Fernando Frederico de Almeida Júnior
(coordenador)

DIREITOS FUNDAMENTAIS

Estudos interdisciplinares realizados em 2021 na Faculdade Galileu

Autores:

Alessandra Lucchesi de Oliveira
Amanda Raquel de Menezes
Antonio Capuzzi
Clarita Terra Rodrigues Serafim
Cláudia Maria Silva Cyrino
Eliara Bianospino Ferreira do Vale
Fabiana Frolini Marques Mangili
Fernando Frederico de Almeida Junior
Giovana Marin Querubim Rodrigues
Giovanni Silva D'Angelo Luque
Guilherme Aparecido da Rocha
Juliana Cristina Borcat Sveidic
Lucélia Cristina da Costa Carmo
Ludmilla Tidei de Lima
Marco Aurélio D'Angelo Luque
Maria Justina Dalla Bernardina Felippe
Mariana Polidoro da Silva
Rita de Cássia Barbuio
Samara Tavares A. das N. de Almeida Silva
Viviane Mattos Pascotto

Botucatu
2021

DIREITOS FUNDAMENTAIS

Estudos interdisciplinares realizados em 2021 na Faculdade Galileu

SUMÁRIO

Apresentação 00
(Mauro Afonso Rizzo)

1. Direito ao transporte 00
(Guilherme Aparecido Rocha)

2. Os cadastros de consumidores no Brasil e o direito à privacidade das pessoas LGBTI+ 00
(Fernando Frederico de Almeida Junior)

3. Autodeterminação da comunidade indígena 00
(Eliara Bianospino Ferreira do Vale)

4. O direito da pessoa com deficiência ao ensino superior 00
(Fabiana Frolini Marques Mangili)

5. Direitos humanos na Edcuação 00
(Alessandra Lucchesi de Oliveira)

6. Os princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988 como alicerce para a construção de uma cultura de proteção à mulher 00
(Juliana Cristina Borcat Sveidic)

7. A tutela ambiental laboral como um direito humano fundamental 00
(Antonio Capuzzi)

8. Direito do cidadão à vacinação contra COVID-19 00
(Maria Justina Dalla Bernardina Felippe e Cláudia Maria Silva Cyrino)

9. A essencialidade do advogado para a administração da justiça e a concretização das garantias e dos direitos fundamentais no processo 00
(Samara Tavares Agapto das Neves de Almeida Silva)

10. Judicialização do direito à saúde 00
(Clarita Terra Rodrigues Serafim e Viviane Mattos Pascotto)

11. O valor da igualdade 00
(Amanda Raquel de Menezes e Lucélia Cristina da Costa Carmo)

12. **Quem não se comunica, se trumbica: a sabedoria por trás do bordão do "Velho Guerreiro"** 00
(Marco Aurélio D'Angelo Luque e Giovanni Silva D'Angelo Luque)

13. **Direito ao espaço arquitetônico como um espaço educador e estimulador da criatividade nas escolas públicas de Bauru/SP** 00
(Ludmilla Tidei de Lima, Giovana Marin Querubim Rodrigues e Mariana Polidoro da Silva)

14. **Análise da aplicabilidade da Lei Maria da Penha no combate à violência contra as mulheres** 00
(Rita de Cássia Barbuio)

15. **Direito às criações intelectuais** 00
(Guilherme Aparecido Rocha)

16. **Integridade física e a cirurgia de redesignação social** 00
(Eliara Bianospino Ferreira do Vale)

17. **O respeito à diversidade no âmbito escolar e sua relação com as novas tecnologias** 00
(Amanda Raquel de Menezes)

APRESENTAÇÃO

Mauro Afonso Rizzo
Doutor em Educação Escolar pela UNESP
Mestre em Genética pela UNESP
Especialista em Didática no Ensino Superior pela Faculdade Sudoeste Paulista (FSP)
Licenciado em Matemática pelo Centro Universitário Nove de Julho
Graduado em Zootecnia pela UNESP
Diretor Geral da Faculdade Galileu

Escrever o texto...

1. DIREITO AO TRANSPORTE

Guilherme Aparecido da Rocha
Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR
Especialista em Direito Civil, Processual Civil e do Trabalho pela ITE-Bauru
Especialista em Direito Tributário pela PUC-MG
Procurador-Geral da Câmara Municipal de Jaú/SP
Professor das Faculdades Galileu (Botucatu/SP) e Gran Tietê (Barra Bonita/SP)

1 Introdução

À medida que o Brasil evolui a noção acerca da indispensabilidade de alguns direitos cresce e leva à alteração da Constituição da República. É nesse contexto que, em 2015, o rol dos direitos sociais (do artigo 6º da Constituição) foi maximizado e passou a albergar o direito ao transporte.

Antes um direito implícito, agora o direito ao transporte está expressamente previsto no texto constitucional, o que cria uma série de deveres à Administração Pública e gera, inevitavelmente, uma grande quantidade de dúvidas acerca do alcance da sua efetividade.

