cidadão em face do Soberano, por meio de artifícios legislativos promovidos pelo próprio estado. Desde os tempos mais remotos até os dias de hoje, percebe-se o aprimoramento das garantias do cidadão frente à ação estatal.

De acordo com a brilhante lição de Canotilho (2002, p.51), o constitucionalismo seria “a teoria [...] que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”.

Essa ideologia passou por vários momentos durante a história. Do século XVIII até o início do século XX, com o constitucionalismo clássico, o Estado somente tinha incumbência de assegurar direitos mínimos, como a garantia da ordem e segurança públicas. Outros deveres, como questões econômicas e sociais, eram deixados a cargo da iniciativa privada.

A Constituição norte-americana de 1787 e a francesa de 1791 (que teve como preâmbulo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789), movimento este deflagrado durante o Iluminismo e concretizado como uma contraposição ao absolutismo reinante [...] Podemos destacar, nesse primeiro momento, na concepção do constitucionalismo liberal, os seguintes valores: [...] absentismo estatal, valorização da propriedade privada e proteção do indivíduo. (LENZA, 2014, p. 68).

Após a Primeira Guerra Mundial, esse modelo perdeu força por conta do caos deixado pelo conflito bélico, que instaurou uma tremenda crise humanitária, acentuando as desigualdades sociais. Foi nesse contexto de desprestígio do liberalismo econômico outrora existente que o estado avocou para si as funções desempenhadas por setores não públicos.

A economia tornou-se também uma questão do Estado e conseqüentemente uma questão constitucional (“Constituição econômica”). E ao lado dos direitos de liberdade individuais, típicos do primeiro

Constitucionalismo, entram na Constituição os direitos colectivos e os direitos a prestação do Estado (direitos económicos, sociais e culturais). (MOREIRA, 2001, p. 315)

Com isso, surgiram os direitos fundamentais de segunda geração, que não se contentavam com um comportamento passivo do poder público, exigindo dos entes encarregados de cumprir programas de governo mais ação prestacional.

Tanto tempo se passou e ainda nesta década, aqui em terras brasileiras, infelizmente, há mais simbolismo que política pública de promoção dos direitos fundamentais. As medidas governamentais, a despeito de existirem, ainda são muito tímidas, se confrontadas com os mecanismos previstos pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Dentre tantos, o direito à moradia está inserido diretamente no Título dos Direitos Fundamentais, e nas entrelinhas dos fundamentos e objetivos traçados pela República.

Para se ter uma ideia, é comum ver no interior do Brasil o problema da crise urbanística - que hoje já era para ter sido extirpado do contexto social e jurídico.

A dimensão continental do território brasileiro não pode ser a única justificativa dada a esse desequilíbrio na zona urbana. É bem certo que, além desse motivo, esse problema advém da concentração de imóveis urbanos na titularidade de poucos, combinado com a deficiência de ações efetivas em volta do assunto.

Diante desse cenário, os cidadãos com mais vulnerabilidade social ocupam imóveis, de maneira não inteligente e precária, com a intenção de satisfazer um direito constitucional de moradia e de subsistência.

Em situações em que não cabe a usucapião urbana, o único remédio seria a desapropriação judicial indireta, que conforme será visto, exige, dentre outros, o pagamento de uma justa indenização por parte dos possuidores. Entretanto, na impossibilidade financeira de indenizar o proprietário registral, a quem ficaria a tarefa? Ou essas pessoas (proprietários e possuidores) devem ser jogadas à própria sorte?

O objetivo desse estudo é analisar o comportamento social frente a ausência de um direito fundamental que é o de moradia, destacando uma pretensa responsabilidade do poder público ainda principiante nessa temática. O

pressuposto metodológico é uma pesquisa bibliográfica na literatura sobre constitucionalismo, políticas públicas de realização de direitos sociais, e responsabilidade da municipalidade.

2. Função Social da Propriedade

A expressão função social vem do latim *functio*, que significa cumprir algo, desempenhar um dever ou uma atividade, o papel a ser cumprido por um determinado modelo jurídico (FARIAS; ROSENVALD, 2008, 307).

Partindo desse conceito, entende-se que a função social seja uma cláusula em aberto, que, no caso concreto, deva ser interpretada pelo aplicador do direito à luz de valores históricos e sociais de um determinado grupo de pessoas.

