

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 415

(ano VII)

(10/08/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

**COORDENADOR GERAL (DF/GO) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:**
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional.*

*Coordenador do Direito Internacional
(AM/DF):* **SERGIMAR MARTINS DE
ARAÚJO** - *Advogado com mais de 10 anos
de experiência. Especialista em Direito
Processual Civil Internacional. Professor
universitário*

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

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

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI (DF):** *Doutor em Ciências
Jurídicas e Sociais pela Universidad del
Museo Social Argentino - UMSA.*

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília – DF*.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DO DIA



10/08/2015 Carlos Eduardo Rios do Amaral

» [Defensoria Pública obtém liminar para realização de cirurgia de crosslinking em córnea por ectasia corneana](#)

ARTIGOS

10/08/2015 Ana Carolina Motta Guatimosim

» [A prisão especial para os diplomados em curso superior e sua ausência de justificação em face do princípio da isonomia](#)

10/08/2015 Danilo Moraes dos Santos

» [Dano moral trabalhista e discriminação homofóbica na jurisprudência brasileira](#)

10/08/2015 Aline Bezerra Marques

» [O sofrimento que atinge milhares de mulheres](#)

10/08/2015 Romário da Silva Santos

» [A atuação do Ministério Público na defesa dos direitos coletivos](#)

10/08/2015 Victor Majela Nabuco de Menezes

» [Análise do direito à estabilidade e sua aplicação aos casos de gestantes contratadas por tempo determinado](#)

10/08/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Comentários à Declaração Universal dos Direitos da Água: O Acesso à Água como materialização dos Direitos Humanos](#)

DEFENSORIA PÚBLICA OBTÉM LIMINAR PARA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA DE CROSSLINKING EM CÓRNEA POR ECTASIA CORNEANA

CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL: Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

O “Cross-link ou Corneal Cross-Linking” do colágeno corneano é o mais moderno tratamento do Ceratocone progressivo e da ectasia (distensão da córnea) pós-cirurgia refrativa.

Uma das principais causas do Ceratocone é a fraqueza do colágeno da córnea.

Segundo especialistas, nesta cirurgia o Cross-link de colágeno corneano (CXL) tem como finalidade criar novas ligações covalentes entre as moléculas de colágeno adjacentes, fortalecendo a córnea e estabilizando o Ceratocone. É uma técnica inovadora e revolucionária que veio para reduzir o número de Transplantes de Córnea no futuro próximo.

Segue Decisão Judicial:

Processo: 0018458-39.2015.8.08.0035
201501026415 Situação: Tramitando

Petição Inicial:

Vara: VILA VELHA - VARA DA FAZENDA ESTADUAL REG
PUB

Data da Distribuição: 23/07/2015 13:36
Distribuição por sorteio

Motivo da Distribuição:

Ação: Procedimento Ordinário Natureza: Fazenda Estadual Data de Ajuizamento: 23/07/2015

Valor da Causa: R\$ 1000

Assunto principal: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Serviços - Saúde - Tratamento Médico-Hospitalar

Partes do Processo

Requerente: GLSP

DEFENSOR PÚBLICO DRº CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL

Requerido: ESTADO DO ESPIRITO SANTO

D E C I S Ã O

(MANDADO)

Vistos etc.,

Trata-se de AÇÃO ORDINÁRIA ajuizada por GLSP, incapaz, representado por sua avó paterna ELZA FORECHI PEREIRA, em desfavor do ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, devidamente qualificados. Pretende a concessão de tutela de urgência a fim de que seja determinado a realização de “cirurgia de Crosslinking em córnea por Ectasia Corneana,

primeiramente em olho esquerdo, tudo conforme determinação do médico oftalmologista” (fl. 05).

Por meio de sua PETIÇÃO INICIAL de fls. 02/07 (documentos de fls. 08/28), argumenta, em síntese, que "é portador de doença grave, qual seja, Ectasia Corneana em ambos os olhos, necessitando, conforme LAUDO MÉDICO DE TRATAMENTO FORA DO DOMICÍLIO – SUS, de realizar o tratamento especializado " (fl. 03). Informa, ainda, que ao procurar assistência junto ao Sistema Único de Saúde, foi alertado que a Secretaria de Saúde “não realizará a cirurgia do menor, não levará o menor para realizar a cirurgia no estado de São Paulo e muito menos custeará o tratamento desta criança na rede particular de saúde” (fls. 04).

Requer AJG.

É o relatório. Decido.

A concessão da antecipação dos efeitos da tutela está condicionada à presença concomitante, in casu, de dois requisitos, a teor do disposto no art. 273, caput e inc. I, do CPC: *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

Extrai-se do art. 196 da Constituição da República que "a saúde é direito de todos e dever do Estado[...]". No mesmo sentido, assevera o art. 2º da Lei 8.080/90 que "a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício".

Nesse passo, depreende-se que a União, Estados e Municípios, individual e conjuntamente considerados, possuem o dever constitucional

de prover o cidadão de amplo acesso aos serviços de saúde, inclusive no que concerne à disponibilização de leitos hospitalares para os pacientes que não disponham de recursos financeiros para arcar com uma internação particular e o fornecimento de medicamentos necessários ao seu bem-estar.

O egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, em sintonia com os diversos tribunais estaduais e federais, assim como o STJ e STF, tem entendido que o cidadão dispõe do direito constitucional à saúde, sendo de responsabilidade do Estado prover as condições necessárias e suficientes para que este direito seja efetivamente respeitado.

Por todos os Tribunais, trago o seguinte julgado do TJES:

ACÓRDÃO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0014041-77.2013.8.08.0014 AGRAVANTE: ESTADO DO ESPÍRITO SANTO AGRAVADA: NEUZA MARIA GORONCI PEDRONI RELATOR: DESEMBARGADOR FABIO CLEM DE OLIVEIRA EMENTA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DIREITO À SAÚDE - OBRIGAÇÃO DA UNIÃO, DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS MUNICÍPIOS - CIRURGIA MÉDICA - RECURSO DESPROVIDO. 1. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar—políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. 2. - Os entes da federação são solidariamente responsáveis quanto à implementação do direito à saúde

mediante fornecimento de medicamentos a pacientes economicamente hipossuficientes, portadores de doenças consideradas graves. 3. - A agravada comprovou a necessidade de ser submetida à cirurgia de septonoplastia, consoante lhe foi indicado pela sua médica, justificando a concessão da liminar que obrigou o Estado a fornecer-lhe o procedimento médico cirúrgico, devendo ser confirmada a liminar deferida. 4. - Recurso desprovido. Vistos relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento, ACORDAM os Eminentíssimos Desembargadores que integram a Colenda Primeira Cível do ETJES, à unanimidade, NEGAR PROVIMENTO ao recurso, nos termos do voto do Relator. Vitória, 22 de abril de 2014. PRESIDENTE RELATOR(TJES, Classe: Agravo de Instrumento, 14139003405, Relator : FABIO CLEM DE OLIVEIRA, Órgão julgador: PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL , Data de Julgamento: 22/04/2014, Data da Publicação no Diário: 09/05/2014)

Desta forma, resta inquestionável a obrigação do Estado (em sentido amplo) de fornecer gratuitamente, ainda que junto à rede privada, o tratamento pleiteado.

Ao analisar os autos, entendo plenamente preenchidos os requisitos do *fumus boni iuris* e a ausência da verossimilhança e da prova inequívoca estão supridas, por ora, pelo laudo médico de fls. 08/10, subscrito pelo médico oftalmologista Dr. Fabiano Cade (CRM/ES 8251) e pela Diretora Técnica de Saúde da unidade, Dr^a Gláucia G. S. Ferraz, havendo, ademais, suporte jurídico-constitucional para o seu deferimento (CF, arts. 6º e 196).

Também vislumbro a presença do *periculum in mora*, evidenciado na urgência na concessão do tratamento postulado, havendo ademais, laudo

médico que atesta a urgência da medida pleiteada, indo ao encontro da orienta o veiculada no Enunciado n  51 da II Jornada de Direito de Saúde promovida pelo Conselho Nacional de Justiça, in verbis:

51 - Saúde Pública - Nos processos judiciais, a caracteriza o da urgência/emergência requer relatório médico circunstanciado, com expressa men o do quadro clínico de risco imediato.

Ante o exposto, DEFIRO o pedido de antecip o dos efeitos da tutela, para determinar ao requerido que:

(a) providencie a GLSP uma consulta com um profissional médico especialista em cirurgia oftalmológica, bem como providencie, se houver prescri o médica, todo o procedimento pré-operatório indispensável   cirurgia postulada, tudo no prazo excepcional de 10 (dez) dias;

(b) em seguida, proceda, caso necessário for e no prazo máximo de 20 (vinte) dias após o decurso do prazo anterior,   interven o cirúrgica postulada na rede pública de saúde, ou caso necessário, na rede privada, incluindo todos os custos de transporte e alimenta o que se fizerem necessários.

Caso haja descumprimento de qualquer dos prazos apontados, fixo multa diária de R\$ 5.000,00 (dez mil reais), em princípio até o prazo de 30 (trinta) dias, considerando os prováveis custos necessários para o cumprimento da obriga o em análise (consulta, cirurgia e p s-operatório) e a finalidade da pena pecuniária de compelir o requerido a tanto.

INTIMEM-SE o requerente e o requerido, bem como pessoalmente seu Secretário de Saúde, por oficial de justiça de plantão, servindo a presente decisão de mandado, que deverá acompanhar cópia da inicial, do laudo médico de fl. 08/10 e dos exames de fls. 17/28.

DEFIRO AJG. CITE-SE.

Cópia desta decisão servirá como mandado.

DILIGENCIE-SE, com urgência. PLANTÃO

Vila Velha/ES, 24 de julho de 2015.

PAULA AMBROZIM DE ARAUJO MAZZEI

Juíza de Direito

ANA CAROLINA MOTTA GUATIMOSIM: Analista do Ministério Público de Minas Gerais. Pós-graduada em Direito Processual pela UNISUL e em Direito Público pela ANAMAGES. Pós-graduanda em Direito de Família pela UCAM.

A prisão especial para os diplomados em curso superior e sua ausência de justificativa em face do princípio da isonomia

Resumo: A prisão especial, prevista no artigo 295 do Código de Processo Penal, concede tratamento diferenciado às hipóteses enumeradas no rol compreendido nos incisos I a XI. Contudo, com relação aos “diplomados por qualquer das faculdades superiores da República” (inciso VII), tem-se que tal disposição afronta o princípio da isonomia e a dignidade da pessoa humana, haja vista que a separação de presos deve ocorrer levando-se em conta a natureza do crime, a idade e o sexo do preso, e não o grau de escolaridade. A previsão contida no Diploma Processual em vigor evidencia a seletividade do sistema de justiça criminal, bem como põe em xeque os fundamentos e objetivos constitucionais: construção de uma sociedade justa e solidária, de redução de desigualdades sociais e de promoção do bem geral, sem preconceitos e outras formas de discriminação.

Palavras-chave: prisão especial. Separação de presos. Diplomados. Isonomia.

Introdução

O art. 295 do Código de Processo Penal prevê a prisão especial, instituto que beneficia determinados indivíduos em razão da função pública

que exercem, da formação escolar por eles alcançada ou do exercício religioso.

A previsão faz referência à prisão cautelar, isto é, não se aplica a? prisão resultante de sentença penal condenatória definitiva.

Ensina Norberto Avena:

“A prisão especial não configura uma modalidade específica de prisão cautelar, mas sim uma forma de cumprimento dessa prisão.”
(AVENA, 2015, p. 977).

O instituto ora estudado se originou em um contexto antidemocrático, durante período de supressão de garantias fundamentais e manutenção de privilégios sem respaldo na igualdade substancial entre cidadãos (governo provisório de Getúlio Vargas, em 1937).

Após, o Código de Processo Penal, de 1941, previu a prisão especial para as hipóteses compreendidas nos incisos I e XI, do artigo 295. Naquele momento, o país ainda se encontrava em pleno regime de exceção.

Mesmo após inúmeras alterações legislativas acerca da matéria, retirando algumas regalias àqueles que fazem jus à benesse, o instituto da prisão especial ainda prevaleceu no ordenamento jurídico.

Consoante expôs Fernando Tourinho Filho,

“Ultimamente, em face de algumas regalias que estavam sendo concedidas a três ou quatro pessoas recolhidas a prisão especial, a imprensa falada, escrita e televisada passou a fazer severas críticas ao sistema, sob o argumento de que todos são iguais perante a lei e, sendo assim, que

a prisão especial deveria ser abolida. Tantas foram as críticas, (desarrazoadas, diga-se de passagem) que o Ministro da Justiça solicitou à Comissão encarregada da Reforma do nosso Código de Processo Penal fosse o instituto da prisão especial revisto. Dias mais tarde, a Comissão, atendendo à solicitação, manteve a prisão especial, tal como previa no art. 295, e, à guisa de regulamentação, incluiu, a seu modo, cerca de cinco parágrafos a esse dispositivo...” (FILHO, 2010, p. 466/467)

Acerca do assunto, lecionam Douglas Fischer e Eugenio Pacelli:

“Observe-se, ainda, que a previsão de prisão especial no mesmo estabelecimento da prisão comum, quando inexistente outro local, somente ingressou na ordem jurídica nacional a partir de 2001, com a Lei n.º 10.258, que incluiu os parágrafos de números um a cinco do citado art. 295, CPP.” (FISCHER; PACELLI, 2015, p. 620)

Portanto, infere-se que as alterações feitas no Código em vigor foram oriundas da Lei 10.258, de 11 de julho de 2001, que, na época, foi anunciada como a que extinguiria privilégios carcerários, procurou restringir algumas discriminações do art. 295 e determinou serem o recolhimento em local diferente e o transporte separado as distinções entre prisão especial e prisão comum.

Contudo, a simples definição de algo como “especial” necessariamente denota tratamento discriminatório entre as formas de execução do encarceramento provisório, pois somente se pode conceber tal segregação como algo “fora do comum” ou “peculiar”.

Assim, necessário que haja justificativa para a existência do discriminem, sob pena de afronta à isonomia.

Desenvolvimento

O dispositivo atinente à matéria no Código de Processo Penal dispõe:

Art. 295. Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva:

I – os ministros de Estado;

II – os governadores ou interventores de Estados ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários, os prefeitos municipais, os vereadores e os chefes de Polícia; (Redação dada pela Lei 3.181, de 11/6/1957)

III – os membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembleias Legislativas dos Estados;

IV – os cidadãos inscritos no “Livro de Mérito”;

V – os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; (Redação dada pela Lei 10.258, de 11/7/2001)

VI – os magistrados;

VII – os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República;

VIII – os ministros de confissão religiosa; IX – os ministros do Tribunal de Contas;

X – os cidadãos que já tiverem exercido efetivamente a função de jurado, salvo quando excluídos da lista por motivo de incapacidade para o exercício daquela função;

XI – os delegados de polícia e os guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos e inativos. (Redação dada pela Lei 5.126, de 20/9/1966)

Pela leitura do dispositivo, tem-se que a prisão especial se divide em dois grupos no âmbito do Código de Processo Penal, por distintos motivos. No primeiro, há necessidade de segregação de determinadas pessoas do convívio com os demais presos devido às suas profissões e atividades, por estarem ligadas à Justiça Criminal (policiais, magistrados, advogados criminalistas, jurados e membros do Ministério Público) ou pelo exercício de atividades políticas e administrativas (ministros e secretários de Estado, dentre outros).

No segundo, a lei define uma espécie de relevância social e cultural da pessoa por circunstância de ordem privada, como o grau de escolaridade. Isso ampararia o “direito” desses cidadãos de não se misturar com presos “comuns”, de nível inferior de instrução, nem mesmo para serem transportados junto com eles.

No primeiro grupo, verifica-se a razoabilidade do discriminem, de acordo com a lição de Guilherme de Souza Nucci:

“Criticando igualmente, a prisão especial unicamente às pessoas que, em virtude da função exercida, antes de serem levadas ao cárcere, possam ter a sua integridade física ameaçada em convívio com outros presos. É o caso dos policiais, promotores, juízes, defensores, entre outros, que atuaram na justiça criminal. Fora daí, é manifesta confissão de inépcia do Estado de fornecer a todos os presos a mesma qualidade de vida dentro da prisão. (NUCCI, 2012, p. 596)”

De suma importância os apontamentos de Douglas Fischer e Eugenio Pacelli:

“Há apenas uma razão a justificar um tratamento minimamente diferenciado: a de evitar que determinadas pessoas sejam punidas ou discriminadas nos estabelecimentos prisionais provisórios em razão de específicas funções por elas exercidas, associadas exatamente ao aprisionamento dos demais presos, como ocorre com as autoridades policiais, determinadas testemunhas de crimes (delação premiada), os magistrados e até mesmo o Ministério Público, que exercem funções

nitidamente persecutórias. Talvez seja possível incluir aí os defensores públicos e a advocacia criminal, cuja atuação pode produzir descontentamento no imaginário dos presídios. Mas, nessas hipóteses, o risco à integridade física das citadas pessoas é que justificaria a segregação em separado. Apenas isso.” (FISCHER; PACELLI, 2015, p. 618/619)

A desigualdade de fato ligada a agentes estatais atuantes na justiça criminal exige tratamento diferenciado, sendo a prisão especial critério de desigualação eficaz para proteção de direitos fundamentais.

Contudo, a mesma conclusão não se pode chegar com relação ao segundo grupo, no qual o critério fundado em circunstância de ordem pessoal, como grau de escolaridade, não encontra fundamento racional nem compatibilidade com os princípios consagrados na Constituição da República.

A proteção à dignidade e à integridade do preso (art. 5º, XLIX, da CR) dirige-se a todos, e não há justificativa para a distinção promovida pelo art. 295, VII, do CPP, ainda mais se for considerada a ausência de relação entre prisão e grau de escolaridade.

Na prática, o que se tem é a seletividade social e econômica, característica atual do Direito Penal que merece árduas críticas.

Assim, não há motivos que justifiquem a separação dos diplomados dos demais presos provisórios, haja vista que a escolaridade não é requisito previsto constitucionalmente. Além disso, não se evidencia qualquer vulnerabilidade dos diplomados que justifique a benesse legal.

Merece destaque o fato de que a incapacidade do Estado em promover condições dignas de encarceramento para todos não justifica a concessão a somente parte da população carcerária.