Esta pesquisa, destinada especificamente ao direito ao transporte, está organizada em três tópicos. O primeiro serve à análise da sua previsão constitucional e legal, oportunidade na qual também se aborda a competência dos entes federativos para legislar sobre a matéria.

O segundo tópico enfrenta questões atuais e polêmicas sobre o transporte coletivo. Agora considerado um direito social, ele deve ser universal e gratuito como a saúde? Como compatibilizar as dificuldades orçamentárias da Administração Pública com este novo direito constitucionalizado?

O terceiro tópico recai sobre o transporte individual. Especificamente, instiga-se o raciocínio sobre novas tecnologias de intermediação dessa espécie de transporte, que retiraram do táxi a hegemonia do setor. A análise recai sobre a compatibilidade do *Uber* e dos aplicativos de "carona" com o ordenamento jurídico nacional, à luz do direito constitucional ao transporte.

O método utilizado é o indutivo, vez que são utilizadas premissas parciais em relação à conclusão apresentada. A pesquisa utilizada é bibliográfica e jurisprudencial.

2 O transporte na Constituição da República e na Lei nº 12.587/12

A primeira análise a ser enfrentada na presente pesquisa recai sobre a consideração do transporte como um direito social. Se atualmente a mera interpretação literal do texto constitucional já permite extrair a conclusão de que a pessoa humana tem direito ao transporte, além de outros direitos sociais, no passado a realidade era distinta.

O texto original do artigo 6º da Constituição da República elencava como direitos sociais: *a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.*

Em 2000, por meio da Emenda Constitucional n.º 26, acresceu-se a moradia ao rol original. Já em 2010 a alimentação também foi inserida no rol dos direitos sociais, após a promulgação da Emenda Constitucional n.º 64. Foi apenas em 2015, fruto da Emenda Constitucional n.º 90, que o transporte passou a constar do rol constitucional dos direitos sociais.

Entre a promulgação do texto original e a inserção do transporte no rol dos direitos sociais (previsto no artigo 6º da Constituição) decorreu, portanto, um hiato de 27 anos. Foi esse o tempo necessário à mudança de entendimento acerca da consideração deste direito como integrante do conjunto de providências sociais que o Estado brasileiro deve prover à pessoa humana.

O transporte é essencial na sociedade moderna. Agora inserido no rol de direitos sociais da Constituição da República, resta o desafio de conferir-lhe eficácia substancial, bem como de compatibilizá-lo com outros direitos de natureza fundamental.

Calha ressaltar que o transporte, assim como os demais direitos sociais estão diretamente relacionados à Justiça Social (MELLO, 2011, p. 31). Nesse contexto, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que

> Há violação das normas constitucionais pertinentes à Justiça Social – e, portanto, *inconstitucionalidade* – quer quando o

> Estado age em descompasso com tais preceitos, quer quando, devendo agir para cumprir-lhes as finalidades, omite-se em fazê-lo. (2011, p. 55)

Os direitos sociais, como o transporte, não são apenas programas de governo. Antes, constituem verdadeiros direitos subjetivos que podem ser exigidos pelos cidadãos, haja vista a essência e a indispensabilidade (MELLO, 2011, p. 56).

Dada a amplitude do tema é necessário estabelecer um corte metodológico em relação às modalidades de transporte a serem exploradas na presente pesquisa. Por isso esta pesquisa recai apenas sobre transporte urbano, nas modalidades coletivo e individual. O último, notadamente para que se possa abordar a regularidade dos novos instrumentos tecnológicos de intermediação de transporte, como o *Uber* e os aplicativos de ”carona”.

Nesse contexto, é imperioso identificar quais são as modalidades de transporte urbano previstas pela legislação brasileira. Para isso é necessário analisar as disposições da Lei n.º 12.587/12, que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana.

Transporte urbano é o *conjunto dos modos e serviços de transporte público e privado utilizados para o deslocamento de pessoas e cargas nas cidades integrantes da Política Nacional de Mobilidade Urbana* (art. 4°, I, Lei n.° 12.587/12).

A Lei n.º 12.587/12 classifica o transporte urbano: quanto ao objeto, quanto à característica do serviço, e quanto à natureza do serviço.

Quanto ao objeto, o transporte urbano é classificado em transporte de passageiros e de cargas. Apenas o primeiro interessa ao objetivo desta pesquisa, o que é feito para viabilizar uma abordagem pormenorizada do tema.

Quanto à característica do serviço, o transporte urbano pode ser classificado em coletivo ou individual, que possuem características muito diferentes e aspectos regulatórios igualmente distintos.