De acordo com as lições de Francisco Cardozo Oliveira (2006, p. 242), a propriedade que recebe uma função social transcende a relação proprietário x coisa:

A função social integra a essência da propriedade de modo que, na modernidade, passou a constituir-se em garantia da tutela jurídica do direito de propriedade. [...] A função social enriquece a propriedade, porque confere ao exercício dos poderes proprietários valor que ultrapassa a relação entre o proprietário e a coisa. A funcionalização valoriza a utilidade individual e coletiva proporcionada pelo uso do bem, direcionado para o objetivo finalístico traçado pelo ordenamento jurídico. O conceito de propriedade não se completa sem que considerada a função social.

Este artigo não tem a pretensão de criar muitas delongas sobre o princípio da função social propriamente dito; apenas expor que ele é decisivo no momento de o julgador definir quem dá a melhor posse para uma propriedade.

Não dá para se usar como fundamentação única o princípio da função social para se obter algum provimento (administrativo ou jurisdicional), mas não se deve perder de vista que aquele que não atende a esse princípio perde as garantias judiciais e extrajudiciais de proteção da posse

3. O direito constitucional à moradia e à sua regularização

O preâmbulo da Constituição da República de 1988, embora seja desprovido de cogência normativa direta, guia o intérprete e aplicador do direito

(especificamente o gestor público municipal) na tarefa cotidiana de lidar com a lei. Assim, o Estado Democrático só se faz presente quando incentiva e materializa o exercício dos direitos sociais, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Na mesma linha, os artigos 1º e 3º da CRFB/88 preveem, entre os fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana e, entre seus objetivos, a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais. Toda a legislação infraconstitucional deve seguir esse parâmetro. Entender de outro modo viola, sem sombra de dúvida, a Lei Fundamental instituidora do Estado Constitucional Democrático.

A Constituição da República, ao erigir o princípio da dignidade da pessoa humana a *status* de postulado fundamental, incumbiu aos três poderes constituídos a observância do mínimo existencial necessário a uma existência digna de cada cidadão.

Não é por outra razão que o legislador constituinte munuiu a pessoa humana de direitos fundamentais, como, por exemplo, a moradia. Diferentemente não faria o legislador ao editar o Código Civil e o Estatuto da Cidade.

A constitucionalização do direito à moradia torna a habitação em um estado de bem-estar do ser humano, de acordo com a expressão do 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948:

Artigo 25º

1.Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

2.A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma protecção social.

Do mesmo modo também ficou disposto no item 8 da 2ª Conferência sobre Assentamentos Humanos (Habitat II), promovida em 1996 pela Organização das Nações Unidas (ONU), em Istambul, na Turquia, a qual determina aos países signatários que confirmem proteção normativa constitucional adequada e efetiva ao direito de moradia, dentre outros:

8. Nós reafirmamos nosso compromisso com a total e progressiva realização do direito a moradias adequadas, conforme estabelecido em instrumentos internacionais. Com essa finalidade, deveremos procurar a participação dos nossos parceiros públicos, privados e não-governamentais, em todos os níveis, para a garantia legal de posse, proteção contra discriminação e igual acesso a moradias adequadas, a custos acessíveis, para todas as pessoas e suas famílias.

Nesse contexto de intenções normativas, em 2000, sobreveio a Emenda Constitucional nº 26, que positivou o direito social de moradia, em consonância, tanto com o sistema internacional de direitos humanos, quanto com a necessidade de garantia do mínimo existencial e digno da pessoa humana conferida pela Magna Carta.

A institucionalização do direito à moradia representou uma nobre tentativa do legislador constituinte derivado de implementar a igualdade e a liberdade materiais. Não só isso, a reforma constitucional teve o objetivo de proteger a pessoa contra as necessidades de ordem material e temporal e, notadamente, de promover a redução das desigualdades sociais.

Inovação tamanha é reflexo de uma nova visão universal de que o indivíduo é merecedor de uma vida digna, sendo assim, o direito à moradia, assim com tantos outros, é requisito para que se alcance a vivência plena. E dada a sua importância, é fácil de subtrair que esse direito esteve, desde a promulgação da Constituição, implícito devido a estar diretamente entrelaçado com o princípio da dignidade humana. (PINHEIRO, 2008)

É obrigação estatal a conformação do direito à moradia com os princípios e interesses verificados na CRFB-88, sempre se guiando pelo postulado da supremacia constitucional e da força normativa de seu texto. Assim, cabe ao ente político, seja direta ou indiretamente, fomentar programas sociais de habitação,

que facilitem o acesso à moradia ou que, ao menos, torne regular aquelas sobre as quais incide o precariedade. Para Sarlet, essa seria uma tentativa de dignificar o cidadão titular desse direito.