Em posição contrária, expõem Sérgio Ricardo de Souza e Willian Silva Souza:

“O ideal é que o Estado busque tratar os indiciados e acusados, obviamente, ainda não condenados, de forma a dar-lhes mais segurança. Como isso ainda não foi alcançado, o legislador seleciona dentre eles os que, pela sua vida, funções e serviços prestados à coletividade, merecem maior consideração pública.” (SOUZA; SOUZA, 2010, p. 494)

Cabe destacar, na mesma linha, a exposição de Fernando Tourinho Filho:

“Não se trata de concessão a pessoas, não se trata de privilégio para certas pessoas, mas de uma atenção a certas pessoas, levando-se em conta exclusivamente, a relevância, a majestade e a importância do cargo ou função que essa ou aquela pessoa desempenhe no cenário jurídico-político da nação. Nesse sentido, de Tornaghi (Manual, cit., p. 272). Irrepreensível o ensinamento de Basileu Garcia: ‘Não sendo possível, por deficiência de ordem material, facultar a todos os acusados, ainda não

condenados, um tratamento que resguarde os riscos de injustiça, imanes ao caráter preventivo da medida privativa de liberdade, não há mal em que isso seja feito pelo menos relativamente a alguns acusados. Dentre eles os que, pela sua vida, funções e serviços prestados à coletividade, merecem maior consideração pública ou que, pela sua educação, maior sensibilidade devem ter para o sofrimento do cárcere.” (FILHO, 2010, p. 466)

Embora sejam os autores mencionados de notória envergadura, não se pode coadunar com a argumentação exposta. A afronta à isonomia é nítida frente ao tratamento privilegiado e injustificado a determinados cidadãos – no caso, os diplomados -, e não pode servir como pretexto para atenuar a ausência de recursos materiais necessários para tratamento digno a todos os presos.

Também não se pode aceitar o sustentado por Eduardo Espínola em sua obra, na qual defendeu as ideias de Lemos de Britto:

“[...] e? natural que se conceda o privilégio de ficar em estabelecimento diverso do cárcere comum, livres do contacto com a rale? dos criminosos, as pessoas de qualidade, pelas funções que ocupam, pela sua educação e instrução, pelos relevantes serviços públicos que prestem ou tenham prestado.” (ESPÍNOLA, 1976, p. 316/317)

A previsão de separação dos diplomados no cárcere provisório também viola o artigo 5º, XLVIII, da Constituição Federal, no sentido de que a distinção deve ocorrer em decorrência da natureza do delito, da idade e do sexo do apenado, e não do seu grau de escolaridade, pois é clarividente que presos por crimes graves devem ficar separados dos encarcerados por infrações leves; adultos mais velhos separados de jovens; homens, de mulheres. Dessa forma, se evita a influência deletéria ou violência de autores de crimes graves sobre os demais presos e sobre indivíduos mais jovens, bem como, por razões óbvias, se evita a convivência entre homens e mulheres no ambiente carcerário.

Sobre o tema, expõe Guilherme de Souza Nucci:

“Entretanto, faz a lei uma discriminação injusta e elitista. Por mais que se argumente que determinadas pessoas, por deterem diploma de curso superior ou qualquer outra titulação, muitas vezes não acessíveis ao brasileiro médio, merecem um tratamento condigno destacado, porque a detenção lhes é particularmente dolorosa, é fato que qualquer pessoa primária, sem antecedentes, encontra na prisão provisória igual trauma e idêntico sofrimento.” (NUCCI, 2012, p. 595)

Finalizando o raciocínio, o renomado autor expõe:

“Nenhum mal – além daquele que a prisão em sua causa – pode haver para um engenheiro dividir o espaço com um marceneiro, por

exemplo, se ambos são pessoas acusadas da prática de um delito pela primeira vez. Por que haveria o portador de diploma de curso superior merecer melhor tratamento do que o outro?” (NUCCI, 2012, p. 595)

Crítica pertinente à segregação cautelar própria dos graduados se faz no sentido de que os membros da elite do país deveriam, por terem tido acesso à privilegiada educação, zelar pelo bom comportamento social, fazendo retornar à comunidade o benefício que receberam (alto grau de escolaridade).

Mais uma vez, lúcidas as considerações de Douglas Fischer e Eugenio Pacelli:

“Eventuais méritos – a Lei fala até em livros de méritos – na vida pregressa do aprisionado, a relevância do cargo ou função pública, o título de bacharel ou qualquer outra particularidade na formação do preso não justificam, em absoluto, qualquer primazia na compaixão pública. Talvez até pelo contrário: membros das elites econômicas e políticas – o que não é o caso da maioria dos agraciados com a prisão especial – deveriam se conduzir com a maior lisura e atenção às regras do jogo (social).” (FISCHER; PACELLI, 2015, p. 619)

Por fim, pode-se entender que a prisão cautelar dos diplomados em nada acrescenta à igualdade e aos valores democráticos protegidos pela

Constituição Federal, haja vista que a hipótese legal considerou um dado objetivo ligado a um título que a pessoa tem, em muitas das vezes, por pertencer a uma classe social mais privilegiada. Reprovável não ter se baseado no que é realmente importante: a pessoa e suas características: personalidade, caráter, vida pregressa, dentre outros vetores.

Nesse sentido, ressalta Guilherme de Souza Nucci:

“O foco primordial deveria ser outro: a prisão é uma exceção e não a regra, razão pela qual, se for decretada, o tratamento dado aos detidos deveria pautar-se pela pessoa, seu caráter, sua personalidade, sua periculosidade e jamais por títulos que detenha. Não se vai construir uma sociedade justa separando-se brasileiros por castas, ainda que em presídios. O homem letrado e culto pode ser tão delinquente quanto o ignorante e analfabeto, por vezes até pior, diante do conhecimento que detém. Aos poucos, talvez, amenizando as regalias da prisão especial, possamos atingir o estado de igualdade exigido por um país que se pretende verdadeiramente democrático.” (NUCCI, 2012, p. 596)

Portanto, tem-se que a hipótese ora estudada – prisão especial de diplomados -, é desarrazoada e está em dissonância com a Constituição Federal, que não autoriza separar cidadãos presos porque uns são mais

instruídos do que outros, não havendo justificativas no âmbito jurídico, ético ou sociológico para a aceitação do *discrímen*.

Conclusão

O princípio da isonomia permite o tratamento diferenciado em algumas das hipóteses enumeradas no artigo 295 do Código de Processo Penal em razão do risco criado pelo exercício de funções públicas no sistema de justiça criminal, bem como pelo risco de encarceramento em prisão comum de pessoas que exercem outras atividades.

Entretanto, não há razão nem critério razoável, para conferir prisão especial a “diplomados por qualquer das faculdades superiores da República”.

A previsão contida no inciso VII do citado artigo 295 contribui para perpetuação de odiosa seletividade do sistema de justiça criminal, reafirmando a falta de solidariedade, a desigualdade e a discriminação que caracterizam parcela da estrutura social do Brasil.

Dessa forma, não guardando conexão lógica, racional, digna e justa com a prisão especial, afronta-se a essência do conceito de República, a dignidade do ser humano, a igualdade material de tratamento que deve reger as ações do Estado perante os cidadãos, assim como a finalidade de construção de uma sociedade justa e solidária, de redução de desigualdades sociais e de promoção do bem geral, sem preconceitos e outras formas de discriminação.

Referências

AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*. 7 ed. São Paulo: Método, 2015.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1976.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Processo Penal*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FISCHER, Douglas. PACELLI, Eugenio. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. SOUZA, William Silva. *Manual de Processo Penal Constitucional: pós-reforma de 2008*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DANO MORAL TRABALHISTA E DISCRIMINAÇÃO HOMOFÓBICA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

DANILO MORAIS DOS SANTOS: Analista Legislativo do Senado Federal, na especialidade Administração, graduando em Direito pela Universidade de Brasília e especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual Civil.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar a perspectiva com que a legislação e, na ausência dela, a doutrina e jurisprudência brasileiras têm encarado a punição de atos discriminatórios relacionados às identidades de gênero não convencionais, especificamente as atentatórias à homoafetividade no que concerne às relações trabalhistas. Se, por um lado, ainda há uma lacuna intencional na legislação que estabeleça mecanismos protetivos da cidadania dos indivíduos homoafetivos, já há um razoável entendimento de que o fundamento republicano da dignidade da pessoa humana e o objetivo constitucional de promover o bem de todos sem qualquer discriminação devem conduzir o intérprete da lei e do Direito a um juízo de repreensão a comportamentos que exponham os indivíduos a situações humilhantes e vexatórias em virtude de sua orientação sexual, sobretudo no ambiente de trabalho.

Palavras chave: Dano Moral. Homofobia. Trabalho. Jurisprudência.

INTRODUÇÃO

Um dos propósitos notórios do Direito do Trabalho reside na proteção à honra e aos direitos da personalidade do obreiro, na esteira da

máxima segundo a qual o trabalho dignifica o homem, sendo indiscutível, obviamente, a impossibilidade de se admitir que o contrário ocorra, ou seja, que a relação de trabalho seja espaço para violação à subjetividade do trabalhador, dando causa ao sofrimento, à exposição vexatória e às práticas discriminatórias e atentatórias à dignidade da pessoa humana.

Além de provisionar a subsistência material do obreiro, o trabalho repercute nas diversas funções sociais exercidas pelo indivíduo, delimitando posições na estratificação da sociedade, baseadas em atributos próprios do trabalho executado. Assim, não é exagero dizer que o trabalho afeta integralmente todas as dimensões da vida humana e os direitos da personalidade, sendo o respeito à dignidade do trabalhador e aos seus direitos de personalidade fundamento indispensável para o equilíbrio social.

Todavia, o desequilíbrio real de poder existente na relação trabalhista torna esse espaço terreno fértil para abusos de toda sorte, de modo que, inobservado o dever de zelo e respeito pelos direitos personalíssimos do trabalhador por parte do empregador, surge o dever de indenizar o dano moral na seara trabalhista.

É nesse sentido a redação do art. 483, alínea “e”, da CLT^[1], segundo a qual o empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama.

Na contemporaneidade, ganha especial relevo que se discuta o alcance do dano moral trabalhista no que diz respeito às discriminações homofóbicas no ambiente laboral ou em razão do vínculo trabalhista, já

que os imperativos constitucionais vedam em absoluto a promoção de qualquer prática discriminatória e ofensiva à dignidade humana dos trabalhadores e trabalhadoras homossexuais, justamente por não ostentarem a conformidade heteronormativa e serem vítimas preferenciais da violência de gênero, situação esta que, além de repulsiva, enseja reparação cível e, eventualmente, até criminal.

Assim sendo, o propósito do presente artigo será investigar a configuração e limites do dano moral trabalhista por motivações homofóbicas, traçando um diagnóstico da jurisprudência brasileira a este respeito, buscando lançar luz sobre qual o tratamento que o Direito brasileiro confere atualmente à matéria.

O DANO MORAL TRABALHISTA POR MOTIVAÇÃO HOMOFÓBICA E A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.

De início, são devidas algumas breves considerações sobre o dano moral, o dano moral trabalhista e aspectos gerais acerca da violência homofóbica para que se atinja com plenitude o objetivo do presente artigo, qual seja, traçar um quadro diagnóstico do dano moral trabalhista por motivação homofóbica, seus limites e atual estágio da jurisprudência pátria a este respeito.

A apuração da responsabilidade civil tem como sua grande motriz a ocorrência de dano, cuja ocorrência é ensejadora de desequilíbrio social e demanda, portanto, reparação jurídica. É certo que, com a rápida e intensa complexificação das relações e estruturas sociais, o dever de indenizar não pode mais resvalar tão somente sobre o patrimônio do ofendido e as ofensas engendradas contra os elementos extrapatrimoniais

demandaram um aperfeiçoamento da teoria da responsabilidade civil de modo a incluir dentre os bens protegidos pelo direito a honra e elementos próprios da subjetividade e da valoração moral: surgia aí o dano moral.

Uma breve distinção entre esta espécie de dano com o seu contraponto mais frequente, o dano material, pode ser compreendida, grosso modo, em razão da extrapatrimonialidade do primeiro. Enquanto o dano moral incide sobre patrimônio jurídico subjetivo, o material recai sobre o patrimônio objetivo.

O dano moral pode ser compreendido como a ofensa a direitos de caráter não pecuniário. Trata-se de lesão que atinge o patrimônio imaterial do ofendido, atingindo sua dignidade, honra e imagem, além de repercutir na esfera individual de sua afetividade.

Segundo DINIZ (2012, p. 82):

Dano moral, no sentido jurídico não é a dor, a angustia, ou qualquer outro sentimento negativo experimentado por uma pessoa, mas sim uma lesão que legitima a vítima e os interessados reclamarem uma indenização pecuniária, no sentimento de atenuar, em parte, as consequências da lesão jurídica por eles sofridos.

Ao efetivar a agressão de ordem subjetiva e, portanto, sentimental, se ataca a esfera juridicamente protegida dos direitos da personalidade, o que, em geral, ocasiona sofrimento mental e físico, inclusive, engatilhando a formação de sentimentos negativos, quais sejam, a humilhação, o martírio ou o sentimento vexatório.

A legislação brasileira atual é bastante taxativa acerca do dever de indenizar gerado a partir de ato ilícito que ocasione o dano

moral. Inclusive a Constituição da República é patente neste sentido, deixando explícito que “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”^[2]. No mesmo artigo 5º, inciso V, assevera ser devida a reparação na hipótese de configurar-se o dano moral. Vale ressaltar que, antes da promulgação da Carta Magna, não havia previsão expressa nesse sentido, o que dava causa a interpretações no sentido de que não se tratava de dano indenizável, por falta de expressa previsão legal nesse sentido, muito embora as construções jurisprudenciais e doutrinárias pretéritas já dessem guarida ao seu reconhecimento.

O Código Civil de 2002, seguindo a tendência de positivação do dano moral inaugurada pela Constituição, dispõe também taxativamente sobre o dever de reparação relativamente a essa categoria de dano, conforme se extrai da leitura do art. 186, *verbis*: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Vale ressaltar que o Código de 1916 não mencionava a espécie dano moral, abordando apenas genericamente o “dano”, o que levava uma considerável parte dos intérpretes e operadores do Direito a concluir que a imaterialidade desta espécie e a ausência de expressa previsão legal afastariam o dever de indenizar, teses devidamente esvaziadas com o advento da Constituição Federal de 1988 e mesmo com as formulações doutrinário-jurisprudenciais anteriores a ela, como já dito.

A valoração essencialmente normativa do dano moral só pode levar à conclusão de que trata de algo definível a partir de uma ponderação judicial sobre a extensão do dano sentimental, cujo espectro só pode ser definido à luz da subjetividade vitimada pelo ato ilícito, sendo que qualquer objetivação ou padronização para definir-se o espectro do dano moral desnaturaliza a sua essência. Em síntese, o valor que se tutela deve ser enxergado pelo julgador a partir do indivíduo para sociedade e nunca em uma ordem sequencial inversa.

Abstratamente e por hipótese, pode-se conjecturar que qualquer lesão extrapatrimonial que repercuta negativamente na subjetividade e tenha por causa ato ilícito torna possível se falar em direito a reparação. Há autores aquilatados que defendem, por esse motivo, a classificação dos danos morais dentre os danos obviamente pessoais, mas também patrimoniais, corrente esta a qual, com devida vênia, não me filio.

O florescimento relativamente tardio do dano moral no Direito brasileiro faz com que algumas questões elementares a ele relacionadas sejam ainda alvo de muito debate e controvérsia na Academia e nas arenas jurídicas, notadamente as que dizem respeito à sua configuração e ao cálculo do valor da indenização, questões essas que abordarei sinteticamente a seguir.

Há divergência na doutrina e na jurisprudência sobre a necessidade de comprovação do sofrimento e a dor subjetiva ou sobre a simples necessidade de demonstrar a violação a direito da personalidade e nexo de causalidade, havendo presunção acerca do sofrimento por ela ocasionado. Para a primeira vertente, mais conservadora, há que provar

que o fato ocasiona sentimento negativo por parte da vítima, podendo inclusive se realizar prova pericial, através de laudo psicológico, ao passo que para a segunda e mais progressista corrente esse sofrimento é presumível a partir da constatação de que a honra e demais direitos da personalidade foram aviltados, devendo o elemento de prova discutir tão somente a ocorrência de tais fatos e apurar a relação de causalidade, já que apurar a extensão da violação sentimental é tarefa demasiado imprecisa e de difícil comprovação.

É razoável entender que a presunção da dor, presentes o nexo causal e o ato ilícito, é suficiente para se atestar a existência do dano moral, dado que condicionar o seu reconhecimento à comprovação exauriente do sofrimento e à demonstração de seus limites significa, em nível prático, inviabilizar a sua ressarcibilidade. Esse entendimento mais objetivista vem ganhando corpo na jurisprudência pátria^[3]. Reforça essa visão o fato de que não há qualquer possibilidade de se comensurar pecúnia e dano moral, dada a impossibilidade de ser quantificar a extensão exata deste. Assim, o objetivo da indenização é atenuar a lesão e não substituí-la, como se faz no dano material, de modo que, além de tarefa impossível em termos objetivos, a definição dos limites da ofensa moral é irrelevante para a fixação do *quantum* indenizatório.

Uma vez que a indenização do dano moral não tem o condão de reestabelecer o *status quo ante* dos sentimentos da vítima, em razão da impossibilidade absoluta de fazê-lo por meio de pecúnia, a mesma tem, como dito, dois propósitos essenciais, quais sejam: atenuar a violação perpetrada e sancionar o autor do ato ilícito que descortinou essa lesão.

Assim, é exatamente por esses dois pressupostos que passa o balizamento do *quantum* indenizatório.

Devem ser utilizados como informadores dos limites do dano moral elementos como a extensão do dano e seu grau de reprovabilidade, os elementos subjetivos do autor do ilícito, tais como seu potencial econômico-financeiro, reincidência em práticas similares, posição social e nível de culpa, assim como a posição social e a capacidade econômico-financeira também da vítima.

Há que se ter como pressuposto que não é propósito da indenização gerar enriquecimento por parte da vítima, sob pena de comprometimento e desvirtuação deste importante instituto, já que não se substitui a dor por dinheiro e não se pode avalizar uma eventual “indústria do dano moral”. O fim da indenização é aplicar uma sanção balizada em parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade que desestimulem a reincidência do autor e de outros que podem tomar seu exemplo como pedagógico, assim como provocar uma diminuição no nível de sofrimento moral da vítima, dado que, como dito anteriormente, não há que se falar em ressarcimento substitutivo em sede de dano moral.

Essa intrincada gama de elementos deve ser articulada para que se norteie positivamente os limites da indenização, majorando-o, ou negativamente, limitando-a e adequando seus valores, conforme a capacidade econômica do ofensor e observada a vedação ao enriquecimento da vítima.