Quanto à natureza do serviço, o transporte urbano pode ser público ou privado. Aliás, de se ressaltar nesse contexto e considerando a atualidade das novas tecnologias em relação aos meios de transporte, que pendem

divergências sobre o que pode ser considerado público, para fins de regulação.[1]

Além de classificar, a Lei n.º 12.587/12 também fornece algumas definições atinentes ao transporte urbano. Dentre eles, de se destacar a de transporte público coletivo, como o *serviço público de transporte de passageiros acessível a toda a população mediante pagamento individualizado, com itinerários e preços fixados pelo poder público* (art. 4°, VI, Lei n.° 12.587/12).

De se destacar, também, a definição de transporte público individual, previsto como o *serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público, por intermédio de veículos de aluguel, para a realização de viagens individualizadas* (art. 4°, VIII, Lei n.° 12.587/12). É nesse contexto que se insere, por exemplo, o táxi, considerado um serviço de utilidade pública delegado a particulares e sujeito à organização, disciplina e fiscalização pelo Poder Público Municipal.

Outro aspecto relevante em relação aos transportes atine à competência legislativa, tema que se enfrenta para que se possa responder à seguinte indagação: quem pode legislar sobre transportes no Brasil?

A outorga de competências legislativas é atividade típica do constituinte. Em matéria de transportes, a Constituição da República apresenta três dispositivos que demandam análise. O primeiro deles está previsto no rol de competências materiais privativas da União (art. 21) e os outros dois no rol de competências legislativas, também privativas da União.

Numa análise perfunctória, pode parecer descontextualizado ao objetivo proposto neste tópico centrar atenção ao artigo 21 da Constituição da República, que disciplina competências administrativas, e não legislativas. Mas

---

[1] No Município de São Paulo, a justificativa do Projeto de Lei n.º 349/2014, que teve como objetivo proibir a utilização do aplicativo *Uber*, foi a seguinte: “no que tange ao uso de aplicativos para a oferta de transporte remunerado em carros particulares, ressaltamos que essa é uma atividade privativa dos profissionais taxistas [...], conforme Lei Federal N° 12.468, de 26/agosto/2011 que regulamenta a profissão. Outra Lei Federal, 12.587/2012, que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana; determina no artigo 12 do Capítulo II, que "os serviços de **utilidade pública** de transporte individual de passageiros deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, conforto, higiene, qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas".” (sem grifo no original). No mesmo sentido é a justificativa do Projeto de Lei n.º 145/15 da Câmara Municipal de Porto Alegre, que salienta que o “transporte individual remunerado de passageiros [...] é uma atividade privativa dos profissionais taxistas”.

basta analisar acuradamente o dispositivo para constar que ele revela, além de atribuições que demandam ações, outras que impõem competências à criação de diretrizes:

> Art. 21. Compete à União:
> [...]
> XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos.

Nesse contexto, de se ressaltar que a criação de diretrizes pressupõe, necessariamente, a atividade legislativa. A instituição de diretrizes para os transportes urbanos já foi posta em prática pela União por meio da Lei n.º 12.587, de 3 de janeiro de 2012.

Além do dispositivo em referência, que revela inegável contribuição ao objeto deste trabalho, outros dois também são indispensáveis, ambos constantes do artigo 22 da Constituição da República:

> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
> [...]
> IX - diretrizes da política nacional de transportes;
> [...]
> XI - trânsito e transporte.

É necessário analisar o conteúdo dos incisos IX e XI separadamente, para que se possa identificar a relevância de cada um à regulação do transporte (público e privado) de passageiros.

O primeiro (inciso IX) é conexo ao inciso XX do art. 21, à medida que ambos versam sobre competência à instituição de diretrizes – o primeiro atine aos transportes urbanos de modo geral, e o último à política nacional de transportes.

Já o inciso XI do art. 22 outorga competência privativa à União para legislar sobre trânsito e transporte.

O sentido que o Supremo Tribunal Federal tem atribuído aos termos trânsito e transporte é amplo[2]. Poucos são os assuntos que escapam a esta amplitude, o que restringe, por conseguinte, a possibilidade legislativa dos demais entes federativos (MENDONÇA, 1990, p. 11).

---

[2] Consoante explicitamente afirmado por ocasião do julgamento da ADI n.º 903/MG (Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 22-5-2013, Plenário, DJE de 7-2-2014).

A Suprema Corte Constitucional brasileira já julgou inconstitucionais leis estaduais e distritais que pretenderam dispor sobre: a obrigatoriedade do uso de cinto de segurança[3]; a cominação de penalidades a motoristas flagrados em estado de embriaguez na condução de veículo automotor[4]; a instalação de aparelhos de controle de velocidade[5]; a obrigatoriedade de instalação de dispositivos redutores de estresse e cansaço físico[6]; o sistema de transporte remunerado de passageiros com uso de motocicletas[7]; a instalação de películas de filme solar nos vidros dos veículos[8]; o transporte de trabalhadores[9]; entre outros.