É importante mencionar que sem um lugar adequado para proteger a si próprio e a sua família contra as intempéries e sem a certeza de que jamais terá a sua propriedade posta em xeque, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, por vezes, não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida com dignidade. (2008, p. 45)

Na regra constitucional de repartição de competência, o interesse tem um aspecto de baliza quanto as políticas públicas implementadas, bem como nos investimentos para a promoção dessas metas. É por esse motivo que o município, em se tratando de direito à moradia e sua regularização, certamente é a pessoa política de maior importância. Isso porque, além de ser um interesse local a redução do déficit habitacional e a regularização das propriedades urbanas, é a municipalidade que está mais próxima do cidadão.

Cabe ao Estado, e insta salientar a maior importância do ente municipal, garantir a máxima efetividade desse direito fundamental, seja através da criação de normas que universalizem o acesso à moradia, seja a partir da formulação de políticas que subsidiem a aquisição dos imóveis urbanos.

A máxima efetividade das normas constitucionais representa para Barroso “a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social” (2003, p. 316).

Com efeito, é tarefa do intérprete e aplicador conferir à norma uma interpretação e aplicação que lhe garanta maior eficácia no mundo dos fatos, com vistas a garantir os mandamentos constitucionais.

4. A diferença entre a desapropriação judicial indireta e outros institutos

A desapropriação judicial indireta, que é o foco deste trabalho, decorre da ocupação de um determinado imóvel por considerável número de pessoas, sem qualquer procedimento expropriatório que antecede a indenização, tal qual acontece no direito administrativo.

Na esfera pública, quem ocupa é a Fazenda Pública; na modalidade em comento, não é o poder público, mas sim, como dito, um grupo de pessoas.

Carvalho Filho, para elucidar seus ensinamentos em relação à diferenciação de ambos os institutos, prefere chamar a desapropriação judicial indireta de "expropriação social".

Não obstante ser clássico o instituto da desapropriação como forma de expropriação processada pelo Estado, o vigente Código Civil criou instituto de expropriação – até agora não conhecido – em que a iniciativa cabe *aos particulares*. Dispõe o art. 1.228, § 4º, que nasce o direito à expropriação (acarretando a perda do imóvel), indenizando-se o proprietário ao final, quando: (a) a posse seja de considerável número de pessoas; (b) seja ela ininterrupta e de boa-fé por mais de 5 anos; (c) tenham os posseiros realizado obras e serviços considerados pelo juiz de relevante interesse social e econômico. (2018, p. 962)

O administrativista vai mais além, no sentido de diferenciar com riqueza os institutos, com uma brilhante lição.

Não se identifica com a desapropriação clássica por ser promovida por particulares, e não pelo Estado. (CARVALHO FILHO, 2018)

Para Rosenvald e Farias, "a desapropriação é judicial, pois pela primeira vez no direito brasileiro quem determinará a privação do direito de propriedade não será o poder executivo ou o legislativo, mas o poder judiciário" (2008, p. 43).

Nesse contexto, o instituto da desapropriação judicial indireta consubstancia a função social da posse, insculpida nos parágrafos 4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil de 2002, podendo ser oposta tanto contra particulares como contra o poder público.

Em suma, enquanto a desapropriação indireta é tema atinente ao direito administrativo, a desapropriação judicial indireta é matéria pertencente ao direito civil.

Apesar de se assemelhar, o apossamento de bem particular pelo poder público sem o devido processo legal de desapropriação (desapropriação indireta)

descamba em uma desapropriação nula. Nesse caso, nega-se ao proprietário a faculdade de reivindicá-lo, só cabendo a indenização por perdas e danos. Isso porque a Lei das Desapropriações (Decreto-lei 3.365, de 21.06.1941), em seu artigo 35, estabelece que “os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação”.

Para a doutrina de direito administrativo o traço diferenciador principal é o estado como protagonista do esbulho e da eventual indenização a ser paga ao proprietário registral.

Desapropriação indireta é o fato administrativo pelo qual o Estado se apropria de bem particular, sem observância dos requisitos da declaração e da indenização prévia. Observe-se que, a despeito de qualificada como *indireta*, essa forma expropriatória é mais *direta* do que a que decorre da desapropriação regular. (CARVALHO FILHO, 2018)

Já a desapropriação em comento (desapropriação judicial indireta), guarda as mesmas características, porém, por se tratar de um instituto de direito civil, não será a Administração que irá expropriar e eventualmente indenizar, e sim considerável número de pessoas. Quer-se falar com isso que, após o cumprimento de todos os requisitos elencados pela lei, o magistrado arbitrará uma indenização a ser paga pelos ocupantes ao proprietário do imóvel, a fim de que seja feita a transferência registral.