Trata-se, sem sombra de dúvidas, de atividade que requer demasiada sensibilidade e senso de equidade e justiça por parte do

magistrado e que inviabiliza a formulação de regras específicas *a priori* que definam a fórmula geral do *quantum debentur justo*.

Esgotadas as breves ponderações sobre o dano moral, cabe uma breve reflexão sobre o que motiva os comportamentos de ódio, para que se possa justificar a necessidade indiscutível de tutela jurídico-protetiva por parte do Estado com vistas ao combate à homofobia.

Quando se manifesta um comportamento de ódio, a grande força motriz deste evento não se extrai da dimensão individual da ação, mas antes do sentimento conservador que vigora na sociedade, o que dá ainda mais relevo para esta questão. Quando deflagrada uma manifestação de ódio, além de uma falha individual por parte do agressor, está-se diante de uma fragilidade sócio-estrutural que sustenta e legitima o comportamento agressor. Assim, não é exagero dizer que se trata de um fracasso coletivo, na medida em que a solidariedade orgânica da sociedade atua em uma relação de corresponsabilidade com a ação do agressor.

Segundo José Afonso da Silva (2007, *apud* OLIVEIRA, 2011, p. 230):

“Discriminação é o termo que qualifica uma série de situações ou práticas que se consideram radicalmente contrárias à própria dignidade humana, que supõe a negação a determinados indivíduos de sua condição de pessoa humana. A discriminação condenada é a que se funda num preconceito negativo em virtude do qual os membros de um grupo são tratados como seres não já deferentes, mas inferiores. É nesse sentido que a discriminação é de considerar-se atentatória a direito fundamental”.

Assim, é certo que qualquer análise sobre as ações homofóbicas, quaisquer que sejam, sempre carecem de uma análise conjuntural da sociedade, que se identifique, para além dos eventos isoladamente verificados, as ações corretivas demandadas e que trate de forma sistêmica esta inadmissível prática, que se revela sempre ao arrepio das prescrições da ordem jurídica.

Constatado que se trata de um problema que extrapola as ações individuais, é imperativo reconhecer a necessidade de uma atuação corretiva exemplar e enérgica por parte do Poder Judiciário por ocasião de ações que tratem de matérias conexas à discriminação homofóbica, já que é da natureza da sanção, além de retribuir o ato ilícito com a punição correspondente, impactar pedagogicamente aqueles que não são diretamente e especificamente punidos, mas compartilham iguais (anti)valores, para que novas ocorrências antijurídicas de igual teor não ocorram novamente e sua reincidência seja combatida.

O conservadorismo omissivo do Parlamento brasileiro em estabelecer estatutos protetivos às minorias homossexuais e não heteronormativas em geral potencializa as repugnantes práticas discriminatórias em todo o seio da sociedade e, por conseguinte, no ambiente laboral os resultados não são diferentes. Todavia, o Judiciário tem se destacado por seu vanguardismo na efetivação destes direitos historicamente sonegados e já há nos Tribunais brasileiros um suficiente entendimento reiterado de que a dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento da República, e a vedação a qualquer prática discriminatória, como objetivo fundamental, ambos insertos na Constituição de 1988,

exigem altiva repreensão e censura por parte da Justiça às práticas discriminatórias na seara trabalhista.

Tramita no Congresso Nacional, o Projeto de Lei da Câmara nº 122/2006, de autoria da Deputada Iara Bernardi (atualmente apensado no Projeto de Reforma do Código Penal e sem qualquer previsão de ser votado no âmbito do Senado Federal para, após, sendo aprovado, seguir à sanção presidencial) que, inclusive, vai além nessa missão civilizatória de permitir a convivência entre os diferentes, criminalizando, por exemplo, dispensas arbitrárias de trabalhadores motivadas por discriminação homofóbica.

Cabe ao Judiciário avançar sobre as lacunas deliberadamente não suplantadas pelo Legislativo para que a efetivação de direitos se concretize. Nesse sentido, é elucidativa a fala da ex-desembargadora do TJRS, Maria Berenice Dias, especialista e ativista do tema (DIAS, 2011, p. 250):

O sistema jurídico assegura tratamento isonômico e proteção igualitária a todos os cidadãos. Diante da inércia do Parlamento, é da Justiça o encargo de preencher os vazios da legislação, pois toda violação de direito merece ser trazida a juízo. E quando a jurisprudência brasileira se consolida, o legislador se vê obrigado a transformá-la em normas legais sob pena de perder uma fatia de poder.

Indubitável que a orientação sexual constitui-se direito inviolável de qualquer indivíduo, sendo resultado indissociável de sua expressão enquanto sujeito e juridicamente reconhecida como direito da personalidade, gozando de todas as prerrogativas próprias desta

elementar categoria de direitos. Como dito, a Constituição é clara em vedar práticas atentatórias a este direito, que também goza dos atributos próprios dos direitos fundamentais, quais sejam a universalidade, irrenunciabilidade, vedação ao retrocesso, inalienabilidade, indivisibilidade, interdependência, imprescritibilidade e a historicidade.

É evidente também que a manifestação dos caracteres decorrentes da identidade de gênero permeiam na integralidade as funções sociais do indivíduo, não se admitindo assédio ou coerção moral dirigida aos cidadãos homossexuais no sentido de indicar-lhes quais comportamentos sexuais são aceitáveis e mais inadmissível ainda que se intentem ofensas, exposição vexatória ou qualquer outra atitude que tenha como propósito menosprezar o indivíduo em razão de sua orientação sexual. Assim como é cristalino que não se pode destratar um trabalhador pela sua dimensão social de mulher, é também evidente que não se admite o mesmo raciocínio quando se tem em tela trabalhadores homossexuais, muito embora a obviedade desta vedação não impeça que ambos sejam vitimados pela violência de gênero, geralmente de franca orientação machista.

Apesar da grande discussão que ainda gira em torno da homossexualidade, é unânime dentre a comunidade científica estudiosa da temática que em hipótese alguma se trata de uma questão volitiva, sendo inadequado, inclusive, falar-se em opção sexual. Assim, não se pode dizer que a homoafetividade esteja no nível da escolha individual, pois se tratam de fatores biológicos, sociais e absolutamente externos à vontade social e individual, de modo que a marginalização destes indivíduos deve

ser combatida com todo rigor, já que é guiada pela mesma lógica que sustenta outras perversas manifestações de ódio, tal como o racismo.

Como dito, os parâmetros para a fixação do *quantum* indenizatório passam necessariamente pela razoável, proporcional e moderada^[4] identificação da gravidade da ofensa e dos impactos causados ao ofendido. Assim, o magistrado deve dar especial relevo às consequências da repercussão do ato discriminatório, ao grau de sofrimento da vítima, aos contornos da humilhação e constrangimento ocasionados e a todos os demais elementos que possam ser estatuídos dos autos que tenham afetado a dignidade do trabalhador, sua imagem e honra subjetiva.

A vítima geralmente conta em seu favor fundamentalmente com prova testemunhal para a comprovação dos fatos alegados, mas também pode se utilizar de outros elementos que atestem e qualifiquem o seu sofrimento psíquico, podendo juntar aos autos laudos psicológicos e médicos, de modo a clarificar o juízo a respeito da extensão do dano e qualificar a robustez de suas alegações.

O magistrado, por sua vez, deve emprestar um olhar equilibrado sob a divisão do ônus da prova, na medida em que o sofrimento decorrente de um ato discriminatório (e, portanto, ilícito) se presume, bastando para que reconheça a ocorrência de dano moral a configuração do ato discriminatório na constância da relação trabalhista ou em razão dele. É certo que a indenização concedida não pode estar nos patamares ordinários dos danos morais trabalhistas mais usuais, na medida em que a motivação homofóbica tem origem no ódio e merece repreensão majorada, em face de sua aumentada repulsividade.

Ao empregador, por outro lado, cabe demonstrar o elemento modificativo, extintivo ou impeditivo da pretensão do autor, sendo que o princípio da proteção trabalhista demanda certa presunção em face do trabalhador, perante a dificultada missão de demonstrar o elemento constitutivo do direito por parte do autor da reclamatória, na medida em que uma das terríveis facetas da homofobia é constranger suas vítimas a não darem publicidade às aviltantes circunstâncias a que são submetidos e ao sentimento de envergonhamento que ocasiona o menosprezo coletivo por sua subjetividade afetivo-sexual, que decorrem da lógica e invisibilização das identidades não-heteronormativas.

Imperativo que se pondere também que o sentimento de envergonhamento devido à identidade sexual, enquanto resultado mais frequente e devastador da opressora cultura da superioridade heteronormativa, certamente agrava a exposição vexatória do trabalhador, na medida em que o comportamento discriminatório do empregador geralmente se faz percebido pela soma dos demais empregados, potencializando o sofrimento moral da vítima. Evidencia-se, pois, a necessidade de se ponderar o nível da exposição vexatória da vítima para a delimitação dos contornos do dano moral, como se pode estatuir da seguinte decisão:

INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. OPÇÃO SEXUAL.

Situação em que a prova oral deixou evidente que a autora foi vítima de ofensas verbais praticadas pela empregadora, por meio de seu preposto que, ao tomar conhecimento de sua homossexualidade e de relacionamento estreito, mantido com uma colega de trabalho, passou a

insultá-la quanto à sua opção sexual, passando a atribuir-lhe os piores serviços, resultando, por fim, na sua despedida. **Comprovada a repercussão do dano, na medida em que todos os colegas de trabalho do setor de costura, cerca de 400 (quatrocentas) pessoas, ficaram sabendo que a reclamante e sua companheira haviam sido despedidas em função do relacionamento amoroso que mantinham.** Indenização por dano moral que se defere. Recurso da reclamante a que se confere provimento parcial no item.

(TRT 4ª Região, RO 01383-2006-382-04-00-0, 3ª T., Rel. Des. João Alfredo Borges Antunes de Miranda, j. 01/10/2008).

A dispensa que tenha como pano de fundo a discriminação homofóbica também merece especial olhar da Justiça Trabalhista, na medida em que a liberalidade de que dispõe o empregador para admitir ou demitir seus empregados não pode se revestir de abusivos critérios balizadores como o preconceito por orientação sexual.

Justificações genéricas por parte do empregador para motivar dispensas, tais como a insuficiência de resultados ou corte de gastos, devem ser exaustivamente comprovados e apreciados com extrema diligência pelo magistrado, já que uma das perversidades da discriminação homofóbica é a dificuldade da vítima em comprová-lo, quer seja pelo sentimento de evergonhamento, pela dominância da cultura preconceituosa ou mesmo pelo desequilíbrio material existente entre patrões e obreiros, o que demanda uma balanceada divisão do ônus da prova.

Importante que se diga que é possível falar em cabimento de indenização compensatória inclusive quando a vítima sequer integra os quadros da empresa de que faz parte o empregador ou preposto ofensores, já que a utilização de critérios discriminatórios para não contratar um candidato é suficiente para que se ajuíze a ação própria, embora o acervo probatório seja ainda mais precário nesta hipótese e, por conseguinte, a possibilidade de êxito do autor seja diminuta. Neste sentido, colacione-se o seguinte julgado:

APELAÇÃO. DANO MORAL. DISCRMINAÇÃO HOMOSSEXUAL. BUSCA POR EMPREGO. PROVA TESTEMUNHAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO.

Comprovando a prova testemunhal que a demandante foi vítima de discriminação por ser homossexual, ao pretender vaga de trabalho, sofrendo constrangimento diante de outras pessoas, é caso de condenação por danos morais. Indenização fixada em 20 salários mínimos que se mostra ajustada ao caso dos autos, considerando a capacidade econômica dos demandados. Apelação e recurso adesivo desprovidos.

(Apelação Cível Nº 70013234752, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 12/04/2006)

É possível a responsabilização do empregador inclusive por atos que sequer foram diretamente executados por ele, pois a postura omissiva do mesmo em face de práticas discriminatórias perpetradas por seus subordinados dirigidas a um empregado homossexual na constância da relação trabalhista é inapropriada em face do seu poder-dever diretivo. Ora, se o empregador permite conscientemente que um trabalhador seja

discriminado por seus pares, essa omissão é ensejadora de responsabilidade civil, na medida é que é um poder-dever do patrão zelar pelo respeito a seus obreiros, ainda que essa violação não decorra diretamente de sua conduta.

Para tanto, é necessário que a vítima comprove as ofensas a que foi submetida e que as práticas eram ou deveriam ser de conhecimento por parte do empregador ou preposto, além de que nenhuma atitude concreta fora adotada para sanar os abusos cometidos. Neste sentido, é ilustrativo o seguinte julgado:

DANOS MORAIS. HOMOFOBIA. Há prova robusta de que o autor sofreu humilhações e constrangimentos homofóbicos, atentatórios ao artigo 3º, IV, da Constituição Federal. **Da omissão das reclamadas, quando era imperativo o exercício do poder diretivo, resulta sua responsabilidade** pela contaminação do ambiente de trabalho pelo vírus da aversão à liberdade de orientação sexual e à identidade de gênero, atualmente equiparada aos demais preconceitos já contemplados na Lei nº. 7.716/89, que define o crime de racismo (do qual a homofobia é um subproduto).

(TRT-2 - RECURSO ORDINÁRIO: 1010200807802009 - SP - 01010-2008-078-02-00-9, Relatora Wilma Nogueira De Araujo Vaz Da Silva – Publicação: 23/04/2010)

Neste mesmo diapasão, há julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, de cuja ementa reproduzo o trecho abaixo:

[...] mesmo que não pudesse o empregador impedir que parte de seus empregados desaprovassem o comportamento do reclamante e

evitassem contato para com ele, não poderia permitir a materialização de comportamento discriminatório grave para com o autor, e menos ainda omitir-se diante de agressão física sofrida pelo reclamante no ambiente de trabalho; mormente se esta agressão fora presenciada por agentes de segurança do reclamado, os quais não esboçaram qualquer tentativa de coibi-la.[...]

(TRT 10ª Região, RO 00919-2002-005-10-00-0, 3ª T., Rel. Juiz Paulo Henrique Blair, publicado em 07/05/2003).

Como se depreende dos julgados acima transcritos, obviamente não compete ao empregador gerenciar os sentimentos e convicções pessoais de seus empregados no que tange às suas vidas privadas, mas é inadmissível que o mesmo tolere, ainda que na modalidade omissiva, que seus subordinados aviltem um par, na constância das atividades laborais, por sua identidade de gênero ou por sua orientação sexual não convencional, já que o mesmo detém o poder diretivo e tem o dever de zelar pela dignidade de seus obreiros, sob pena de responsabilização na medida de sua culpabilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise dos julgados da Justiça Trabalhista sob a égide da Carta Magna de 1988 permite concluir que o cabimento de dano moral em razão de discriminação é suficientemente pacífico no Direito pátrio, ainda que ocorra sob total ausência de dispositivo legal que reconheça taxativamente a punibilidade de práticas tão censuráveis, por pressão dos setores conservadores da sociedade brasileira. Essa ainda tímida postura tutelatória sinaliza na irrevogável direção de repreensão à violência

homofóbica em diversos segmentos, sobretudo no ambiente laboral, à luz dos direitos fundamentais e da Constituição.

Sob o aspecto da forma do ato ilícito, pode se perceber que o mesmo pode se revestir sob as modalidades comissiva ou omissiva, praticado pelo empregador diretamente, por preposto ou por pessoas que estejam sob responsabilidade daquele, podendo inclusive se dirigir contra pessoas que sequer figuram nos quadros da empregadora, mas que tão somente objetivavam fazê-lo e foram frustradas pelo veto preconceituoso em uma entrevista admissional.

A desfaçatez do preconceito requer da Justiça do Trabalho uma interpretação ampla acerca da discriminação homofóbica no âmbito das relações trabalhistas, na medida em que a vulnerabilidade da dignidade do trabalhador, além de ser potencialmente violável pela já existente desigualdade material entre patrões e obreiros torna-se maximizada pelo preconceito quem vem a reboque da violência de gênero, de modo que se trata de dano de contornos especialmente graves em razão da motivação odiosa que permeia o comportamento homofóbico.

Daí também se verifica a indiscutível necessidade de que a definição do dever de indenizar se dê em um contexto de equilibrada repartição do ônus probatório, em que a constatação do ato ilícito seja suficiente para se presumir o resultado de sofrimento moral por parte do trabalhador.

Imperativo também que a indenização seja fixada em conformidade com extensão do dano, sendo que as manifestações de ódio têm o condão de, por si só, majorarem os patamares de partida do “*quantum*”

indenizatório, na medida em que ofendem, além da honra do obreiro, a sua própria humanidade.

E, embora o Poder Público ainda seja reticente em promover os ajustes legislativos necessários para proteger a cidadania homossexual dos abusos perpetrados pelos intentos homofóbicos, o Judiciário já possui entendimento suficientemente consolidado para punir empregadores que exerçam suas prerrogativas em desrespeito à dignidade dos trabalhadores homossexuais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código civil, 2002.** [Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.](#) 2002. [Internet]. Acesso em 15/01/2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Decreto-Lei nº 5452, de 1 de maio de 1943. [Internet]. Acesso em 12/01/2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>

BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal; 2014.

CAMPOS, Marisa Furtado Coelho e DALLARIVA, Dayanne. **Homofobia e Dano Moral: Análise da Jurisprudência Brasileira sobre o tema.** Em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=11086>. Acesso em: 09 dezembro de 2014.

DINIZ, Maria Helena; **Curso de Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo.** 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CORREIA, Jonas Ricardo. **Dano Moral Indenizável**. 1. ed. Campo Grande: Contemplar, 2011.

OLIVEIRA, Regis Ferandes. **Homossexualidade: Uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano Moral Trabalhista**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VALLER, Wladimir. **A Reparação do Dano Moral no Direito Brasileiro**. 3.ed. São Paulo: E.V. Editora, 1995.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Dano Moral e sua reparação no Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e Direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade - Um panorama luso-brasileiro**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

VARGAS, Glaci de Oliveira Pinto. **Reparação do Dano Moral - Controvérsias e Perspectivas**. 4.ed. Porto Alegre: Síntese Editora, 2001.

NOTAS:

[1] Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943).

[2] Art. 5º, X, CFRB de 1988.

[3] Vide REsp nº 23.575-DF, Relator Ministro César Asfor Rocha, DJU 01/09/97, e REsp nº 86.271-SP, Relator Ministro Carlos A. Menezes, DJU 09/12/97.

[4] A moderação aqui se insere numa perspectiva de que o dano moral não se presta a gerar enriquecimento da parte ofendida, mas antes diminuir-lhe o sofrimento e retribuir o agressor por seu ato ilícito.