Em sendo assunto de competência privativa da União – o que enseja a incidência do princípio da indelegabilidade (NERY JUNIOR; NERY, 2009, p. 328), somente compete aos Estados legislar sobre transporte caso recebam autorização pontual da União, nos termos do parágrafo único do art. 22 da Constituição República. Ausente lei complementar autorizativa, será inconstitucional qualquer regulamentação de transporte realizada pelos Estados e, por consequência lógica, também pelos Municípios, exceto quando estes legislarem sobre a organização e a prestação dos serviços de transporte coletivo, nos termos do art. 30, V, da Constituição.

Estabelecidas as nuances gerais sobre o transporte, tanto em âmbito constitucional como legal, mostra-se necessário avançar para a análise das duas grandes espécies de transporte: o coletivo e o individual, para que se possa compreender a relevância de ambos para a efetivação do mais novo direito social incluído no artigo 6º da Constituição da República.

3 O transporte coletivo

---

[3] Vide ADI 2.960, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 11-4-2013, Plenário, DJE de 9-5-2013; e ADI 874, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-2-2011, Plenário, DJE de 28-2-2011.
[4] Vide ADI 3.269, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 1º-8-2011, Plenário, DJE de 22-9-2011; e ADI 2.796, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 16-11-2005, Plenário, DJ de 16-12-2005.
[5] Vide ADI 3.897, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 4-3-2009, Plenário, DJE de 24-4-2009.
[6] Vide ADI 3.671-MC, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 28-8-2008, Plenário, DJE de 28-11-2008.
[7] Vide ADI 3.135, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 1º-8-2006, Plenário, DJ de 8-9-2006. No mesmo sentido: ADI 3.136, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 1º-8-2006, Plenário, DJ de 10-11-2006; ADI 3.679, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 18-6-2007, Plenário, DJ de 3-8-2007; e ADI 3.610, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 1º-8-2011, Plenário, DJE de 22-9-2011.
[8] Vide ADI 1.704, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 1º-8-2002, Plenário, DJ de 20-9-2002.
[9] Vide ADI 403, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 1-7-2002, Plenário, DJ de 27-9-2002.

O transporte coletivo pode ser público ou privado. O primeiro está disponível a toda população e têm itinerários e preços estipulados pela Administração Pública. Já o segundo, que não tem a disponibilidade geral do primeiro, é utilizado à realização de viagens contratadas a partir de demandas específicas.

Diante do caráter da presente pesquisa, somente o transporte coletivo público será analisado, notadamente em razão da sua ligação direta com as normas constitucionais atinentes à Justiça Social.

O transporte coletivo pode ser viabilizado por diferentes instrumentos. No Brasil, os mais comuns são os ônibus, os metrôs e os trens. Eles viabilizam o deslocamento dos cidadãos para que estes possam desfrutar de vários direitos fundamentais, como saúde, educação, trabalho, entre outros. Por isso também se considera o transporte como integrante do rol de direitos que servem para assegurar o mínimo existencial à pessoa humana (SARLET, 2015).

Acerca do transporte como um direito que serve ao desfrute de outros, Cidade e Leão Júnior afirmam:

> Na visão material, o direito ao transporte se trata de direito que garante acesso aos demais direitos sociais (logo, direito meio) e se presta a assegurar o status jurídico material do cidadão, tornando acertada a inserção no rol do artigo 6º da Constituição Federal, até por ser considerado como cláusula pétrea em extensão do disposto no § 4º do artigo 60, do mesmo dispositivo legal. (CIDADE; LEÃO JÚNIOR, 2016, p. 199)

O transporte coletivo é o mais utilizado pelos cidadãos, especialmente por ser o mais barato. A utilização do ônibus, do metrô ou do trem é maior do que a utilização do táxi pelo fato da tarifa dos primeiros ser menor do que a do último. É por isso que a maior atenção da Administração Pública deve recair sobre o transporte coletivo.

Nesse contexto, de se indagar: a inserção do transporte como direito social (no artigo 6º da Constituição) cria a obrigação de gratuidade à Administração Pública? A resposta positiva implica um comprometimento orçamentário inimaginável, à medida que o custo a ser suportado pelo erário seria enorme. Já a resposta negativa poderia indicar que não há mudança de realidade em decorrência da inserção desse direito no rol dos direitos

constitucionais sociais, afinal a existência do transporte coletivo remunerado seria mantida como está.