Art. 1.228. [...]

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

[...]

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em **extensa área**, na **posse ininterrupta e de boa-fé**, por **mais de cinco anos**,

de **considerável número de pessoas**, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, **obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante**.

§ 5o No caso do parágrafo antecedente, o **juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário**; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores. (BRASIL, 2002) (grifou-se)

Vendo o dispositivo, há, também, uma falsa aparência com o instituto da usucapião especial urbana coletiva, previsto no Estatuto das Cidades. Contudo, o conflito não existe, pois a usucapião exige que as pessoas sejam de baixa renda, não possuam outra propriedade, além de dispensar a boa-fé. Isto sem mencionar que enquanto essa é forma de aquisição originária da propriedade, aquela é forma de aquisição derivada.

De uma leitura da Lei 10.257/2001, percebe-se que a diferença, ainda que tênue, existe:

Art. 10 - As **áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados**, ocupadas por **população de baixa renda** para sua moradia, por **cinco anos**, ininterruptamente e sem oposição, **onde não for possível identificar os terrenos** ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores **não sejam proprietários de outro imóvel** urbano ou rural.

[...]

§ 2º - A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis. (BRASIL, 2001) (grifou-se)

Vale ressaltar, ainda, que, ao contrário da usucapião, a desapropriação judicial indireta requer o pagamento de indenização ao proprietário registral, como condição sem a qual o imóvel não se transfere.

A capacidade econômica das pessoas ocupantes para arcar com o pagamento do justo preço pode, a depender do caso, ter consequências no erário municipal.

5. Os efeitos do instituto civilista no ente municipal

A princípio, o tema abordado nesse trabalho, visto de uma maneira superficial, poderia não guardar relação com o direito público municipal. Contudo, uma análise mais esmiuçada leva a conclusão de que o Poder Público está submetido a alguns ditames do direito privado.

Sem muitos esforços, pode-se encontrar atividades da Administração submetidas ao direito privado. Ora, o Código Civil, grande baluarte das relações entre particulares, deve ser obedecido pelo Estado, visto que, constitucionalmente, é estabelecido o princípio da legalidade.

Somado a isto, existem inúmeras passagens dentro do texto constitucional, e no seu preâmbulo, que não só orientam como obrigam o gestor público, no cumprimento de políticas públicas, a erradicar a pobreza, as desigualdades sociais e a marginalização e assegurar a dignidade da pessoa humana, sem prejuízo de outros mandamentos.

O cidadão está submetido a três ordens matrizes, a saber: Constituição da República, Constituição dos respectivos Estados e Lei Orgânica municipal. O agente político, de qualquer esfera da federação, ao montar sua equipe para cumprir o programa apresentado ao eleitor, não deve fazer preterição por nenhuma região.

Entretanto, é consabido que o cidadão que mora na periferia de um interior, por não saber como opera e se organiza o Estado, irá cobrar, instintivamente, do poder que mais se aproxima da sua comunidade, ou seja, o Município. Isto porque a sede está a poucos quilômetros de distância do munícipe, os agentes encarregados de cumprir, traçar e aprovar as metas muitas vezes são vizinhos do povo. Ademais, não há na cultura dos brasileiros o interesse por saber como funciona a atividade estatal, o que são órgãos, "o que é" e "o que faz" a administração direta/indireta.

Some-se a isso o fato de que o ente municipal, em tese, pode conhecer cada pedaço do seu território melhor que a União ou o Estado Federado (por exemplo), o que facilita o mapeamento do déficit habitacional e da irregularidade

registrar, tarefa que, sem dúvida, é mais difícil de ser executada pelas outras pessoas políticas. Empiricamente, fala-se que para tratar um problema é preciso, antes de tudo, diagnosticá-lo.

Nesse contexto, e até por uma questão de efetividade e de descentralização, a municipalidade, acaba por se encarregar, na maioria das vezes, de realizar a política pública de habitação e regularização registral.

De uma inteligência mínima, e até pelas pesquisas realizadas, são famílias pobres que, ao arrepio das formalidades impostas pela lei, assenhoram-se de propriedades sem a devida destinação social dos seus proprietários.