O SOFRIMENTO QUE ATINGE MILHARES DE MULHERES

ALINE BEZERRA MARQUES: Graduada em Segurança Pública pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL e pós-graduada em Políticas e Gestão em Segurança Pública pelo Instituto Brasileiro de Educação do Distrito Federal-IBEDF

RESUMO: O presente artigo traz definições da violência, no sentido geral, e sobre sua ocorrência na atualidade, no mundo e no nosso país, especificamente sobre a violência doméstica e familiar, pontuando alguns aspectos históricos e observando que ela é consequência da sociedade patriarcal. Observa-se que há muito pouco tempo surge a consciência de que esse tipo de violência cometida contra a mulher não é um problema privado, que deve ser resolvido entre “quatro paredes”, mas que é um problema social e que deve preocupar toda a sociedade.

Palavras-chave: Violência Contra Mulher, Gênero, Direitos Humanos, Brasil.

ABSTRACT: This paper presents definitions of violence in the general sense, and on its occurrence Nowadays , worldwide and in our country, specifically on domestic violence and family, highlighting some historical aspects and noting that it is a consequence of patriarchal society. It is observed that there is very little time consciousness arises that such violence committed against women is not a private matter that should be resolved between the "four walls ", but it is a social problem that should concern all of society.

Keywords: Violence Against Women, gender, Human Rights, Brazil.

1 INTRODUÇÃO

A violência doméstica é um tema bastante atualizado e instigante que atinge milhares de mulheres e crianças, adolescentes e idosos em todo o mundo, decorrente da desigualdade nas relações de poder entre homens e mulheres, assim como, a discriminação de gênero ainda presente tanto na sociedade como na família. Com a constitucionalização dos direitos humanos, a violência passou a ser estudada com maior profundidade e apontada por diversos setores representativos da sociedade, tornando-se assim, um problema central para a humanidade, bem como, um grande desafio discutido e estudado por várias áreas do conhecimento enfrentado pela sociedade contemporânea.

2 O caso: Maria da Penha

No dia 29 de Maio de 1983, em Fortaleza, o economista e professor universitário M.A.H.V, colombiano de origem e naturalizado brasileiro, marido da farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, simulou um assalto e desferiu um tiro de espingarda contra sua esposa, o qual atingiu sua coluna e a deixou paraplégica. O crime foi premeditado, uma vez que o autor do disparo, dias antes, tentou convencer a esposa a realizar um seguro de vida, do qual ele seria o beneficiário. Além disso, cinco dias antes da agressão, a esposa assinou em branco um recibo de venda de seu veículo, a pedido do marido. Após alguns dias da primeira agressão, houve

nova tentativa, na qual o autor buscou eletrocutá-la por meio de uma descarga elétrica enquanto ela tomava banho. As investigações começaram em Junho de 1983, porém a denúncia só foi oferecida em Setembro de 1984. Em 1991 houve a condenação do autor pelo tribunal do Júri a oito anos de prisão. O réu recorreu em liberdade e após um ano da condenação teve o julgamento anulado. Em 1996 foi levado a novo julgamento e condenado a dez anos e seis meses. Recorreu novamente em liberdade e somente 19 anos e 6 meses após o fato, em 2002, M.A.H.V. foi preso. Da condenação imposta, cumpriu apenas dois anos de prisão e teve direito a progressão de regime para regime aberto. O caso da Maria da Penha Maia Fernandes foi o responsável pela denominação da Lei Maria da Penha. A partir deste caso os Institutos de Direitos Humanos Internacionais tomaram conhecimento da situação da mulher brasileira diante do problema da violência doméstica e o país foi pressionado a adotar algumas medidas, conforme veremos no item seguinte.

3 Surgimento da Lei 11.340/06

O caso Maria da Penha chegou ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), através da denúncia da própria vítima em 20 agosto de 1998. Também denunciaram o caso em questão o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), o Comitê Latino – Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM). O Brasil foi indagado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em relação às denúncias e se omitiu. A Comissão solicitou informações em 1998, 1999 e 2000 e não

obteve resposta. O relatório foi enviado ao Estado brasileiro em março de 2001 para que, em um mês, fossem cumpridas as recomendações nele lançadas. O Brasil também não cumpriu o determinado e, então, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de acordo com o art. 51, 3 do Pacto de San José, decidiu tornar público o teor do relatório 54/2001. Neste foi realizada profunda análise do fato denunciado e apontadas às falhas cometidas pelo Estado brasileiro que, na qualidade de parte da Convenção Americana e Convenção de Belém do Pará, assumiu o compromisso de implantar e cumprir o disposto nesses tratados.

O Brasil foi condenado internacionalmente em 2001. Informa ainda que o relatório da OEA, além de impor o pagamento de 20 mil dólares a favor de Maria da Penha Maia Fernandes, responsabilizou o Brasil por negligência e omissão em relação à violência doméstica e recomendou a adoção de várias medidas, entre elas “simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual”. A partir de então, o Brasil finalmente cumpriu as convenções e tratados internacionais do qual é signatário, em razão da pressão sofrida por parte da OEA.

Em 2002, foi elaborado o projeto da Lei Maria da Penha por um consórcio formado por 15 ONGs que trabalhavam com violência doméstica. Em 2004 o projeto foi enviado ao Congresso Nacional e, finalmente, em 07 de agosto de 2006, foi sancionada a Lei 11.340 pelo Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva.

4 Conceitos

O conceito de violência é um fenômeno bastante complexo e composto por diversos fatores, sejam eles, “sociais, culturais, psicológicos, ideológicos, econômicos, etc.” A palavra violência deriva do Latim “*violentia*”, que significa “veemência, impetuosidade”. Mas na sua origem está relacionada com o termo “violação” (*violare*). A violência em todas as formas constitui uma violação dos direitos humanos. Ela se manifesta de diversas maneiras, em guerras, torturas, conflitos étnico-religiosos, preconceito, assassinato, fome, etc. Existe também a violência verbal, que causa danos morais, que muitas vezes são mais difíceis de esquecer do que os danos físicos.

A LMP conceitua violência como sendo qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial (art. 5º, Lei 11.340/06). Segundo o artigo 7º da Lei nº 11.340/2006 são formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: a física, a psicológica, a sexual, a patrimonial e a moral.

5 Previsões da Lei Maria da Penha

A Lei Maria da Penha traz em seu bojo as orientações dos tratados internacionais, os quais foram ratificados pelo Brasil, para que sua efetividade seja concreta e seus fins alcançados. Ela prevê que a repressão à violência doméstica e familiar contra a mulher deverá ser feita através de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e também de ações não – governamentais , seguindo as diretrizes traçadas pela Lei. A primeira diretriz a ser seguida

como medida de prevenção é a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação. Também são diretrizes a realização de campanhas educativas de prevenção à violência doméstica e familiar, a difusão da própria lei e a capacitação dos profissionais que trabalham com o tema. Uma das medidas de prevenção que merece destaque é o atendimento policial especializado, previsto no Art. 8º, IV da LMP. É necessário que se promova treinamento especializado aos policiais que exercerão suas atividades junto a tais unidades. O profissional precisa ter sensibilidade dando-se preferência a policiais do sexo feminino em face ao constrangimento natural que se verifica cotidianamente.

A Lei prevê algumas medidas de proteção a serem tomadas em caso de situação de violência doméstica e familiar. Essas medidas são adotadas já no atendimento pela autoridade policial quando do conhecimento da ocorrência e também pelo juiz que recebe o expediente encaminhado pela delegacia comunicando o fato. É necessário que a mulher submetida à situação de violência doméstica e familiar tenha pronto e eficaz atendimento em sede policial, já que, na maioria das vezes, são as delegacias de polícia que primeiro têm contato com os casos concretos. O Art. 11 da LMP estabelece uma série de providências que deverá tomar a autoridade policial no atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, tais como, garantir proteção policial e comunicar o fato ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, encaminhar a ofendida ao hospital, posto de saúde ou ao IML, transportar a ofendida e seus

dependentes para abrigo ou local seguro em caso de risco de vida, acompanhar a ofendida para retirada de seus pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar e informar para a mesma seus direitos e os serviços disponíveis. O Art. 12 da LMP estabelece que algumas medidas deverão ser tomadas pela autoridade policial após a confecção do boletim de ocorrência.

As medidas de natureza judicial, também previstas, são ações que devem ser tomadas pelo juiz, no prazo de 48 horas, após o recebimento do expediente enviado pela delegacia com o pedido da ofendida. Nesse prazo caberá ao juiz conhecer do expediente e do pedido da ofendida para decidir sobre as medidas protetivas de urgência. Também poderá determinar o encaminhamento da vítima ao órgão de assistência judiciária e/ou comunicar ao Ministério Público para que adote as providências cabíveis. As medidas protetivas de urgência somente poderão ser concedidas pelo juiz a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida. Na concessão a pedido da ofendida, o MP deverá ser ouvido previamente. O auxílio da força policial poderá ser requisitado pelo juiz, a qualquer momento, para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência.

As medidas protetivas de urgência estão relacionadas à proteção da ofendida e de seu patrimônio. O Art. 23 da LMP prevê as medidas protetivas de urgência que poderão ser adotadas pelo juiz à ofendida, sem prejuízo de outras medidas, como as que obrigam o agressor.

As medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor são ações determináveis pelo juiz, que impõe obrigações e restrições, a fim de que a vítima seja protegida de uma agressão iminente ou que sofra nova agressão. O art. 22 da LMP elenca as medidas protetivas que obrigam o agressor. O inciso I do art. 22, trata de medida que se mostra preocupada com a incolumidade física da mulher. No entanto, a medida em questão exige certa dose de cautela do julgador para que o agressor não seja impedido de se movimentar livremente e seja configurado constrangimento ilegal. O inciso IV do art. 22 refere-se à restrição ou suspensão de visitas. O Inciso V do art. 22 prevê a obrigação alimentar do agressor. Trata-se de determinação que assegura a manutenção da entidade familiar. A retirada do lar do agressor, não pode desonerá-lo da obrigação de continuar provendo o sustento da vítima e dos filhos. A vítima pode requerer alimentos para ela e os filhos, ou mesmo só a favor da prole e mesmo que seja indeferida a pretensão em sede de medida protetiva de urgência, nada impede que o pedido seja veiculado por meio da ação de alimentos perante o juízo cível.

A norma também prevê serviços especializados de atendimento à mulher vítima de violência doméstica. Esses serviços são necessários para que o enfrentamento da violência se dê de forma efetiva e para que a vítima tenha possibilidade de buscar proteção e apoio nesse momento. Os serviços especializados são de responsabilidade da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e estão previstos no art. 35 da LMP. São exemplos de serviços especializados os centros de atendimento integral e

multidisciplinar para mulheres e respectivos dependentes e as casas-abrigos.

5.1 Juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher

Os Juizados de Violência Doméstica foram criados com o advento da LMP, com objetivo de processar, julgar e executar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar. O art. 14 da LMP prevê a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFMs). A Lei Maria da Penha criou os juizados mas não impôs sua instalação. Enquanto não estruturados os JVDFMs, a competência cível e criminal é atribuída às Varas Criminais, para onde devem migrar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. Não havendo JVDFMs, os pedidos de medidas protetivas de urgência e os inquéritos policiais devem ser encaminhados às Varas Criminais. Somente permanecerão na vara as medidas protetivas de caráter penal. Quanto às providências cíveis, após cumprimento das medidas que obrigam o ofensor, o expediente deve ser redistribuído à Vara de Família. Para assegurar a eficácia de qualquer das medidas o juiz (criminal ou de família) pode inclusive decretar prisão preventiva.

6 CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se a necessidade de conferir uma especial proteção às vítimas de violência doméstica, ou seja, as mulheres. Com a evidente discriminação e violência contra as mulheres o Estado interveio através da Lei 11.340/06 – Lei “Maria da Penha” para coibir os diversos tipos de violência, fazendo então, com que as mulheres se

sentissem mais seguras, resgatando a cidadania e a dignidade dessas cidadãs que, na maioria das vezes, sofrem caladas. A Lei supracitada produziu uma verdadeira revolução no combate à violência doméstica com a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. A violência, conceituada como abuso da força, é uma realidade que atinge todos os povos, em todas as suas formas. A violência doméstica, praticada contra a mulher deixou de ser considerada um problema “familiar”, ou seja, um problema “privado”, para ser considerada uma situação de violência que prejudica a integridade física e psicológica da mulher, atingindo sua dignidade. Atualmente, também é considerada um problema de saúde pública, um problema social grave, que gera preocupação dos administradores públicos e de toda a sociedade. Proteger a mulher da violência doméstica, da qual sempre foi vítima, conforme abordado, é tornar efetivos os seus direitos humanos da terceira geração, compreendidos como aqueles direitos que se dirigem aos direitos de “gênero”, ou seja, relacionados à dignidade da mulher e à subjetividade feminina.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Lei Nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <
<http://www.planalto.gov.br/ccivil> . Acesso em: 29 junho 2014.

Violência doméstica e familiar contra a mulher - A lei Maria da Penha:
uma análise jurídica. Disponível em:
<http://monografias.brasilecola.com/direito/violencia-domestica-familiar-contra-mulher-lei-maria-htm>. Acesso em: 13 junho 2014.

SANTOS, Sidney Francisco Reis dos. Mulher: sujeito ou objeto de sua própria história? Florianópolis: OAB/SC, 2006.

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS DIREITOS COLETIVOS

ROMÁRIO DA SILVA SANTOS: Graduando em Direito pela Faculdade Estácio de Sergipe (Estácio FASE). Estagiário de Direito no Ministério Público de Sergipe (MPSE). Editor do Blog e Fanpage "Graduandos em Direito".

Resumo: O presente artigo aborda os aspectos relevantes dos direitos coletivos *lato sensu* (direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos) discorrendo sua evolução histórica e conceitos, a legislação brasileira aplicável ao tema e os instrumentos administrativos e judiciais utilizados para sua tutela, dando ênfase a legitimação conferida pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 129, III, ao Ministério público como um dos titulares da defesa desses direitos, destacando a importância do inquérito civil e do compromisso de ajustamento de conduta como instrumentos extrajudiciais utilizados para tal, seguida de sua atuação em juízo por meio da ação civil pública, e como *custos legis* nas demais ações coletivas, utilizando-se como embasamento a pesquisa bibliográfica em doutrinas, legislações e entendimentos dos tribunais superiores sobre o assunto.

Palavras-Chave: Direitos Transindividuais. Ministério Público. Tutela Processual Coletiva.

Abstract: This article discusses the relevant aspects of the broad sense collective rights (diffuse rights, collective strict sense and homogeneous individual) discussed its historical evolution and concepts, Brazilian law applicable to the subject and the administrative and legal instruments for their protection, emphasizing legitimacy conferred by the Constitution of

1988 in its art. 129, III, the public prosecution as one of the holders of the defense of these rights, highlighting the importance of the civil investigation and the undertaking of conduct adjustment as extra-judicial instruments used for that, then his judgment in action through civil action, and as legis costs in other collective actions, using as basis the literature in doctrines, laws and understandings of the higher courts on the subject.

Keywords: Rights trans. Prosecutors. Collective protection Procedure.

Sumário: Introdução. 1. Direitos e Interesses Difusos e Coletivos. 2. Legislação Brasileira Acerca dos Direitos Coletivos. 3. Atuação do Ministério Público na Defesa dos Direitos Coletivos. 3.1 Legitimação. 3.2 Atuação Extrajudicial. 3.3 Atuação Judicial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O ser humano tem como pressuposto de existência a titularidade de Direitos Fundamentais sem os quais seria impossível viver com o mínimo de dignidade. Esses direitos foram sendo conquistados aos poucos, e são classificados pela doutrina majoritária em três gerações ou dimensões^[1] que representam a evolução do Estado na garantia dos direitos fundamentais, seja de forma não intervencionista (direitos de primeira geração, ou de liberdade), prestacional (direitos de segunda geração, ou de igualdade), ou impondo uma obrigação de fazer ou não fazer ao Estado e a sociedade (direitos de terceira geração, ou de fraternidade e/ou solidariedade).

Os direitos difusos e coletivos integram a terceira geração dos direitos e garantias fundamentais, são direitos marcados pela pluralidade

de titulares, indetermináveis ou não, e exigem participação ativa do Estado e da sociedade para que sejam garantidos, além disso, têm como fundamentos a solidariedade e a fraternidade.

Apesar da recente ascensão desses direitos sua origem principal decorre do ideal de fraternidade da Revolução Francesa de 1789, e mais tarde, como reação a Segunda Guerra Mundial. No Brasil, foram positivados pela primeira vez em 1934 com o advento dos Códigos Florestal e de Águas^[2], e em nível constitucional, no artigo 113, inciso 38^[3] da Constituição do mesmo ano, mas as devidas proteções a esses direitos só foram dadas a partir da década de 1980 com a proteção ambiental por meio da Política Nacional do Meio Ambiente - PNMA (Lei nº 6.938/1981), da Lei de Ação Civil Pública - LACP (Lei nº 7.347/1985), no entanto foi com a Constituição Federal de 1988 (CF/88) que houve sua consagração e ampliação, da qual decorreu o Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078/1990) e outras importantes leis nesse sentido.

Ante a positivação dos direitos difusos e coletivos se faz necessária à disponibilização de meios que garantam a sua efetividade, e assim, a norma constitucional e algumas legislações infraconstitucionais reforçam a legitimação do Ministério Público e outras instituições para pleitearem tais direitos em nome da coletividade, e criam instrumentos capazes de garantir a defesa desses direitos. Como um dos principais atuantes na defesa dos interesses transindividuais, foram conferidos ao Ministério Público instrumentos extrajudiciais (inquérito civil e compromisso de ajustamento de conduta), e judiciais (ação civil pública) para alcançar resultados satisfatórios na proteção da sociedade, meio

ambiente, do patrimônio público e outros, o que será abordado neste artigo.

1. DIREITOS E INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

Também conhecidos como direitos metaindividuais, supraindividuais, ou transindividuais, possuem como titulares a coletividade indeterminável, ou determinado grupo ou categoria. Sua natureza jurídica é mista, sendo direito público e/ou privado, explica Gajardoni^[4] que “direitos e interesses supraindividuais não são necessariamente afetos à administração pública, mas, como um todo, têm inegável conotação público-social”.

A definição legal, e individualizada, do que vem a ser direito difuso e direito coletivo, bem como de direitos individuais homogêneos, que por sua natureza podem ser objetos de defesa coletiva, encontra-se positivada no art. 81, I, II e III do CDC, com a seguinte redação:

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - *interesses ou direitos difusos*, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - *interesses ou direitos coletivos*, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

III - *interesses ou direitos individuais homogêneos*, assim entendidos os decorrentes de origem comum.” (destaque nosso)

No que concerne à definição jurídica dada pelos Tribunais Superiores pode-se destacar o conceito de Celso de Melo^[5] prolatado durante voto em julgamento de Mandado Segurança no Supremo Tribunal Federal (STF).