Na discussão sobre a gratuidade do transporte, Ingo Wolfgang Sarlet escreve:

> De particular relevo nesse contexto é a discussão em torno da viabilidade de se assegurar, de modo individual e/ou transindividual, ao cidadão um direito subjetivo originário ao transporte gratuito, mesmo sem regulamentação legal ou política pública promovida pelo Poder Executivo, ou apenas limitar tal direito, na condição de posição subjetiva e exigível pela via jurisdicional, a um direito derivado a prestações, no sentido de um direito de igual acesso ao sistema de transporte já disponibilizado ou mesmo um direito a promoção pelo poder público de políticas de inclusão em matéria de transporte público, seja mediante subsídios alcançados a empresas particulares concessionárias, seja por meio de empresas públicas de transporte coletivo, em ambos os casos com tarifas diferenciadas e mesmo em caráter gratuito para determinados segmentos, a exemplo do que já se passa em sede do assim chamado “passe-livre” para idosos e pessoas com deficiência etc. (2015)

Diferente da saúde, que tem a universalidade como traço indissociável (previsto 196 da Constituição da República), o transporte não foi marcado com este elemento característico. Portanto, o elemento de gratuidade a todos não goza de previsão constitucional explícita. Não obstante, pode-se sustentar a sua necessidade ao amparo de outros direitos haja vista que, como mencionado, o transporte é o caminho à obtenção de vários direitos fundamentais. Pode-se argumentar, por exemplo, que de nada adianta a universalidade da saúde sem o meio de alcançar os seus locais de prestação.

Não é possível concordar, no entanto, com a tese da gratuidade completa do transporte coletivo. Ao menos nesse momento da história brasileira. Se até mesmo no âmbito da saúde se discute sobre uma necessária reforma, de modo a manter a gratuidade aos necessitados, mas eliminá-la aos detentores de maior poder econômico, o caminho a ser trilhado em relação ao transporte não pode ser o oposto.

A inviabilidade do transporte coletivo gratuito também é identificada por Ingo Wolfgang Sarlet:

> Se atentarmos ao fato de que saúde e educação ao menos foram dotados, já do ponto de vista constitucional, de um

> percentual mínimo de investimento público, o restante da receita (ainda que as fontes e montantes sejam variáveis caso a caso) há de ser distribuída entre todos os demais direitos sociais, o que inevitavelmente poderá tensionar ainda mais os conflitos que se estabelecem nessa seara, mormente se o direito ao transporte for divulgado como sendo direito de todos a transporte público gratuito em todos os meios de transporte, arcando o Estado integralmente com os encargos que à evidência não tem logrado atender. (2015)

Mas não poderia o ônus do transporte ser simplesmente imposto às empresas concessionárias de serviços públicos? No Estado de Direito, não. Nesse sentido também é o posicionamento de Sarlet:

> Por outro lado, impor aos particulares tal ônus sem contrapartida que assegure a manutenção da empresa, a aquisição e manutenção dos meios de transporte, pagamento de pessoal, demais despesas incidentes, igualmente não se revela solução compatível com o ordenamento constitucional e de qualquer sorte resultaria no abandono completo dessa via negocial, com graves consequências para a acessibilidade diuturna dos cidadãos. (2015)

Assunto que ganha relevo com a inserção do transporte no rol dos direitos sociais é a estipulação de grupos que sejam aptos ao gozo da gratuidade, em detrimento de outros. Critérios específicos, como a (baixa) renda, por exemplo, podem ser utilizados como balizas ao deferimento de benefícios como o passe-livre.

Para a adaptação da nova realidade é necessário um complexo processo, desenvolvido no âmbito dos três Poderes da República. Ao Legislativo compete a edição de normas praticáveis, isto é, compatíveis com o sistema normativo e com a realidade orçamentária. Ao Executivo compete a execução de licitações para concessão de serviços adaptada à nova realidade de Justiça Social, bem como a alteração dos contratos vigentes. Ao Judiciário, por fim, cabe ponderar sobre os elementos legais e orçamentários, atento à realidade para evitar o abuso de direito e outros desvios que podem comprometer o funcionamento do Estado.

Especificamente em relação à possibilidade de determinar a execução de direitos sociais, veja-se a ponderação no âmbito do Supremo Tribunal Federal:

> É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.
> Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.
> Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (BRASIL, 2004)

Em qualquer caso, o que se deve evitar é o abuso. De um lado, não é possível impor um transporte gratuito se o Estado não possui meios de provê-lo. De outro, se o Estado manipula a legislação orçamentária para forçar a impossibilidade, também deve sofrer as consequências devidas, que passam do âmbito administrativo ao civil, sem prejuízo, ainda, de possível reprimenda penal ao gestor.

Postas tais questões, outras surgem em decorrência da novidade constitucional, como as que são levantadas por Cidade e Leão Júnior:

> O particular (individualmente ou coletivamente) pode exigir a implementação de uma linha de transporte convencional em seu bairro? Cabível requerer a implementação de um sistema viário de transporte público em um município em que o serviço não é contemplado? Em caso de não preenchimento dos requisitos de acessibilidade normativamente dispostos, possível a responsabilização civil do órgão estatal? Em caso de ausência de interessados de exploração de transporte público local, fica o município obrigado a subsidiá-lo? Considerando o §1º, do artigo 3º do Decreto n. 5.934/06, e §1º, do artigo 13 do Decreto n. 8.537/15, que possuem a mesma reação 7 , e consideram “transporte convencional” aqueles realizados pelos serviços rodoviários, ferroviário e marítimo, em caso justificado e de premência necessidade não seria justo a realização de

> sua interpretação analógica para o sistema aéreo com o objetivo de dar efetividade à norma constitucional? Possível a intervenção judicial para a revisão da política tarifária? E quem vai pagar a conta? (2016, p. 209)

A pesquisa jurídica é fundamental ao enfrentamento dessas novas questões, que agora devem ser analisadas a partir do prisma constitucional, sempre com a necessária razoabilidade.