Uma reportagem publicada pelo Portal R7, em 21 de dezembro de 2011, aponta que mais de 11 milhões de brasileiros vivem em ocupações irregulares, segundo dados do Censo 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE):

Em 2010, mais de 11,4 milhões de brasileiros viviam em aglomerados subnormais, conceito que inclui ocupações irregulares conhecidas como favelas ou invasões. Os dados, divulgados nesta quarta-feira (21) pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), compõem o Censo 2010.

O número representa 6% da população do Brasil (de cerca de 190 milhões de pessoas). De acordo com o levantamento, quase a metade (49,8%) dos 3,2 milhões de domicílios particulares situados nesses locais estava na região Sudeste - sendo 23,2% em São Paulo e 19,1% no Rio de Janeiro.

A região Nordeste surge na sequência, com 28,7% desse total.

Levando em consideração que a indenização é paga pelos possuidores que ocupem área extensa por mais de cinco anos com finalidade produtiva, para no ar uma dúvida: e se essas pessoas não tiverem recursos suficientes, ou quiçá nenhum, para indenizar o proprietário? Estariam submetidas à insegurança eterna de terem tão somente o domínio da área?

Há uma corrente na comunidade jurídica que entende que o poder público pode sofrer os efeitos do art. 1.228, § 5º do Código Civil. Mas o tema não é tão pacificado: existe uma forte celeuma.

À luz de uma interpretação autêntica, a desapropriação judicial indireta para Barbosa e Pamplona Filho (2015) deve ser suportada pela Administração:

Pouco provável que fosse a intenção do legislador que os possuidores, já tendo realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante, por mais de cinco anos, como se proprietários fossem, ainda tenham que desembolsar valores para a aquisição efetiva de tal propriedade.

O enunciado 308 da Jornada de Direito Civil, consagra a ideia que, em se tratando de população de baixa renda e com a finalidade de moradia, a indenização por desapropriação judicial indireta deve ser paga pelo poder público. A exigência é que o Ente seja devidamente inserido no processo judicial e que haja, por óbvio, o respectivo deslocamento de competência:

308 - Art. 1.228: A justa indenização devida ao proprietário em caso de desapropriação judicial (art. 1.228, § 5º) somente deverá ser suportada pela Administração Pública no contexto das políticas públicas de reforma urbana ou agrária, em se tratando de possuidores de baixa renda e desde que tenha havido intervenção daquela nos termos da lei processual. Não sendo os possuidores de baixa renda, aplica-se a orientação do Enunciado 84 da I Jornada de Direito Civil.

O que se quer dizer é que se a demanda recair sobre um imóvel localizado na zona urbana é necessário incluir o Município no polo passivo, e o feito será processado e julgado na Vara da Fazenda Pública do Poder Judiciário estadual. Só haverá competência da justiça federal se o imóvel estiver localizado na zona rural ou, ainda, se o imóvel for pertencente à União, e mesmo assim, na fase de execução da sentença.

A polêmica ainda recai sobre mais uma consequência que pode atingir o ente municipal, conforme entendem Barbosa e Pamplona Filho citando Mônica Carvalho (2015):

Parece que o ônus será do Município em que localizada a área, haja vista que o comando do plano diretor da cidade é da competência exclusivamente municipal. Há uma corresponsabilidade na tolerância da ocupação de terrenos com a criação de verdadeiras favelas, nascidas de invasões pelos que não têm moradia.

Nesse sentido, a regra constitucional estampada no art. 182 que impõe ao Poder Público Municipal o dever de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

No mesmo diapasão, a norma inserida no art. 39 do Estatuto da Cidade, ao estatuir que a propriedade urbana atende à sua função social quando cumprir as exigências fundamentais da ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Não se pode olvidar que a desapropriação administrativa prevista no art. 8º. do mesmo diploma legal é efetuada pelo Poder Público Municipal como cumprimento de seu dever de realizar o adequado ordenamento da cidade.

Diferentemente da usucapião, que não pode incidir sobre bens públicos, esses autores, pelas razões já declinadas, entendem que a desapropriação judicial indireta pode recair sobre os bens públicos dominicais, justamente porque não há a prescrição aquisitiva; há contraprestação, pois a propriedade vai ser transferida mediante o pagamento da justa indenização.

Para que aconteça a alienação de bens públicos dominicais devem ser obedecidas as exigências legais. Isto é, os bens de uso comum do povo e os bens de uso especial não são alienáveis enquanto conservarem tal qualificação, somente após a edição da lei que declara a desafetação (passando a categoria dos bens públicos dominicais) é que podem ser alienáveis.