"os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”.

No contexto histórico, os direitos difusos e coletivos, tidos pela doutrina como direitos de terceira geração surgem no século XX, decorrente de uma reação natural à Segunda Guerra Mundial, em

complemento aos direitos de primeira e segunda geração e emanam da vida em sociedade e como forma de proteção do seu patrimônio público, natural, artístico, cultural, artificial etc. inspirados em propósitos coletivos de fraternidade e vida comum, com espoco no pilar de fraternidade ou solidariedade da Revolução Francesa de 1789.

Nesse sentido, explica Carlos Ayres Brito^[6], que:

“Efetivamente, se consideramos a evolução histórica do Constitucionalismo, podemos facilmente ajuizar que ele foi liberal, inicialmente, e depois social. Chegando nos dias presentes à etapa fraternal esta fase em que as constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da Fraternidade; isto é, a dimensão das ações estatais afirmativas, que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, por exemplo, os negros, os deficientes físicos e as mulheres (para além, portanto, da mera proibição de preconceitos). De par com isso, o constitucionalismo fraternal alcança a dimensão da luta pela afirmação do valor do Desenvolvimento, do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, da Democracia e até de certos aspectos do urbanismo como direitos fundamentais. Tudo na perspectiva de se fazer a interação de uma verdadeira comunidade;

isto é, uma comunhão de pela consciência de que, estando todos em um mesmo barco, não têm como escapar da mesma sorte ou destino histórico”.

No Brasil, esses direitos surgem com o Código de Águas, o Código de Minas, e a Constituição Federal, todos de 1934, e a partir da década de 1980 tem sua ascensão com a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, a Lei de Ação Civil Pública e são consagrados em 1988 em nível constitucional, com a presença em vários dispositivos da CF/88.

2. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ACERCA DOS DIREITOS COLETIVOS

O Brasil, conhecido pelo grande número de Leis, é também importante propulsor da defesa dos interesses transindividuais, seja como sede de grandes conferências mundiais sobre o tema, ou pela vasta legislação que protege esses direitos, conforme abordadas a seguir.

Consagrado em capítulo próprio no artigo 225 da Constituição Federal de 1988 com 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.”

O Meio Ambiente, no ordenamento jurídico brasileiro, tem o Regimento do Pau-Brasil de 1605 como a primeira norma sobre o tema, mas só em 1934 com a sanção do Código Florestal e do Código de Águas têm-se os primeiros alicerces do que viria constituir, décadas depois, a

atual legislação ambiental brasileira. A devida preocupação com o meio ambiente tem seu ápice a partir da Lei nº 6.938/1981 (PNMA), das Conferências Mundiais sobre o Meio Ambiente (Rio-92 e Rio+20), além da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998), do Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/2001) e do Novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), entre outras, bem como os decretos e resoluções do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) e do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA).

A Defesa do Consumidor tem como base a Constituição Federal de 1988 (arts. 5º, XXXII e 170, V), e por instrução do art. 48 do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), foi regulamentada pela Lei nº 8.078/1990 (CDC) que trouxe além do direito material aplicado as relações de consumo, a conceituação legal de direitos difusos e coletivos (art. 81), e a matéria processual em título próprio “Da Defesa do Consumidor em Juízo” (arts. 81 a 104), onde disciplinou a ação civil coletiva.

O patrimônio público e a moralidade administrativa foram protegidos pelo legislador, entre outras, na Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) que possui como instrumento processual a ação civil de improbidade administrativa, para os casos de atos de improbidade administrativa que importem em enriquecimento ilícito, causem prejuízo ao erário, ou atentem contra os princípios da Administração Pública.

Além disso, diversas leis contêm normas de proteção a interesses transindividuais, como aqueles “ligados à pessoa portadora de deficiência, aos investidores no mercado de valores mobiliários, à criança e o adolescente, à defesa da ordem econômica e da livre concorrência”^[7], também conhecidos por direitos individuais homogêneos.

Em matéria processual, a Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/1965) e a Lei de Ação Civil Pública têm sido os principais instrumentos para a efetividade dos direitos que tem como titulares a coletividade. Há ainda, a ação civil coletiva^[8] para a defesa dos direitos individuais homogêneos disciplinada no CDC, que quando proposta pelo Ministério Público, possui a mesma natureza da Ação Civil Pública.

3. ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS DIREITOS COLETIVOS

3.1 Legitimação

A legitimação de titulares para representação da coletividade, especialmente a do Ministério Público visa a maior efetividade à atividade judicial no trato de demandas individuais repetitivas, além disso, decorre da necessidade de ampliação do acesso à justiça, da redução dos custos da demanda e da celeridade processual, bem como da tendência natural de inércia social quando se trata de direitos que todos são titulares, pois ao permitir que todos ajam, ninguém acaba agindo, seja por insignificância do dano quando individualmente considerado, tendo-se apenas uma dimensão maior do dano quando considerado globalmente, seja por achar que o outro irá defender o direito em nome de todos, fenômeno que

Gajardoni^[9] denominou de “efeito carona da atuação alheia” ou “*free riding*”.

Na defesa de muitos desses direitos há uma legitimação concorrente do Ministério Público com cidadãos, Defensorias Públicas, Sindicatos, Associações, entre outros. No que concerne ao Ministério Público, a CF/88 ao consagrá-lo em seu art. 127 “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbiu-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, legitimou-o, em seu art. 129, para entre outras funções, 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.

Para Mazzilli^[10], “inexiste taxatividade na defesa judicial de interesses transindividuais. Por isso, além das hipóteses expressamente previstas em diversas leis, qualquer outro interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo pode em tese ser defendido em juízo, tanto pelo Ministério Público como pelos demais legitimados do art. 5º da LACP e art. 82 do CDC”.

Em recente e importante decisão^[11], o STF ao reconhecer a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos e interesses de beneficiários do seguro DPVAT, nos casos de indenização paga pela seguradora em valor inferior ao determinado em lei, pacificou os entendimentos de que “na defesa dos direitos difusos e coletivos, a ação civil pública seria o protótipo de sua tutela, e o Ministério Público possui legitimidade ativa, invariavelmente em regime de substituição processual,

devendo ser entendida em sentido amplo e irrestrito”, já quanto à defesa dos direitos individuais homogêneos, reputou-se que “sua coletivização teria sentido meramente instrumental, e sua tutela teria como instrumento básico a ação civil coletiva do CDC, bem como, o Ministério Público como o primeiro dos legitimados ativos, teria sua atuação em regime de substituição processual justificada pelo relevante interesse social configurada nos casos em que a lesão a esses direitos comprometeria também interesses sociais subjacentes, com assento no art. 127 da CF/88”, e definiu interesse social como “interesses cuja tutela, no âmbito de determinado ordenamento jurídico, seria julgada como oportuna para o progresso material e moral da sociedade a cujo ordenamento jurídico corresponderia”.

A legitimação do Ministério Público para a defesa de qualquer interesse coletivo, *latu sensu*, já foi reconhecida pelo STF em seus julgados, como exemplo, a decisão^[12] do Supremo sobre a questão do aumento indevido das mensalidades escolares.

Há, ainda, casos em que o Ministério Público ajuíza Ação Civil Pública contra a coletividade determinada, visando o cumprimento de determinada obrigação, a exemplo, para impedir continuidade de greve nos serviços públicos essenciais, são as chamadas ações coletivas passivas.

3.2 Atuação Extrajudicial

A atuação extrajudicial do Ministério Público dá-se, principalmente, com o compromisso de ajustamento de conduta e o inquérito civil.

O compromisso de ajustamento de conduta previsto, pela primeira vez, na Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) em seu art. 211, foi inserido no § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985 (LACP) pela Lei nº 8.078/1990 (CDC), atribuindo-lhe a eficácia de título executivo extrajudicial, e no âmbito do Ministério Público teve sua regulamentação pela Resolução nº 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) em seu art. 14, já no âmbito do Ministério Público do Estado de Sergipe (MPSE), a Resolução nº 02/2008 do Colégio de Procuradores de Justiça (CPJ) regulamenta o assunto nos arts. 25 a 31.

O Portal de Direitos Coletivos^[13] trás a seguinte definição, “é um acordo que o Ministério Público celebra com o violador de determinado direito coletivo, com a finalidade de impedir a continuidade da situação de ilegalidade, reparar o dano ao direito coletivo e evitar a ação judicial”. Ele permite ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser recuperados. Distingue-se da transação típica, pois versa sobre interesses indisponíveis, não permitindo o legitimado dispor do direito no todo ou em parte, devendo o compromisso versar as condições de cumprimento das obrigações.

Mazzilli^[14] entende ainda que “o compromisso extrajudicial não exige homologação judicial, mas, em advindo esta, deixará de ser título executivo extrajudicial para ser título judicial”.

Já o inquérito civil, previsto no art. 8º, § 1º da LACP, foi consagrado pela CF/88 em seu art. 129, III, e regulamentado pela Resolução nº 23/2007 do CNMP, e no âmbito do MPSE pela Resolução nº 02/2008 do CPJ, já no âmbito federal, pela Resolução nº 87 do Conselho Superior do

Ministério Público Federal. Também conforme definição apresentada pelo Portal de Direitos Coletivos, “é um procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público para descobrir se um direito coletivo foi violado. Para tanto, o membro do Ministério Público pode solicitar perícia, fazer inspeções, ouvir testemunhas e requisitar documentos para firmar seu convencimento”.

Seu objetivo é apuração de elementos de convicção para eventual propositura de ação civil pública ou celebração de compromisso de ajustamento de conduta. Possui como características a informalidade, a dispensabilidade, a publicidade e a inquisitorialidade, e estrutura-se em três fases, quais sejam: a instauração, a instrução e a conclusão.

Possui natureza unilateral e facultativa, e poderá ser instaurado de ofício, por requerimento, por representação de qualquer interessado, ou por designação do Procurador-Geral de Justiça, do Conselho Superior do Ministério Público, das Câmaras de Coordenação e Revisão e dos demais órgãos superiores da Instituição, nos casos cabíveis.

Pode ser precedido de procedimento preparatório, e deverá ser concluído no prazo de um ano, prorrogável pelo mesmo prazo e quantas vezes forem necessárias, por decisão fundamentada de seu presidente, à vista da imprescindibilidade da realização ou conclusão de diligências, dando-se ciência ao órgão de revisão, que, a título de exemplo, no âmbito do MPSE é o Conselho Superior do Ministério Público (CSMP).

Concluído o inquérito civil, o membro do Ministério Público proporá a ação civil pública, ou promoverá seu arquivamento, fundamentadamente, esgotadas todas às possibilidades de diligências. Há

ainda, a necessidade de, em caso de arquivamento, remetê-lo ao órgão de revisão para que homologue ou rejeite-o. Ressalva-se que o arquivamento **feito pelo Ministério Público não impede a propositura da ação civil pelos demais legitimados.**

3.3 Atuação Judicial

Na atuação judicial do Ministério Público, destaca-se principalmente, seu papel exercido na ação civil pública, no entanto, sua atuação também pauta-se como *custos legis* na ação popular, no mandado de segurança coletivo, no mandado de injunção coletivo e nas demais ações de interesse coletivo. No tocante a ação popular, o Parquet pode atuar ainda, como substituto processual dando prosseguimento da ação em caso de desistência do autor (art. 9º da Lei nº 4.717/1965).

A ação civil pública surge do artigo 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente) em que legitima o Ministério Público para a responsabilização penal e civil pelos danos causados ao meio ambiente, e fora regulamentada pela Lei nº 7.347/1985, que ampliou tal legitimidade e os direitos difusos e coletivos protegidos, e mais tarde fora elevada a *status* constitucional (art. 129, III, CF/88). Com o advento do CDC que por meio de seu art. 110 acrescentou o inciso IV no art. 1º da Lei nº 7.347/1985 foi ampliado o uso da ação civil pública para defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo. Atualmente, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar (PLC) 5.139/2009 que visa criar a Nova Lei de Ação Civil Pública.

Essa ação tem por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, e legitimou, de forma

concorrente, além do Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, as autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista, além das associações, estas, desde que cumpridos alguns requisitos. No entanto, dispôs em seu art. 5º, § 1º que “o Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei”, e ainda, no § 3º do mesmo artigo, que “em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa”.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, vê-se a crescente preocupação com a proteção dos direitos coletivos decorrente da maior participação social e do importante papel exercido pelo Ministério Público consagrando-se em suas funções de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais ou difusos e coletivos, e individuais indisponíveis atribuídas pela Constituição Federal em seus artigos 127 e 129, a partir da utilização de vários instrumentos propiciados pelo nosso ordenamento jurídico, e da ampliação dessa atuação por meio de importantes julgados dos tribunais superiores. A junção de todos esses fatores torna mais efetiva a prestação jurídica da tutela coletiva e contribui para alcançar um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. *Direito Ambiental Esquematizado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 set. 1990 - Edição extra e retificado em 10 jan. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 jun. 2014.

Brasil. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347compilada.htm>. Acesso em: 21 jul. 2014.

Brasil. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05 jul. 1965 e republicado em 8 abr. 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em: 02 ago. 2014.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da constituição*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Direitos Difusos e Coletivos I: Teoria geral do processo coletivo*. São Paulo: Saraiva, 2012. Coleção saberes do direito ; 34.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

Portal de Direitos Coletivos. Disponível em <<http://www.cnmp.mp.br/direitoscoletivos/>>. Acesso em: 04 jul. 2014.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução nº 23/2007*. Regulamenta os artigos 6º, inciso VII, e 7º, inciso I, da Lei Complementar nº 75/93 e os artigos 25, inciso IV, e 26, inciso I, da Lei nº 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do inquérito civil. Brasília, DF, 17 set. 2007. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Normas/Resolucoes/resolucao_23_alterada_pela_59_10.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE. *Resolução nº 002/2008 – CPJ*. Modifica e consolida as normas que regulamentam a instauração e tramitação do inquérito civil e procedimento preparatório no âmbito do Ministério Público, nos termos dos artigos 51, incisos IV, X e 7º, inciso I da Lei Complementar Estadual 02/90, e 25, inciso IV e 26, inciso I, da Lei nº 8.625/93. Aracaju, SE, 08 Jan. 2008. Disponível em: <https://sistemas.mp.se.gov.br/2.0/PublicDoc//PublicacaoDocumento/AbrirDocumento.aspx?cd_documento=837> Acesso em: 21 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo 753*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo753.htm>> Acesso em: 22 ago. 2014.

TESHEINER José, PEZZI Sabrina. *Inquérito civil e compromisso de ajustamento de conduta*. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 263, p. 67-94, maio/ago. 2013.

NOTAS:

[1] Há divergência doutrinária com relação à utilização dos termos “geração” ou “dimensão” quando referidos a Direitos Fundamentais, neste artigo utilizar-se-á o termo “geração”.

[2] Decreto nº 23.793, de 23 de janeiro de 1934, e Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934, respectivamente.

[3] “Art. 113, 38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”.

[4] GAJARDONI, 2012, p. 26.

[5] STF – Pleno – MS nº 22.164/SP – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206.

[6] BRITTO 2003, p. 216.

[7] Hugo Nigro 2000, p. 104 e 105.

[8] Há divergência doutrinária quanto ao uso da terminologia “ação civil coletiva” e “ação civil pública”, que pode ser mais bem esclarecida em <http://www.processoscoletivos.net/doutrina/18-volume-1-numero-1-trimestre-01-10-2009-a-31-12-2009/83-acao-civil-publica-e-acao-coletiva-problema-terminologico>. Consideramos neste artigo, “ação civil coletiva” como sinônima e/ou gênero da qual “ação civil pública” é espécie.

[9] GAJARDONI, 2012, p. 23.

[10] Mazzilli, 2000, p. 106.

[11] STF – Pleno – RE nº 631111/GO – Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 06 e 07/08/2014 – Informativo nº 753 do STF.

[12] STF - Pleno - RE n. 163.231-3, e Súmula 643 do STF.

[13] O Portal de Direitos Coletivos “<http://www.cnmp.mp.br/direitoscoletivos>” foi criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público e pelo Conselho Nacional de Justiça e reúne os bancos de dados dos inquéritos civis públicos e termos de ajustamentos de conduta dos Ministérios Públicos dos estados.

[14] Mazzilli, 2000, p. 259.

ANÁLISE DO DIREITO À ESTABILIDADE E SUA APLICAÇÃO AOS CASOS DE GESTANTES CONTRATADAS POR TEMPO DETERMINADO

VICTOR MAJELA NABUCO DE MENEZES:

Ensino Superior - Bacharelado em Direito - Universidade Federal de Sergipe (UFS) - Conclusão do curso em 04/04/2008. Pós-Graduação. Lato Sensu em Direito e Processo do Trabalho, da Universidade Anhanguera-Uniderp. Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça de Sergipe - de outubro de 2005 a maio de 2009; Advogado - atividade profissional atual, exercida desde junho de 2009.

Resumo: O presente trabalho visa analisar os aspectos do instituto da estabilidade de acordo com o que está previsto no ordenamento jurídico brasileiro. Após análise genérica desse instituto, passaremos a estudar os pormenores e peculiaridades da estabilidade da gestante, para então adentrar no caso específico da contratação por tempo determinado. Sobre o tema, o objetivo é mostrar a mudança de entendimento da jurisprudência e trazer ao conhecimento do leitor quais foram os argumentos utilizados para tal mudança.

Palavras-chave: Estabilidade. Gestante. Contrato por tempo determinado. Súmula 244 do TST.

Introdução

O direito à estabilidade mitiga o direito potestativo à denúncia vazia do contrato de trabalho. Parte da doutrina e jurisprudência entende

que esse direito é incompatível com a existência de contrato por prazo determinado.

Com base no conceito do instituto, mesmo no caso de estabilidade da empregada gestante, havia limitação desse direito nos casos de contrato determinado.

No entanto, fazendo uma interpretação teleológica da norma, bem como literal do dispositivo constitucional que garante a estabilidade, e ainda com o fim de se alcançar a máxima efetividade dos direitos previstos na Carta Magna, não só a jurisprudência trabalhista, mas também a do STF modificou seu posicionamento.

De acordo com a nova visão, que vai ao encontro da dignidade humana, a contratação por prazo determinado deixou de ser óbice à aquisição desse direito.

Conceito de estabilidade

A estabilidade, sob o prisma do Direito do Trabalho, pode ser conceituada como o direito do empregado permanecer no emprego, independente da vontade do empregador, de modo que não pode ser dispensado, salvo nas hipóteses legais.