Feitas algumas ponderações sobre o transporte coletivo, necessário abordar o transporte individual, que também está abrangido pelo manto constitucional. Especificamente, pretende-se analisar como as novas tecnologias estão a contribuir com a evolução dos meios de transporte individual.

4 O transporte individual

Ao instituir o transporte como direito social, a Constituição da República abrangeu o coletivo e o individual. Embora o primeiro tenha relevância especial, pois como se mencionou, ele tem valores módicos em relação ao transporte individual, o que viabiliza que ele alcance a maior parte da sociedade, o transporte individual também se insere no conjunto de elementos que devem ser tutelados pelo ordenamento jurídico para viabilizar a eficácia material do novo direito social explicitado na Constituição.

O táxi é o meio de transporte individual mais difundido e, por muito tempo reinou unânime. Depois dos serviços de táxi por motocicletas, agora são as novas tecnologias que afetam a mencionada hegemonia. Há muita polêmica em torno da legitimidade dos meios alternativos de transporte individual, como os viabilizados por meio de aplicativos que servem à intermediação de viagens entre particulares, seja mediante remuneração direta (como o *Uber*, por exemplo) ou mediante divisão de custos (como os aplicativos de “carona”).

Diante da relevância e atualidade das novas tecnologias e da sua compatibilidade com o ordenamento jurídico, este tópico recai sobre a análise desses serviços, à luz do direito constitucional ao transporte.

O avanço nas formas de comunicação entre as pessoas viabiliza a modernização de formas antigas de transporte, como o táxi e a popular carona, mas também viabiliza a criação de maneiras inovadoras de transporte, como a

proporcionada pelo *Uber*, que gerou (e ainda gera) conflitos em vários locais do Brasil, especialmente em âmbito municipal (BBC BRASIL, 2015).

A imprensa noticiou inúmeros casos de Municípios brasileiros que aprovaram leis proibitivas de aplicativos tendentes a intermediar contratos privados de transporte, como o *Uber*. Algumas chegaram ao extremo de sustentar a proibição de meras "caronas", ou seja, do transporte gratuito entre pessoas que desejam realizar um deslocamento comum (OLHAR DIGITAL, 2014).

Conforme mencionado no primeiro tópico desta pesquisa, o transporte é matéria cuja competência legislativa é privativa da União. Trata-se, então, de tema indelegável, possível de ser legislado pelos Estados somente em casos pontuais e desde que prévia e expressamente autorizados pela União. Por conseguinte e como regra, é nula a regulamentação de assuntos de transporte pelos Estados e pelos Municípios.

Nesse contexto é relevante diferenciar a competência para regular assuntos relacionados ao transporte – prevista pelo inc. XI do art. 22 da CRFB/88, com a limitada competência municipal conferida pela Lei n.º 12.587/12, que prevê:

> Art. 12. Os serviços de utilidade pública de transporte individual de passageiros deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas.

A competência municipal atribuída aos Municípios pelo dispositivo em comento está mais relacionada aos aspectos locais e tributários da prestação de serviços de transporte (*v.g.* ao imposto sobre a prestação de serviços de qualquer natureza e taxa de fiscalização), do que propriamente à possibilidade de regulação de assunto relacionado ao transporte.

O artigo 12 da Lei n.º 12.587/12 confere aos Municípios a competência para organizar, disciplinar e fiscalizar os serviços de utilidade pública de transporte individual de passageiros. No entanto, o próprio dispositivo em referência prevê competências relacionadas aos serviços de "utilidade pública", que são os delegados pelo Poder Público, contexto no qual não se inclui o

transporte privado de passageiros, que independe de delegação e resulta da autonomia característica de um sistema de economia de mercado.

É por isso que a competência legislativa municipal em relação aos táxis é limitada. O art. 12 da Lei n.º 12.587/12 não comporta interpretação extensiva, especialmente a que se faça em divórcio das competências constitucionalmente outorgadas.

Não obstante é grande a quantidade de Municípios brasileiros que têm legislado sobre o tema para proibir toda e qualquer forma de "carona remunerada" (PARAÍBA JÁ, 2015), prática que tem culminado na limitação de um contrato previsto pelo Código Civil, que é o de transporte privado, o que macula referidas proposições com vícios de inconstitucionalidade e ilegalidade.