Dentro dessa perspectiva, podem surgir duas circunstâncias: ou o imóvel público já está desafetado e o juiz fixa a indenização; ou o magistrado espera o poder legislativo editar a lei que desafeta o bem público de uso comum/especial.

Processualmente falando, a sentença que fixar o valor da indenização não tem o condão de transferir a propriedade. O enunciado 241 da Jornada de Direito Civil estabeleceu que enquanto a indenização não for paga, não se pode efetivar o registro:

241 - Art. 1.228: O registro da sentença em ação reivindicatória, que opera a transferência da propriedade para o nome dos possuidores, com fundamento no interesse social (art. 1.228, § 5º), é condicionada ao pagamento da respectiva indenização, cujo prazo será fixado pelo juiz.

Destarte, é importante frisar que a terra particular e a terra pública desafetada, abandonada ou devoluta, que não recebem utilização e não cumprem a sua destinação, não podem, sob qualquer pretexto, dificultar o acesso à moradia.

6. Considerações Finais

Com base nos argumentos apresentados, resta claro que todo programa de governo deve prever a promoção do direito à habitação regular, sem se esquecer dos problemas urbanísticos como a registrabilidade dos imóveis dentro do território municipal.

Falar da importância do direito à propriedade sem contemplar a regularização registral dos bens imóveis, significa perpetuar um paradoxo jurídico e social, que põe em xeque a afirmação da existência do cidadão.

É claro que essa meta não pode ser emergencial, porque nem todos os entes municipais têm recursos para executar em um exercício financeiro as ações necessárias para atenuar esse grave problema. Isso porque tais iniciativas cuidam de um tema bastante denso, que requer estudo multidisciplinar e, principalmente, arrecadação tributária.

Convém ressaltar que isso deveria fazer parte de todo programa de governo submetido à aprovação popular.

Já passou da hora de a interpretação acerca do regime jurídico público ser redimensionada, contemplando os fundamentos, objetivos e princípios erigidos

em caráter constitucional. Felizmente, a ideia de que os bens públicos são intocáveis está aos poucos perdendo espaço quando ocorrem situações como a apresentada nesse artigo.

A Justiça, enquanto poder constitucional, não é uma extensão do Poder Legislativo, muito menos do alto escalão da prefeitura: quem tem que planejar é o gestor; quem têm de criar mecanismos legislativos e realizar fiscalização orçamentária-financeira são os vereadores.

Os poderes instituídos em cidades pequenas precisam abandonar essa cultura de buscar o poder pelo poder. Quando essa prática secular for rompida, será possível dar um passo no sentido de definir instrumentos e condições necessárias para a legalização da posse das terras urbanas invadidas.

Referências bibliográficas

ARAUJO, Dinarth Cardoso Junior. **Da possibilidade jurídica de desapropriação judicial indireta de bens imobiliários públicos, nos termos do art. 1.228, § 4º e §5º do código civil. 2009.** 62F. Monografia (Graduação) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2009.

BARBOSA, Camilo de Lélis Colani; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Compreendendo os novos limites à propriedade: uma análise do art. 1.228 do Código Civil.** Disponível em: Acesso em 07 de julho de 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas.** 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

BRASIL. **Decreto nº 3.365, de 21 de junho de 1941.** Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

BRASIL, **Lei 10.257, de 10 de julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial União, Brasília, DF.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. Ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. – 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

DECLARAÇÃO DE ISTAMBUL SOBRE ASSENTAMENTOS HUMANOS. Disponível em: Acesso em 26 de maio de 2017.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>> Acesso em 26 de maio de 2017.

JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV E V: ENUNCIADOS APROVADOS. Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

R7. Mais de 11 milhões de brasileiros vivem em ocupações irregulares, revela Censo 2010. Disponível em Acesso em 07 de julho de 2017.

MOREIRA, Vital. **O Futuro da Constituição, in Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides, Organizadores Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho**. São Paulo: Malheiros, 2001.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PINHEIRO, Marcelo Rebello. **A Eficácia dos Direitos Sociais de Caráter Prestacional: em busca da superação de obstáculos**. 2008. 195 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2008.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direitos Reais**. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Supremo Tribunal Federal, o direito à moradia e a discussão em torno da penhora do imóvel do fiador**. In: FACHIN, Zulmar (coord.). **20 anos de Constituição cidadã**. São Paulo: Método, 2008.

NOTA:

[1] Advogado. Professor orientador, graduado em direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Graduado em História pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Professor da Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina, professor da Universidade do Estado de Pernambuco - Campus Petrolina.