Vale citar o conceito trazido pelo ilustre jurista Sérgio Pinto Martins, para quem “Estabilidade é o direito do empregado de continuar no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, desde que inexista uma causa objetiva a determinar sua despedida” (MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2005).

É cediço que, diante da omissão legislativa do Congresso Nacional no tocante à regulamentação do art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988, a denúncia vazia do contrato de trabalho é um direito potestativo

do empregador. Porém, esse direito é restringido pelo instituto da estabilidade.

Importante registrar que doutrina e jurisprudência majoritárias utilizam os termos “estabilidade no emprego” e “garantia provisória no emprego” como sinônimos, ao passo que há vozes que defendem que se trata de espécies distintas, a exemplo do Ministro Maurício Godinho (DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14ª ed. São Paulo: LTr, 2015. pag. 1346 e 1352), para quem:

“Estabilidade, conforme já definido, é a vantagem jurídica de caráter permanente deferida ao empregado em virtude de uma circunstância tipificada de caráter geral, de modo a assegurar a manutenção indefinida do tempo do vínculo empregatício, independentemente da vontade do empregador”.

Por sua vez, garantia de emprego, ainda segundo o eminente Ministro, “é a vantagem jurídica de caráter transitório deferida ao empregado em virtude de uma circunstância contratual ou pessoal de natureza obreira de caráter especial, de modo a assegurar a manutenção do vínculo empregatício por lapso temporal definido, independentemente da vontade do empregador”.

Fundamento jurídico

O fundamento do instituto da estabilidade no emprego é o princípio da continuidade da relação empregatícia, e visa conferir segurança jurídica e financeira ao trabalhador, mantendo-se a sua fonte de renda para o sustento próprio e de sua família.

Nesse sentido é a doutrina de Gustavo Filipe Barbosa Garcia (GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. pág. 753):

“O Direito do Trabalho tem como um de seus princípios essenciais a continuidade da relação de emprego.

Nesse enfoque, a estabilidade é uma importante medida na concretização do referido escopo, sendo por meio do trabalho que a pessoa obtém a remuneração necessária para viver e se manter com dignidade”.

Com clareza Luciano Martinez afirma que “As garantias de emprego são, em rigor, fórmulas genéricas que visam à proteção do empregado contra a rescisão por iniciativa patronal. O princípio da continuidade é entendido como fundamento dessas fórmulas, porque se baseia na ideia de que a constância do vínculo entre empregado e empregador produz uma sensação de segurança social. É justamente essa segurança social o elemento motivador de um conjunto de normas jurídicas que visam impedir ou restringir os atos de terminação dos contratos de emprego por iniciativa patronal” (MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015).

Vale ressaltar que Sérgio Pinto Martins assinala ainda que a estabilidade é também uma das formas de verificar a função social da empresa, que é também dar e manter empregos. (MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2007).

Fontes formais

O direito à estabilidade no emprego, entendido de forma genérica, pode estar previsto na Carta Magna de um Estado (ex: Art. 41, caput, CF/88), em normas infraconstitucionais (ex: Art. 492, caput, CLT),

em normas internacionais (Convenção 158 da OIT), normas coletivas (convenção e acordo coletivo) e, ainda, no regulamento da empresa ou no contrato de trabalho.

Há cizânia quanto à possibilidade de fixação de hipótese de estabilidade no emprego por meio de sentença normativa. Uma vertente sustenta a inviabilidade, pois esse tema somente pode ser objeto de norma jurídica ou estabelecido espontaneamente pelo empregador.

Contudo, prevalece na jurisprudência a posição analítica no sentido de que a sentença normativa, na qualidade de norma jurídica criadora de direitos e condições de trabalho, pode criar novas situações de garantia no emprego, mas desde que atue no vazio da lei. Nesse sentido é a jurisprudência do C. TST, conforme Precedente Normativo 85:

“Nº 85 GARANTIA DE EMPREGO. APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA (positivo)

Defere-se a garantia de emprego, durante os 12 meses que antecedem a data em que o empregado adquire direito à aposentadoria voluntária, desde que trabalhe na empresa há pelo menos 5 anos. Adquirido o direito, extingue-se a garantia”.

Legislação brasileira

No Brasil, a 1ª norma a tratar do tema estabilidade no emprego foi o Decreto 4682, de 24 de janeiro de 1923, também conhecida como Lei Eloy Chaves. Este diploma normativo, entretanto, tratou de forma restrita sobre o tema, aplicando-se apenas à categoria dos ferroviários.

Atualmente, na Constituição Federal de 1988, há previsão das seguintes estabilidades no emprego: arts. 41 e 19 do ADCT que tratam genericamente da estabilidade do servidor público ; art. 10 do ADCT que

garante estabilidade à gestante e aos membros da CIPA; art. 8º, III que veda a dispensa do empregado sindicalizado.

No âmbito da CLT, encontram-se:

- A garantia decenal, obtida pelo empregado após dez anos de prestação de serviços para o mesmo empregador. Esta hipótese, com a criação do regime do FGTS, passou a ser flexibilizada, e, a partir da vigência da Lei Fundamental de 1988, foi revogada, de modo que apenas goza da estabilidade do art. 492 da CLT os trabalhadores regidos pelo sistema da estabilidade decenal que, quando da edição da norma suprema citada, já havia adquirido o direito sob exame. Art. 492

- CCP: art. 625-B, § 1º da CLT que prevê que “É vedada a dispensa dos representantes dos empregados membros da Comissão de Conciliação Prévia, titulares e suplentes, até um ano após o final do mandato, salvo se cometerem falta grave, nos termos da lei”.

- Gestante: Art. 391-A, que estabelece que “A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”.

- Dirigente sindical: Art. 543, § 3º, segundo o qual “Fica vedada a dispensa do empregado sindicalizado ou associado, a partir do momento do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou de associação profissional, até 1 (um) ano após o final do seu mandato, caso seja eleito inclusive como suplente, salvo se cometer falta grave devidamente apurada nos termos desta Consolidação”.

- CIPA: Art. 165, que aduz que “Os titulares da representação dos empregados nas CIPA (s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro”.

No campo da legislação esparsa, há previsão das seguintes garantias: diretores de cooperativa (art. 55 da lei 5764/71), membro do CNPS (art. 3º, § 7º da lei 8213/90) e membro do CCFGTS (Art. 3º, § 9º da lei 8036/90)

Classificação

As espécies de estabilidade no emprego podem ser classificadas:

a) Quanto à possibilidade de dispensa pelo empregador:

Absoluta, que é aquela na qual o empregador somente pode demitir o trabalhador caso este pratique alguma falta grave, a exemplo da estabilidade decenal, sindical, art. 19 do ADCT, cooperativa, acidente do trabalho, art. 41 da CF, gestante, membros do CNPS, da CCP e do CCFGTS.

De outro lado, é relativa a estabilidade quando a extinção contratual pode decorrer de motivos, além de disciplinares, técnicos, econômicos ou financeiros. À guisa de exemplo, cite-se os membros da CIPA, conforme previsto no parágrafo único do art. 165 da CLT.

b) Quanto à duração, pode ser definitiva ou provisória. Esta possui período certo de duração (ex: sindical, gestante, CIPA, cooperativas, acidente de trabalho, CCFGTS, CNPS, CCP, etc.), ao passo que, na definitiva, a estabilidade não há prazo de duração, de forma que o pacto somente pode ser extinto em virtude de morte do empregador, pedido de demissão, falecimento do empregador pessoa física, fechamento do

estabelecimento, força maior, resolução contratual por culpa obreira, etc (como a decenal, art. 41 da CF, art. 19 do ADCT).

c) Quanto às formalidades necessárias para a desconstituição do contrato de trabalho: *ope judicis* ou *ope legis*. Na primeira, para que o contrato seja extinto por iniciativa patronal, faz-se necessário o prévio ajuizamento do inquérito judicial para a apuração de falta grave, que visa reconhecer a falta praticada e desconstituir o contrato de trabalho (ex: decenal, sindical, membro do CNPS).

De outra banda, na *ope legis*, ocorrido o fato previsto na lei, pode o empregador rescindir o vínculo empregatício, independentemente do ajuizamento prévio de demanda trabalhista. Caso o empregado sinta-se injustiçado e proponha ação requerendo a convocação da dispensa por justa causa em desmotivada ou a reintegração, caberá ao patrão a prova da falta grave praticada (ex: CIPA, CCP, gestante, empregado acidentado, etc.).

d) Quanto ao objeto jurídico tutelado: altruísta (geral) ou personalíssima. Nesta, o direito à garantia decorre de uma condição pessoal e especial do empregado, como no caso da estabilidade decenal, art. 19 do ADCT, 41 da CF, acidentado, gestante, etc. Naquela, o instituto sob exame visa proteger o representante do grupo ou da coletividade em face de ameaças, pressões e eventual retaliação do empregador, a fim de que o obreiro exerça sua função de forma plena, a exemplo da estabilidade sindical, CIPA, CCP, etc.

Estabilidade gestante

Previsão legal

A estabilidade gestante encontra-se positivada no art. 10, II, “b”, do ADCT que assim dispõe:

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

...

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

...

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Trata-se de direito fundamental social, de aplicação imediata, na forma do art. 5º, § 1º, da CF.

No nosso ordenamento jurídico, ainda há previsão da estabilidade da gestante no art. 391-A da CLT. Já no plano do Direito Internacional, destaca-se a Convenção 103 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil, e que possui natureza supralegal.

Fundamentos

O direito à estabilidade gestante encontra duplo fundamento jurídico: tutelar a empregada contra eventual dispensa discriminatória do empregador, considerando que, no período da gravidez até 5 meses após o parto, a mulher encontra-se fragilizada física e emocionalmente; visa, ainda, a proteção do nascituro, no tocante ao seu desenvolvimento e contato materno.

Nesse sentido, a jurisprudência do TST não tem permitido à gestante renunciar à estabilidade:

RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. ESTABILIDADE. RECUSA DA OFERTA DE RETORNO AO EMPREGO. RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA. PROTEÇÃO AO DIREITO DO NASCITURO. ART. 10, ALÍNEA -B-, DO ADCT. RECURSO NÃO PROVIDO . Esta

Corte tem entendido que a recusa, por parte da empregada, da oferta de retorno ao emprego, não importa em renúncia à estabilidade da gestante, prevista no art. 10, inciso II, alínea b, do ADCT, pois a garantia tem por finalidade principal a proteção ao direito do nascituro, do qual nem mesmo a gestante pode dispor. Recurso de Revista parcialmente conhecido e desprovido.

(TST - RR: 3085004920065090663 308500-49.2006.5.09.0663, Relator: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 08/06/2011, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/06/2011)

Pressuposto objetivo – súmula 244 do TST

De acordo com o art. 10, II, “b”, do ADCT, aplicando-se uma interpretação declarativa, o TST definiu como pressuposto objetivo para a aquisição do direito à estabilidade gestante a confirmação da gravidez durante o contrato de trabalho.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a trabalhadora faz jus ao direito supra ainda que, quando da rescisão contratual por iniciativa patronal, nem ela nem o empregador tinham conhecimento da gravidez, bastando que o requisito citado ocorra na vigência do vínculo empregatício. Nesse sentido é a jurisprudência do C. TST:

Súmula nº 244 do TST

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT).

Ainda vale citar recente decisão do TST:

RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE GESTANTE. DESCONHECIMENTO DA EMPREGADA DO SEU ESTADO GRAVÍDICO NO MOMENTO DA SUA DISPENSA. ARTS. 7º, XVIII, DA CF E 10, II, b, DO ADCT. REPERCUSSÃO GERAL PELO STF. NORMAS DE ORDEM PÚBLICA. PROTEÇÃO AO NASCITURO. INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA DEVIDA. Hipótese em que o Tribunal Regional reconhece que a garantia à estabilidade prevista no art. 10, II, b, do ADCT, só ocorre quando o conhecimento da gravidez pela Empregada, por meio de exame médico/laboratorial, ocorre antes de sua dispensa. O art. 10, II, b, do ADCT tem como objetivo garantir à empregada gestante, detentora de estabilidade, a sua reintegração ou a indenização substitutiva, ainda que a confirmação do estado gravídico tenha ocorrido após a sua dispensa, desde que a situação gestacional seja anterior. A estabilidade conferida à gestante pela Constituição Federal objetiva amparar o nascituro, a partir da preservação das condições econômicas mínimas necessárias à tutela de sua saúde e de seu bem-estar, configurando norma de ordem pública, da qual a trabalhadora sequer pode dispor. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST, Relator: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 20/05/2015, 7ª Turma)

Importante registrar que é devida a estabilidade gestante mesmo quando a confirmação da gravidez ocorre no período do aviso prévio, indenizado ou trabalhado, nos termos do já citado art. 391-A da CLT.

Aplicação

No tocante ao alcance subjetivo do direito da estabilidade gestante, fazem jus, além dos empregados urbanos, os rurais e domésticos.

Desde a lei 5859/72, já havia expressa previsão da estabilidade para as domésticas no art. 4ºA, incluído pela lei 11.324/2006. E hoje, tal direito está previsto no parágrafo único do art. 25 da LC 150/2015.

No que tange às empregadas rurais, apesar não haver norma expressa nesse sentido, doutrina e jurisprudência entendem que, considerando que a redação do art. 10 do ADCT é genérica e que o caput art. 7º da CF/88 iguala urbanos e rurais, a estabilidade gestante é também direito da empregada rural.

Contudo, conquanto a CLT e a legislação previdenciária estabeleçam, respectivamente, os direitos à licença-maternidade e o salário-maternidade à empregada ou empregado adotante, a estes não se aplica a estabilidade gestante, uma vez que o pressuposto desta é a confirmação da gravidez e o parto, enquanto que o empregado(a) adotante não há que se falar em gravidez nem em parto.

Apesar da falta de amparo legal para a concessão da estabilidade ao empregado adotante, tal postura está de acordo com a dignidade humana e com o princípio da proteção.

Ademais, conforme jurisprudência colacionada acima, a estabilidade é instituto que também visa proteger o nascituro. Da mesma maneira, deve-se proteger a criança ou adolescente adotado com base no princípio da proteção integral.

Por esses argumentos, entendo que a estabilidade deve ser estendida também aos casos de adoção. Vale ressaltar que esta questão será objeto de julgamento pelo TST conforme notícia abaixo.

Segunda, 13 de Julho de 2015 - 14:40

TST julga pedido de estabilidade de mulher que iniciou processo de adoção

O Tribunal Superior do Trabalho (TST) deve julgar nos próximos dias o caso de uma mulher que pretendia estabilidade no emprego por ter iniciado o processo de adoção de uma criança. A decisão pode servir de referência para outros processos, a partir do entendimento que, como no caso da mãe que dá à luz, a mãe adotante deve ter garantia de não ser dispensada do trabalho durante a licença-maternidade. A autora da ação, moradora do estado de São Paulo, perdeu o processo em primeira e segunda instâncias, de acordo com a coluna de Mônica Bergamo, na Folha. A mulher alega que, embora tenha comunicado "exaustivamente" sua chefia sobre a intenção de adotar um menino no Maranhão, foi demitida sem justa causa seis dias depois de iniciar o processo judicial de adoção. A decisão dos tribunais aponta para o entendimento de que a estabilidade é direito apenas se conquistada a guarda definitiva. (fonte: <http://www.bahianoticias.com.br/justica/noticia/51791-tst-julga-pedido-de-estabilidade-de-mulher-que-iniciou-processo-de-adoacao.html>)

Contrato por prazo determinado. Jurisprudência antiga do TST. E as outras 2 correntes

Com relação à empregada cuja gravidez teve início durante a vigência de um contrato por prazo determinado, há divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à aplicabilidade da estabilidade gestante.

Para a primeira vertente, os institutos são incompatíveis, de forma que a gravidez no decorrer do contrato por prazo certo não gera o efeito da estabilidade no emprego, tendo em vista que a obreira já tinha

ciência da data de terminação do contrato, não havendo que se falar em extinção contratual arbitrária, com espeque nos princípios da boa-fé objetiva e da segurança jurídica. O C. TST adotava este posicionamento, conforme jurisprudência transcrita abaixo e antiga redação da Súmula 244 que, no item III previa que “Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa.”

REMESSA DE OFÍCIO E RECURSO ORDINÁRIO. CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO. SUPERVENIÊNCIA DO TERMO FINAL. EXTINÇÃO DO CONTRATO. EMPREGADA GESTANTE. GARANTIA DE EMPREGO NÃO ASSEGURADA . O art. 10, II, b, do ADCT da Constituição de 1988 limita o poder potestativo do empregador, protegendo a empregada urbana e rural contra despedida sem justa causa ou arbitrária, desde a confirmação da gravidez até 05 (cinco) meses após o parto. Pretendeu tal norma assegurar tranquilidade à mãe que, nesse estado, encontra-se mais suscetível de alterações emocionais que poderão interferir negativamente na saúde e integridade física do feto, bem como garantir que ela possa ter condições de se manter, enquanto estiver cuidando do bebê nos seus primeiros meses de vida. Em que pese o teor social do acórdão rescindendo, o certo é que o julgador, ao interpretar e aplicar a lei, não poderá se distanciar do seu espírito, sob pena de proferir decisão eivada de ilegalidade. O dispositivo em comento, ao conferir a garantia provisória de emprego à gestante, dando efetividade aos princípios constitucionais da solidariedade e da função social da propriedade, dentre outros, impediu o empregador de, utilizando-se do seu livre arbítrio, tomar

a iniciativa de romper o contrato de trabalho, demitindo a empregada sem motivo definido em lei, justamente no período em que mais precisa do emprego. Encontra-se, entretanto, excluída de tal proteção a despedida que se dá por causa justa, considerada aquela em que o empregador não contribuiu para que ocorresse, como na hipótese em que a empregada comete alguma das faltas graves previstas na legislação ou quando foi, no prazo de teste (contrato de experiência), tida por inapta para o desempenho das funções contratadas (Súmula 244/TST). De igual modo, não se considera arbitrária, tampouco sem justa causa, a extinção natural do contrato firmado por prazo determinado, em razão da ocorrência do termo final ali previsto, eis que as partes, de antemão, ao formalizarem-no, já tinham plena ciência da sua duração. Na hipótese debatida, apesar da discussão que se travou, na Reclamação Trabalhista, acerca da duração do contrato de trabalho da então Reclamante com a União, restou decidido, ainda que por maioria do Colegiado, que ele foi firmado por tempo determinado, tendo se extinguido quando aconteceu o evento ali previsto, qual seja, a não-reeleição do senador que a havia indicado para a função de confiança. Ausentes as circunstâncias de que trata o inciso II do art. 10 do ADCT (arbitrariedade ou falta de justa causa), conclui-se que a decisão rescindenda, ao deferir à então Reclamante o pagamento de indenização substitutiva da garantia de emprego à gestante, violou a norma ali contida, sendo, portanto, passível de rescisão. Remessa Oficial e Recurso Ordinário providos

(TST - RXOF e ROAR: 366001720035100000 36600-17.2003.5.10.0000, Relator: José Simpliciano Fontes de F. Fernandes,

Data de Julgamento: 30/08/2005, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais,, Data de Publicação: DJ 30/09/2005.)