Outra fonte normativa utilizada para fundamentar a vedação de aplicativos que servem à intermediação de contratos privados de transporte é a Lei n.º 12.468, de 26 de agosto de 2011. Esta lei, no entanto, serve apenas à regulamentação da profissão de taxista e não é extensível aos profissionais que não se enquadram na mesma definição.

O dispositivo utilizado para fundamentar a suposta ilicitude de aplicativos como o *Uber* é o artigo 2º do mencionado diploma legal, que prevê:

> Art. 2º É atividade privativa dos profissionais taxistas a utilização de veículo automotor, próprio ou de terceiros, para o transporte **público** individual remunerado de passageiros, cuja capacidade será de, no máximo, 7 (sete) passageiros. (grifo nosso)

A inaplicabilidade do dispositivo em referência às formas privadas de contratação de serviços de transporte é inequívoca, pois escapam ao objeto normativo de que cuida a Lei n.º 12.468/11, sendo inaplicável qualquer forma de interpretação que pretenda estendê-la a outras formas de contratação.

Salientando a diferença entre o serviço público e o privado de transporte individual de passageiros, o juiz Bruno V. da Rós Bodart, da 1ª Vara da Fazenda Pública da cidade do Rio de Janeiro esclarece:

> Nem se diga que a vedação da atividade econômica de transporte privado individual de passageiros seria justificada como forma de resguardar os interesses daqueles que se dedicam à modalidade pública dessa atividade. É possível a convivência harmônica entre esses profissionais, dada a clara distinção entre os serviços prestados por eles.

O contrato de transporte de pessoas celebrado entre particulares é regido pelo Código Civil, de modo que qualquer forma de regulamentação deve ser objeto de lei de caráter nacional, haja vista a competência constitucional do inciso XI do artigo 22 da Constituição da República, devidamente explorada neste tópico. Além disso, toda regulamentação não deve evitar o processo evolutivo, que é natural em todas as sociedades, mas apenas estabelecer os procedimentos admitidos para que as mudanças ocorram (ARAGÃO, 2006, p. 40).

Abordada a competência legislativa em matéria de transportes, mostra-se necessário identificar as características que guarnecem os aplicativos que servem à intermediação dos contratos de transporte.

4.1 Aplicativos para intermediação do transporte individual de passageiros e respectivas definições

Este subtópico da pesquisa tem como núcleo a regulação do transporte individual de passageiros a partir do surgimento de novas tecnologias. Para desenvolvê-la foram selecionados três modernos aplicativos que se tornaram muito populares no Brasil: o *99 Táxis*, o *Beep Me* e o principal deles: o *Uber*.

Por meio do *99 Táxis* uma pessoa interessada em contratar a prestação de um serviço de táxi insere a informação no aplicativo, que se torna imediatamente disponível aos taxistas cadastrados e viabiliza o deslocamento de um deles para atender ao pedido do cliente.

O *Uber* também permite que uma pessoa interessada em contratar a prestação de um serviço de transporte individual de passageiro contrate um motorista para levá-la, com alguns diferenciais (que não interessam ao objeto do presente trabalho) em relação ao serviço de táxi.

Já o *Beep Me* é um aplicativo de “carona”. Alguém que possui um veículo e pretende se deslocar do ponto “A” ao ponto “B” cadastra essa informação no *software*, o que permite que outras pessoas que pretendem realizar o mesmo deslocamento contatem o motorista para que possam ir juntas.

A definição é necessária porque é a “expressão da própria da substância” (BITTAR, 2003, p. 925) do objeto. É a apresentação, no enunciado

do objeto a ser definido, das partes que formam essa substância (BITTAR, 2003, p. 925).

Ademais, a definição dos aplicativos em referência mostra-se uma medida útil à aferição das reais intenções que respaldam a criação de normas proibitivas de *softwares* de intermediação de contratos de transporte individual. Com base nesse objetivo é que foram delimitados os pontos de observação a serem utilizados.

Ao buscar as partes que formam a substância de aplicativos que tem o transporte de pessoas como núcleos foram considerados três fatores: a) a natureza do objeto que se presta à intermediação das pessoas; b) a natureza do serviço intermediado; c) a finalidade da intermediação.

A natureza do objeto que se presta à intermediação de pessoas mostra uma identidade entre todos os aplicativos selecionados nesta pesquisa. Ambos são *softwares*, ou seja, programas de informática desenvolvidos com a finalidade de viabilizar o transporte de pessoas.