Em sentido oposto, há posição analítica, abraçada pelo E. STF e C. TST, que aduz que a estabilidade gestante deve ser observada tanto nos contratos por prazo indeterminado, quanto nos por prazo determinado, considerando que o legislador constituinte, no art. 10, II, “b”, do ADCT, não estabeleceu nenhuma restrição quanto a estas espécies de contrato, não cabendo ao intérprete fazê-lo, bem como encontra fundamento nos princípios da dignidade humana, proteção do nascituro e da família, da função social da empresa e na máxima efetividade da Constituição.

Primeiro foi o STF que entendeu nesse sentido. Após mudança de entendimento da Suprema Corte, o TST também mudou de entendimento, conforme decisão que se segue:

RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE DA GESTANTE. CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO. NORMATIZAÇÃO ESPECIAL E PRIVILEGIADA À MATERNIDADE CONTIDA NA CARTA DE 1988. ARTS. 10, II, B, DO ADCT, ARTS. 7º, XVIII E XXII, 194, 196, 197, 200, I, 227, CF/88. RESPEITO, FIXADO NA ORDEM CONSTITUCIONAL, À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, À PRÓPRIA VIDA AO NASCITURO E À CRIANÇA (ART. 1º, III, E 5º, CAPUT, DA CF).[...] A estabilidade provisória advinda da licença maternidade decorre da proteção constitucional às trabalhadoras em geral e, em particular, às gestantes e aos nascituros. A proteção à maternidade e à criança advém do respeito, fixado na ordem constitucional, à dignidade da pessoa humana e à própria vida (art. 1º, III, e 5º, caput, da CF). E, por se tratar de direito constitucional fundamental, deve ser interpretado de forma

a conferir-se, na prática, sua efetividade. Nesse sentido, entendo que não pode prevalecer o posicionamento adotado pelo TRT, que conferiu preponderância aos efeitos dos contratos a termo - especificamente em relação à garantia de emprego - em detrimento da estabilidade assegurada às gestantes, na forma do art. 10, II, b, do ADCT. **Nessa linha, está realmente superada a interpretação exposta no item III da Súmula 244 do TST. Inclusive o Supremo Tribunal Federal possui diversas decisões - que envolvem servidoras públicas admitidas por contrato temporário de trabalho -, em que expõe de forma clara o posicionamento de garantir à gestante o direito à licença-maternidade e à estabilidade, independentemente do regime jurídico de trabalho.** Sob esse enfoque, o STF prioriza as normas constitucionais de proteção à maternidade, lançando uma diretriz para interpretação das situações congêneres. Recurso de revista conhecido e provido. PROCESSO Nº TST-RR-21700-25.2009.5.01.0079. Data de Julgamento: 08/02/2012, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma. (grifo nosso).

Por fim, em 2012, o TST consolidou seu entendimento com alteração do item III da Súmula 244 que passou a ter a seguinte redação: “A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.”

Mesmo diante da existência de Súmula sobre o tema, vale ressaltar que existe, ainda, uma corrente intermediária, que sustenta que deve ser aplicado, por analogia, a regra do art. 1º, § 4º, da Lei 9601/98, de

forma que a empregada gestante faz jus à garantia no emprego, mas apenas durante a vigência do contrato por prazo determinado.

Esta vertente procura harmonizar, compatibilizar, por meio da técnica da ponderação e dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, os valores da dignidade humana, proteção ao nascituro e função social da empresa, de um lado, e, do outro, a segurança jurídica e boa-fé objetiva.

Em que pesem os argumentos em sentido contrário, entendemos que merece alento o posicionamento adotado pelo C. TST, uma vez que a norma constitucional que estabelece o direito à estabilidade gestante não comporta interpretação restritiva, mas sim uma exegese à luz da Constituição Federal, máxime o princípio da dignidade humana, a fim de abranger tanto os pactos por prazo indeterminado, quanto por prazo determinado, dotando as normas constitucionais de máxima efetividade.

Conclusão

A estabilidade no emprego é um instituto que restringe o direito potestativo do empregador de praticar a denúncia vazia do contrato, uma vez que consagra o direito do trabalhador de permanecer no emprego, independente da vontade do empregador.

No caso da estabilidade gestante, prevista no art. 10, II, “b”, do ADCT, tem por objetivo a proteção da empregada e do nascituro, com espeque nos princípios basilares da dignidade humana, valor social do trabalho, função social da empresa e proteção integral.

Com base nos princípios e objetivos que norteiam a estabilidade da gestante, bem como na interpretação literal do comando constitucional supra, essa hipótese de garantia de emprego não comporta mitigação, razão

pela qual se aplica às empregadas gestantes, ainda que contratadas por prazo determinado, nos moldes da jurisprudência consolidada do C. TST.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 14ª ed. São Paulo: LTr, 2015. pag. 1346 e 1352

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. pág. 753

MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2005

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2007

COMENTÁRIOS À DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DA ÁGUA: O ACESSO À ÁGUA COMO MATERIALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: Imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos. Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa

e ostentam subjetividade. Os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

Palavras-chaves: Direitos Humanos. Acesso à Água. Reconstrução dos Direitos.

Sumário: 1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica; 2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna; 3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade; 4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade; 5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade; 6 Comentários à Declaração Universal dos Direitos da Água: O acesso à Água como materialização dos Direitos Humanos.

1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica

Em sede de comentários inaugurais, ao se dispensar uma análise robusta sobre o tema colocado em debate, mister se faz evidenciar que a Ciência Jurídica, enquanto conjunto plural e multifacetado de arcabouço

doutrinário e técnico, assim como as pujantes ramificações que a integra, reclama uma interpretação alicerçada nos múltiplos peculiares característicos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste diapasão, trazendo a lume os aspectos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera a ótica de imutabilidade que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática. É verificável, desta sorte, que os valores adotados pela coletividade, tal como os proeminentes cenários apresentados com a evolução da sociedade, passam a figurar como elementos que influenciam a confecção e aplicação das normas.

Com escora em tais premissas, cuida hastear como pavilhão de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”*^[1]. Deste modo, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo fundamental está assentado em assegurar que inexista a difusão da prática da vingança privada, afastando, por

extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras, nas quais o homem valorizava os aspectos estruturantes da Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Afora isso, volvendo a análise do tema para o cenário pátrio, é possível evidenciar que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, primacialmente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*”^[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz justamente na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais.

Ainda nesta senda de exame, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, “*esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação*”^[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda de sustentáculos, infere-se que o ponto central da

corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis.

2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna

Ao ter como substrato de edificação as ponderações estruturadas, imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. *“A evolução histórica dos direitos inerentes à pessoa humana também é lenta e gradual. Não são reconhecidos ou construídos todos de uma vez, mas sim conforme a própria experiência da vida humana em sociedade”*[4], como bem observam Silveira e Piccirillo. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos.

Nesta perspectiva, ao se estruturar uma análise histórica sobre a construção dos direitos humanos, é possível fazer menção ao terceiro milênio antes de Cristo, no Egito e Mesopotâmia, nos quais eram

difundidos instrumentos que objetivavam a proteção individual em relação ao Estado. “*O Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes*”, como bem afiança Alexandre de Moraes[5]. Em mesmo sedimento, proclama Rúbia Zanotelli de Alvarenga, ao abordar o tema, que:

Na antiguidade, o Código de Hamurabi (na Babilônia) foi a primeira codificação a relatar os direitos comuns aos homens e a mencionar leis de proteção aos mais fracos. O rei Hamurabi (1792 a 1750 a.C.), há mais de 3.800 anos, ao mandar redigir o famoso Código de Hamurabi, já fazia constar alguns Direitos Humanos, tais como o direito à vida, à família, à honra, à dignidade, proteção especial aos órfãos e aos mais fracos. O Código de Hamurabi também limitava o poder por um monarca absoluto. Nas disposições finais do Código, fez constar que aos súditos era proporcionada moradia, justiça, habitação adequada, segurança contra os perturbadores, saúde e paz[6].

Ainda nesta toada, nas *polis* gregas, notadamente na cidade-Estado de Atenas, é verificável, também, a edificação e o reconhecimento de direitos basilares ao cidadão, dentre os quais sobressai a liberdade e igualdade dos homens. Deste modo, é observável o surgimento, na Grécia, da concepção de um direito natural, superior ao direito positivo, “*pela*

distinção entre lei particular sendo aquela que cada povo da a si mesmo e lei comum que consiste na possibilidade de distinguir entre o que é justo e o que é injusto pela própria natureza humana”[7], consoante evidenciam Siqueira e Piccirillo. Prima assinalar, doutra maneira, que os direitos reconhecidos não eram estendidos aos escravos e às mulheres, pois eram dotes destinados, exclusivamente, aos cidadãos homens[8], cuja acepção, na visão adotada, excluía aqueles. “É na Grécia antiga que surgem os primeiros resquícios do que passou a ser chamado Direito Natural, através da ideia de que os homens seriam possuidores de alguns direitos básicos à sua sobrevivência, estes direitos seriam invioláveis e fariam parte dos seres humanos a partir do momento que nascessem com vida”[9].

O período medieval, por sua vez, foi caracterizado pela maciça descentralização política, isto é, a coexistência de múltiplos centros de poder, influenciados pelo cristianismo e pelo modelo estrutural do feudalismo, motivado pela dificuldade de práticas atividade comercial. Subsiste, neste período, o esfacelamento do poder político e econômico. A sociedade, no medievo, estava dividida em três estamentos, quais sejam: o clero, cuja função primordial estava assentada na oração e pregação; os nobres, a quem incumbiam à proteção dos territórios; e, os servos, com a obrigação de trabalhar para o sustento de todos. “Durante a Idade Média, apesar da organização feudal e da rígida separação de classes, com a conseqüente relação de subordinação entre o suserano e os vassallos, diversos documentos jurídicos reconheciam a existência dos direitos humanos”[10], tendo como traço característico a limitação do poder estatal.

Neste período, é observável a difusão de documentos escritos reconhecendo direitos a determinados estamentos, mormente por meio de

forais ou cartas de franquia, tendo seus textos limitados à região em que vigiam. Dentre estes documentos, é possível mencionar a *Magna Charta Libertati* (Carta Magna), outorgada, na Inglaterra, por João Sem Terra, em 15 de junho de 1215, decorrente das pressões exercidas pelos barões em razão do aumento de exações fiscais para financiar a estruturação de campanhas bélicas, como bem explicita Comparato[11]. A Carta de João sem Terra acampou uma série de restrições ao poder do Estado, conferindo direitos e liberdades ao cidadão, como, por exemplo, restrições tributárias, proporcionalidade entre a pena e o delito[12], devido processo legal[13], acesso à Justiça[14], liberdade de locomoção[15] e livre entrada e saída do país[16].

Na Inglaterra, durante a Idade Moderna, outros documentos, com clara feição humanista, foram promulgados, dentre os quais é possível mencionar o *Petition of Right*, de 1628, que estabelecia limitações ao poder de instituir e cobrar tributos do Estado, tal como o julgamento pelos pares para a privação da liberdade e a proibição de detenções arbitrárias[17], reafirmando, deste modo, os princípios estruturadores do devido processo legal[18]. Com efeito, o diploma em comento foi confeccionado pelo Parlamento Inglês e buscava que o monarca reconhecesse o sucedâneo de direitos e liberdades insculpidos na Carta de João Sem Terra, os quais não eram, até então, respeitados. Cuida evidenciar, ainda, que o texto de 1.215 só passou a ser observado com o fortalecimento e afirmação das instituições parlamentares e judiciais, cenário no qual o absolutismo desmedido passa a ceder diante das imposições democráticas que floresciam.

Outro exemplo a ser citado, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, lei que criou o *habeas corpus*, determinando que um indivíduo que estivesse

preso poderia obter a liberdade através de um documento escrito que seria encaminhado ao lorde-chanceler ou ao juiz que lhe concederia a liberdade provisória, ficando o acusado, apenas, comprometido a apresentar-se em juízo quando solicitado. Prima pontuar que aludida norma foi considerada como axioma inspirador para maciça parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, como bem enfoca Comparato[19]. Enfim, diversos foram os documentos surgidos no velho continente que trouxeram o refulgir de novos dias, estabelecendo, aos poucos, os marcos de uma transição entre o autoritarismo e o absolutismo estatal para uma época de reconhecimento dos direitos humanos fundamentais[20].

As treze colônias inglesas, instaladas no recém-descoberto continente americano, em busca de liberdade religiosa, organizaram-se e desenvolveram-se social, econômica e politicamente. Neste cenário, foram elaborados diversos textos que objetivavam definir os direitos pertencentes aos colonos, dentre os quais é possível realçar a Declaração do Bom Povo da Virgínia, de 1776. O mencionado texto é farto em estabelecer direitos e liberdade, pois limitou o poder estatal, reafirmou o poderio do povo, como seu verdadeiro detentor[21], e trouxe certas particularidades como a liberdade de imprensa[22], por exemplo. Como bem destaca Comparato[23], a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia afirmava que os seres humanos são livres e independentes, possuindo direitos inatos, tais como a vida, a liberdade, a propriedade, a felicidade e a segurança, registrando o início do nascimento dos direitos humanos na história[24]. “Basicamente, a Declaração se preocupa com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes”[25], como bem anota José Afonso da Silva.

Diferente dos textos ingleses, que, até aquele momento preocupavam-se, essencialmente, em limitar o poder do soberano, proteger os indivíduos e exaltar a superioridade do Parlamento, esse documento, trouxe avanço e progresso marcante, pois estabeleceu a viés a ser alcançada naquele futuro, qual seja, a democracia. Em 1791, foi ratificada a Constituição dos Estados Unidos da América. Inicialmente, o documento não mencionava os direitos fundamentais, todavia, para que fosse aprovado, o texto necessitava da ratificação de, pelo menos, nove das treze colônias. Estas concordaram em abnegar de sua soberania, cedendo-a para formação da Federação, desde que constasse, no texto constitucional, a divisão e a limitação do poder e os direitos humanos fundamentais[26]. Assim, surgiram as primeiras dez emendas ao texto, acrescentando-se a ele os seguintes direitos fundamentais: igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção da inocência, da liberdade religiosa, da livre manifestação do pensamento[27].

3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade

No século XVIII, é verificável a instalação de um momento de crise no continente europeu, porquanto a classe burguesa que emergia, com grande poderio econômico, não participava da vida pública, pois inexistia, por parte dos governantes, a observância dos direitos fundamentais, até então construídos. Afora isso, apesar do esfacelamento do modelo feudal, permanecia o privilégio ao clero e à nobreza, ao passo que a camada mais pobre da sociedade era esmagada, porquanto, por meio da tributação, eram

obrigados a sustentar os privilégios das minorias que detinham o poder. Com efeito, a disparidade existente, aliado ao achatamento da nova classe que surgia, em especial no que concerne aos tributos cobrados, produzia uma robusta insatisfação na órbita política[28]. O mesmo ocorria com a população pobre, que, vinda das regiões rurais, passa a ser, nos centros urbanos, explorada em fábricas, morava em subúrbios sem higiene, era mal alimentada e, do pouco que lhe sobejava, tinha que tributar à Corte para que esta gastasse com seus supérfluos interesses. Essas duas subclasses uniram-se e fomentaram o sentimento de contenda contra os detentores do poder, protestos e aclamações públicas tomaram conta da França.

Em meados de 1789, em meio a um cenário caótico de insatisfação por parte das classes sociais exploradas, notadamente para manterem os interesses dos detentores do poder, implode a Revolução Francesa, que culminou com a queda da Bastilha e a tomada do poder pelos revoltosos, os quais estabeleceram, pouco tempo depois, a Assembleia Nacional Constituinte. Esta suprimiu os direitos das minorias, as imunidades estatais e proclamou a Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão que, ao contrário da Declaração do Bom Povo da Virgínia, que tinha um enfoque regionalista, voltado, exclusivamente aos interesses de seu povo, foi tida com abstrata[29] e, por isso, universalista. Ressalta-se que a Declaração Francesa possuía três características: intelectualismo, mundialismo e individualismo.

A primeira pressupunha que as garantias de direito dos homens e a entrega do poder nas mãos da população era obra e graça do intelecto humano; a segunda característica referia-se ao alcance dos direitos conquistados, pois, apenas, eles não salvaguardariam o povo francês, mas

se estenderiam a todos os povos. Por derradeiro, a terceira característica referia-se ao seu caráter, iminentemente individual, não se preocupando com direitos de natureza coletiva, tais como as liberdades associativas ou de reunião. No bojo da declaração, emergidos nos seus dezessete artigos, estão proclamados os corolários e cânones da liberdade[30], da igualdade, da propriedade, da legalidade e as demais garantias individuais. Ao lado disso, é denotável que o diploma em comento consagrou os princípios fundantes do direito penal, dentre os quais sobreleva destacar princípio da legalidade[31], da reserva legal[32] e anterioridade em matéria penal, da presunção de inocência[33], tal como liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento[34].

Os direitos de primeira dimensão compreendem os direitos de liberdade, tal como os direitos civis e políticos, estando acampados em sua rubrica os direitos à vida, liberdade, segurança, não discriminação racial, propriedade privada, privacidade e sigilo de comunicações, ao devido processo legal, ao asilo em decorrência de perseguições políticas, bem como as liberdades de culto, crença, consciência, opinião, expressão, associação e reunião pacíficas, locomoção, residência, participação política, diretamente ou por meio de eleições. *“Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade”*[35], aspecto este que passa a ser característico da dimensão em comento. Com realce, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, refletindo um ideário de afastamento daquele das relações individuais e sociais.

4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade

Com o advento da Revolução Industrial, é verificável no continente europeu, precipuamente, a instalação de um cenário pautado na exploração do proletariado. O contingente de trabalhadores não estava restrito apenas a adultos, mas sim alcançava até mesmo crianças, os quais eram expostos a condições degradantes, em fábricas sem nenhuma, ou quase nenhuma, higiene, mal iluminadas e úmidas. Salienta-se que, além dessa conjuntura, os trabalhadores eram submetidos a cargas horárias extenuantes, compensadas, unicamente, por um salário miserável. O Estado Liberal absteve-se de se imiscuir na economia e, com o beneplácito de sua omissão, assistiu a classe burguesa explorar e “coisificar” a massa trabalhadora, reduzindo seres humanos a meros objetos sujeitos a lei da oferta e procura. O Capitalismo selvagem, que operava, nessa essa época, enriqueceu uns poucos, mas subjugou a maioria[36]. A massa de trabalhadores e desempregados vivia em situação de robusta penúria, ao passo que os burgueses ostentavam desmedida opulência.

Na vereda rumo à conquista dos direitos fundamentais, econômicos e sociais, surgiram alguns textos de grande relevância, os quais combatiam a exploração desmedida propiciada pelo capitalismo. É possível citar, em um primeiro momento, como proeminente documento elaborado durante este período, a Declaração de Direitos da Constituição Francesa de 1848, que apresentou uma ampliação em termos de direitos humanos fundamentais. *“Além dos direitos humanos tradicionais, em seu art. 13 previa, como direitos dos cidadãos garantidos pela Constituição, a liberdade do trabalho e da indústria, a assistência aos*

desempregados”[37]. Posteriormente, em 1917, a Constituição Mexicana[38], refletindo os ideários decorrentes da consolidação dos direitos de segunda dimensão, em seu texto consagrou direitos individuais com maciça tendência social, a exemplo da limitação da carga horária diária do trabalho e disposições acerca dos contratos de trabalho, além de estabelecer a obrigatoriedade da educação primária básica, bem como gratuidade da educação prestada pelo Ente Estatal.

A Constituição Alemã de Weimar, datada de 1919, trouxe grandes avanços nos direitos socioeconômicos, pois previu a proteção do Estado ao trabalho, à liberdade de associação, melhores condições de trabalho e de vida e o sistema de seguridade social para a conservação da saúde, capacidade para o trabalho e para a proteção à maternidade. Além dos direitos sociais expressamente insculpidos, a Constituição de Weimar apresentou robusta moldura no que concerne à defesa dos direitos dos trabalhadores, primacialmente *“ao instituir que o Império procuraria obter uma regulamentação internacional da situação jurídica dos trabalhadores que assegurasse ao conjunto da classe operária da humanidade, um mínimo de direitos sociais”*[39], tal como estabelecer que os operários e empregados seriam chamados a colaborar com os patrões, na regulamentação dos salários e das condições de trabalho, bem como no desenvolvimento das forças produtivas.

No campo socialista, destaca-se a Constituição do Povo Trabalhador e Explorado[40], elaborada pela antiga União Soviética. Esse Diploma Legal possuía ideias revolucionárias e propagandistas, pois não enunciava, propriamente, direitos, mas princípios, tais como a abolição da propriedade privada, o confisco dos bancos, dentre outras. A Carta do

Trabalho, elaborada pelo Estado Fascista Italiano, em 1927, trouxe inúmeras inovações na relação laboral. Dentre as inovações introduzidas, é possível destacar a liberdade sindical, magistratura do trabalho, possibilidade de contratos coletivos de trabalho, maior proporcionalidade de retribuição financeira em relação ao trabalho, remuneração especial ao trabalho noturno, garantia do repouso semanal remunerado, previsão de férias após um ano de serviço ininterrupto, indenização em virtude de dispensa arbitrária ou sem justa causa, previsão de previdência, assistência, educação e instrução sociais[41].

Nota-se, assim, que, aos poucos, o Estado saiu da apatia e envolveu-se nas relações de natureza econômica, a fim de garantir a efetivação dos direitos fundamentais econômicos e sociais. Sendo assim, o Estado adota uma postura de Estado-social, ou seja, tem como fito primordial assegurar aos indivíduos que o integram as condições materiais tidas por seus defensores como imprescindíveis para que, desta feita, possam ter o pleno gozo dos direitos oriundos da primeira geração. E, portanto, desenvolvem uma tendência de exigir do Ente Estatal intervenções na órbita social, mediante critérios de justiça distributiva. Opondo-se diretamente a posição de Estado liberal, isto é, o ente estatal alheio à vida da sociedade e que, por consequência, não intervinha na sociedade. Incluem os direitos a segurança social, ao trabalho e proteção contra o desemprego, ao repouso e ao lazer, incluindo férias remuneradas, a um padrão de vida que assegure a saúde e o bem-estar individual e da família, à educação, à propriedade intelectual, bem como as liberdades de escolha profissional e de sindicalização.

Bonavides, ao tratar do tema, destaca que os direitos de segunda dimensão “*são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal*”[42]. Os direitos alcançados pela rubrica em comento florescem umbilicalmente atrelados ao corolário da igualdade. Como se percebe, a marcha dos direitos humanos fundamentais rumo às sendas da História é paulatina e constante. Ademais, a doutrina dos direitos fundamentais apresenta uma ampla capacidade de incorporar desafios. “*Sua primeira geração enfrentou problemas do arbítrio governamental, com as liberdades públicas, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os direitos econômicos e sociais*”[43], como bem evidencia Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade

Conforme fora visto no tópico anterior, os direitos humanos originaram-se ao longo da História e permanecem em constante evolução, haja vista o surgimento de novos interesses e carências da sociedade. Por esta razão, alguns doutrinadores, dentre eles Bobbio[44], os consideram direitos históricos, sendo divididos, tradicionalmente, em três gerações ou dimensões. A nomeada terceira dimensão encontra como fundamento o ideal da fraternidade (solidariedade) e tem como exemplos o direito ao meio ambiente equilibrado, à saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos, a proteção e defesa do consumidor, além de outros direitos considerados como difusos. “*Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a*

cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo”[45] ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Os direitos de terceira dimensão são considerados como difusos, porquanto não têm titular individual, sendo que o liame entre os seus vários titulares decorre de mera circunstância factual. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o robusto entendimento explicitado pelo Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais

indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[46].

Nesta feita, importa acrescentar que os direitos de terceira dimensão possuem caráter transindividual, o que os faz abranger a toda a coletividade, sem quaisquer restrições a grupos específicos. Neste sentido, pautaram-se Motta e Motta e Barchet, ao afirmarem, em suas ponderações, que “*os direitos de terceira geração possuem natureza essencialmente transindividual, porquanto não possuem destinatários especificados, como os de primeira e segunda geração, abrangendo a coletividade como um todo*”[47]. Desta feita, são direitos de titularidade difusa ou coletiva, alcançando destinatários indeterminados ou, ainda, de difícil determinação. Os direitos em comento estão vinculados a valores de fraternidade ou solidariedade, sendo traduzidos de um ideal intergeracional, que liga as gerações presentes às futuras, a partir da percepção de que a qualidade de vida destas depende sobremaneira do modo de vida daquelas.

Dos ensinamentos dos célebres doutrinadores, percebe-se que o caráter difuso de tais direitos permite a abrangência às gerações futuras, razão pela qual, a valorização destes é de extrema relevância. “*Têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta*”[48]. A respeito do assunto, Motta e Barchet[49] ensinam que os direitos de terceira dimensão surgiram como “soluções” à degradação das liberdades, à deterioração dos direitos fundamentais em virtude do uso prejudicial das modernas tecnologias e desigualdade socioeconômica vigente entre as diferentes nações.

6 Comentários à Declaração Universal dos Direitos da Água: O acesso à Água como materialização dos Direitos Humanos

Diante do cenário apresentado, em especial o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, salta aos olhos que o acesso à água potável, na contemporaneidade, reveste-se de aspecto fundamental para o ser humano, sendo, inclusive, dotado de proeminência para realização de aspectos inerentes à dignidade da pessoa humana. Salta aos olhos, desta maneira, que o tema reclama proteção jurídica expressa, em prol de cada pessoa, a fim de, em primeiro e último momento, promover a dignidade em seus plurais e diversificados sentidos. Trata-se, desta maneira, de alargar o rol dos direitos humanos e introduzir temática proeminente em seu rol, conferindo-lhe a proeminência necessária. É fato que a Constituição de 1988, apesar de reconhecidamente garantística, não contemplou o acesso à água potável como direito fundamental, apesar de documentos internacionais colocarem em destaque tal aspecto.

É patente que a escassez de água, o mau uso, a massificação da poluição e a má distribuição são aspectos que, cotidianamente, agravam, ainda mais, a problemática existente, desencadeando crises mundiais que acirram questões políticas e bélicas em regiões desprovidas de maior abastecimento, a exemplo de países africanos e do Oriente Médio. É possível, oportunamente, verificar que a escassez de água potável é um problema crucial que se agrava diariamente, em razão do esgotamento das fontes e do mau uso do recurso natural. Como bem anotam Fachin e Silva, *“tais circunstâncias da vida concreta têm a força suficiente para partejar novos direitos fundamentais, visto que estes vão nascendo gradativamente,*

no curso natural da História, mas como resultado de lutas travadas pelo esforço humano”[50].

O direito fundamental à água potável, enquanto integrante dos direitos humanos, significa o alargamento do rol dos direitos fundamentais, edificados com a evolução da humanidade. Esse direito fundamental, necessário à existência humana e a outras formas de vida, necessita de tratamento prioritário das instituições sociais e estatais, bem como por parte de cada pessoa humana. Ao compreender o tema em debate como direito fundamental, o acesso à água potável reclama o estabelecimento de mudanças comportamentais, tanto no que se refere ao papel desempenhado pelo Estado, quanto na atuação da sociedade. O Estado legislador fica comprometido a elaborar leis que priorizem a proteção e a promoção do direito fundamental, exigindo-se que sua atuação esteja vinculada à juridicidade desse direito, dispensando tutela jurídica ao tema. No que tange ao Estado administrador, este deve estabelecer políticas públicas, levando em consideração que se está diante de um direito fundamental. Já o Estado prestador de serviços jurisdicionais, ao apreciar os conflitos sociais levados à sua apreciação, deve decidir de modo a concretizar o direito fundamental.

A sociedade, por sua vez, também passa a reconhecer a maior importância do bem jurídico a ser protegido e preservado. As pessoas, em suas condutas na vida cotidiana, passam a distinguir este direito dos que, embora importantes, não são fundamentais. É perceptível das ponderações estruturadas que a edificação do direito ao acesso à água potável personifica, na contemporaneidade, os anseios florescidos em um cenário densamente caracterizado pela escassez de recurso natural

finito, conjugado com a distribuição distinta no globo e a degradação ambiental. No cenário nacional, o direito ao acesso à água potável ganha proeminência, desprendendo-se da rubrica contida no direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, configurado denominação própria que reclama tutela jurídica peculiar, sensível aos aspectos característicos da temática. De igual modo, é possível, diante da magnitude assumida pelo superprincípio da dignidade da pessoa humana, no cenário jurídico nacional, considerar que o direito em análise configura elemento mínimo existência do ser humano, sendo inimaginável conceber uma realidade sem que haja a presença e concretização do sobredito direito.

A Declaração Universal dos Direitos da Água foi proclamada tendo como objetivo atingir todos os indivíduos, todos os povos e todas as nações, para que todos os homens, tendo a Declaração constantemente no espírito, se esforcem, através da educação e do ensino, em desenvolver o respeito aos direitos e obrigações anunciados e assomam, com medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação efetiva. A água faz parte do patrimônio do planeta. Cada continente, cada povo, cada nação, cada região, cada cidade, cada cidadão é plenamente responsável aos olhos de todos. A água é a seiva do planeta. Ela é a condição essencial de vida de todo ser vegetal, animal ou humano. Sem ela não seria possível conceber como são a atmosfera, o clima, a vegetação, a cultura ou a agricultura. O direito à água é um dos direitos fundamentais do ser humano: o direito à vida, tal qual é estipulado do Art. 3º da Declaração dos Direitos do Homem.

Os recursos naturais de transformação da água em água potável são lentos, frágeis e muito limitados. Assim sendo, a água deve ser

manipulada com racionalidade, precaução e parcimônia. O equilíbrio e o futuro do nosso planeta dependem da preservação da água e de seus ciclos. Estes devem permanecer intactos e funcionando normalmente para garantir a continuidade da vida sobre a Terra. Este equilíbrio depende, em particular, da preservação dos mares e oceanos, por onde os ciclos começam. A água não é somente uma herança dos predecessores; ela é, sobretudo, um empréstimo aos sucessores. Sua proteção constitui uma necessidade vital, assim como uma obrigação moral do homem para com as gerações presentes e futuras. A água não é uma doação gratuita da natureza; ela tem um valor econômico: precisa-se saber que ela é, algumas vezes, rara e dispendiosa e que pode muito bem escassear em qualquer região do mundo.

A água não deve ser desperdiçada, nem poluída, nem envenenada. De maneira geral, sua utilização deve ser feita com consciência e discernimento para que não se chegue a uma situação de esgotamento ou de deterioração da qualidade das reservas atualmente disponíveis. A utilização da água implica no respeito à lei. Sua proteção constitui uma obrigação jurídica para todo homem ou grupo social que a utiliza. Esta questão não deve ser ignorada nem pelo homem nem pelo Estado. A gestão da água impõe um equilíbrio entre os imperativos de sua proteção e as necessidades de ordem econômica, sanitária e social. O planejamento da gestão da água deve levar em conta a solidariedade e o consenso em razão de sua distribuição desigual sobre a Terra.

Referências:

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho.** Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 03 jul. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 03 jul. 2015.

_____. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 03 jul. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 03 jul. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997.

CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus.** Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/34357>>. Acesso em 03 jul. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral.** 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino. **Direito fundamental de acesso à água potável: uma proposta de constitucionalização.** Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 03 jul. 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

LIMA NETO, Francisco Vieira. **Direitos Humanos de 4ª Geração**. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 03 jul. 2015.

MARQUESI, Roberto Wagner. Os Princípios do Contrato na Nova Ordem Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 513, 2 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5996>>. Acesso em 03 jul. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>>. Acesso em 03 jul. 2015.

SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 03 jul. 2015.

_____. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 03 jul. 2015.

_____. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 03 jul. 2015.

_____. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 03 jul. 2015.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 03 jul. 2015.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 03 jul. 2015.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso em 03 jul. 2015.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 03 jul. 2015.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 03 jul. 2015.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 03 jul. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 03 jul. 2015.

[5] MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 06.

[6] ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho.** Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 03 jul. 2015, p. 01.

[7] SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009. Acesso em 03 jul. 2015.

[8] MORAES, 2011, p. 06.

[9] CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus.** Disponível em: <<http://jusvi.com/peças/34357>>. Acesso em 03 jul. 2015.

[10] MORAES, 2011, p. 06.

[11] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p.71-72.

[12] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP).** Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 03 jul. 2015: “Um homem livre será punido por um pequeno crime apenas, conforme a sua medida; para um grande crime ele será punido conforme a sua magnitude, conservando a sua posição; um mercador igualmente conservando o seu comércio, e um vilão conservando a sua cultura, se obtiverem a nossa mercê; e nenhuma das referidas punições será imposta excepto pelo juramento de homens honestos do distrito”.

[13] *Ibid.* “Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país”.

[14] *Ibid.* “A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça”.

[15] *Ibid.* “Será permitido, de hoje em diante, a qualquer um sair do nosso reino, e a ele retornar, salvo e seguro, por terra e por mar, salvaguardando a fidelidade a nós devida, excepto por um curto espaço em tempo de guerra, para o bem comum do reino, e excepto aqueles aprisionados e declarados fora da lei segundo a lei do país e pessoas de países hostis a nós e mercadores, os quais devem ser tratados como acima dito”.

[16] *Ibid.* “Todos os mercadores terão liberdade e segurança para sair, entrar, permanecer e viajar através da Inglaterra, tanto por terra como por mar, para comprar e vender, livres de todos os direitos de pedágio iníquos, segundo as antigas e justas taxas, excepto em tempo de guerra, caso sejam do país que está lutando contra nós. E se tais forem encontrados no nosso país no início da guerra serão capturados sem prejuízo dos seus corpos e mercadorias, até que seja sabido por nós, ou pelo nosso chefe de justiça, como os mercadores do nosso país são tratados, se foram encontrados no país em guerra contra nós; e se os nossos estiverem a salvo lá, estes estarão a salvo no nosso país”.

[17] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 12.

[18] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 03 jul. 2015: “ninguém seja obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou *benevolence* e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seja chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de uma forma ou de outra molestado ou

inquietado, por causa destes tributos ou da recusa em os pagar; e que nenhum homem livre fique sob prisão ou detido por qualquer das formas acima indicadas”.

[19] COMPARATO, 2003, p. 89-90.

[20] MORAES, 2011, p. 08-09.

[21] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 03 jul. 2015: “Que todo poder é inerente ao povo e, conseqüentemente, dele procede; que os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis”.

[22] *Ibid.* “Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos”.

[23] COMPARATO, 2003, p. 49.

[24] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 03 jul. 2015: “Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança”.

[25] SILVA, 2004, p.155.

[26] *Ibid.*

[27] MORAES, 2003, p. 28.

[28] COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 146-150.

[29] SILVA, 2004, p. 157.

[30] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 03 jul. 2015: “Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão”.

[31] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 03 jul. 2015: “Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”.

[32] *Ibid.* “Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

[33] *Ibid.* “Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

[34] *Ibid.* “Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. Art. 11º. A livre comunicação das

ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”.

[35] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 563.

[36] COTRIM, 2010, p. 160.

[37] SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 8, n. 157, 10 dez. 2003](#). Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 03 jul. 2015.

[38] MORAES, 2011, p. 11.

[39] SANTOS, [2003](#), s.p.

[40] FERREIRA FILHO, 2004, p. 46-47.

[41] SANTOS, [2003](#), s.p.

[42] BONAVIDES, 2007, p. 564.

[43] FERREIRA FILHO, 2004, p. 47.

[44] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997, p. 03.

[45] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[46] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei N° 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente

- Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 03 jul. 2015.

[47] MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007, p. 152.

[48] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[49] MOTTA; BARCHET, 2007, p. 153. “[...] Duas são as origens básicas desses direitos: a degradação das liberdades ou a deterioração dos demais direitos fundamentais em virtude do uso nocivo das modernas tecnologias e o nível de desigualdade social e econômica existente entre as diferentes nações. A fim de superar tais realidades, que afetam a humanidade como um todo, impõe-se o reconhecimento de direitos que também tenham tal abrangência – a humanidade como um todo -, partindo-se da ideia de que não há como se solucionar problemas globais a não ser através de soluções também globais. Tais “soluções” são os direitos de terceira geração.[...]”

[50] FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino. **Direito fundamental de acesso à água potável:** uma proposta de constitucionalização. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 03 jul. 2015.