Já a natureza do serviço intermediado demanda análise individualizada dos aplicativos em estudo. O *99 Táxis* e o *Uber* são *softwares* utilizados para interligação entre consumidores e fornecedores de serviços. Os dois proporcionam a instauração de relações de consumo, regidas pelo Código de Defesa do Consumidor. O *99 Táxis* se presta a instaurar uma relação de consumo que tem como núcleo o transporte individual de passageiros mediante atividade amplamente regulamentada no Brasil. Já o *Uber* serve à instauração de relações de consumo que tem como objeto o transporte individual de passageiros sem regulamentação, ressalvada a previsão da espécie contratual pelo Código Civil. O *Beep Me*, por fim, não se presta à instauração de uma relação de consumo entre os seus usuários, porque visa intermediar caronas, ou seja, tornar público os deslocamentos que uma pessoa faz, para que outras interessadas no mesmo trajeto possam contatá-la a fim de se deslocarem juntas. As relações instauradas entre as pessoas que utilizam o *Beep Me*, portanto, são de natureza civil – embora não sujeitas as regras do contrato de transporte, por força de expressa disposição do art. 736 do Código Civil - quem oferece a carona pode ser responsabilizado nos casos de dolo ou culpa grave (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 22) – e não consumerista.

E além de cogitar sobre as relações onerosas instauradas entre motoristas e passageiros, é pertinente recordar que os proprietários dos *softwares 99 Táxis* e *Uber* também auferem lucros com a ferramenta que disponibilizam a ambas as partes da relação de consumo – motoristas e clientes. Nesse caso é simples constatar a relação civil existente entre proprietários dos *softwares* e os motoristas, que não utilizam os aplicativos como destinatários finais, diferente da relação entre os primeiros e os passageiros, que pode ser considerada, assim como a relação entre estes e os motoristas, como relação de consumo.

No que tange à finalidade da intermediação realizada por cada aplicativo analisado, também é possível encontrar diferenças. O *99 Táxis* e o *Uber* servem a uma finalidade egoística: a obtenção de lucro pelos motoristas, independente da regulamentação da atividade. A relação em ambos os casos é onerosa, pois há uma prestação de serviço contratada e gozada pelo consumidor, que a remunera ao motorista.

O *Beep Me*, de modo diverso, possui finalidade altruística, pois visa essencialmente à preservação do meio ambiente. O objetivo do aplicativo é reduzir a quantidade de veículos que trafegam pelas cidades brasileiras, proporcionando que pessoas que tenham o mesmo trajeto a percorrer possam compartilhá-lo mediante o uso de veículos comuns. Essa prática contribui à melhoria mobilidade urbana e viabiliza que as cidades brasileiras cumpram suas funções (MARRARA, 2015, p. 122).

A partir dos dados coletados, é possível definir o *99 Táxis* como um *software* que tem como objetivo intermediar relações de consumo de um serviço regulamentado: o transporte (público) individual de passageiros realizados por meio do táxi.

O *Uber* pode ser definido como um *software* que tem como objetivo intermediar relações de consumo de um serviço não regulamentado: o transporte (privado) individual de passageiros.

O *Beep Me*, por sua vez, é um *software* que objetiva intermediar relações civis entre pessoas que pretendem realizar deslocamentos comuns, com finalidade altruística.

Embora a finalidade dos aplicativos analisados mostre-se hábil a diferenciá-los, não revela aptidão a fundamentar a incompatibilidade de nenhum deles com o ordenamento jurídico nacional. O *Beep Me*, diferente do *99 Táxis* e do *Uber*, é um *software* que não visa a intermediação de uma relação de consumo. Por isso, aliás, não é remunerado, diferente dos demais. O que o *Beep Me* proporciona, tão somente, é a interligação de pessoas para obtenção de "carona", algo absolutamente comum no cotidiano das sociedades e que naturalmente tende a evoluir com o desenvolvimento da tecnologia da informação.

A diferença essencial entre o *99 Táxis* e o *Uber* está centrada na natureza do serviço prestado. Ambos instauram relações de consumo, mas uma é regulamentada e outra não, contexto que demanda a análise do direito à liberdade profissional, juntamente com o princípio da livre iniciativa.

4.2 Regulação dos transportes face às novas tecnologias

A evolução da tecnologia da informação proporciona mecanismos de comunicação que viabilizam a aproximação de pessoas por diferentes razões. A criação de instrumentos aptos a relacionar consumidores e fornecedores tende a intervir no modo habitual de formação das relações de consumo e nenhum Estado pode simplesmente se opor a eles.

O Estado tem o dever de propiciar a concorrência entre os agentes econômicos. Ele deve agir para viabilizar o bom funcionamento do mercado, o que demanda que seja evitado o domínio por parte de poucos em usurpação do livre mercado (MOREIRA NETO, 2003, p. 77).

Ao analisar a vedação imposta por vários Municípios brasileiros ao *Uber* e *softwares* similares, a Ministra Fátima Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça ministrou palestra no II Congresso Brasileiro de *Internet*. Ela recordou que a questão deve ser analisada à luz da Lei n.º 12.965/14 – o Marco Civil da *Internet*.

Para a Ministra, a regra vigente no ordenamento jurídico nacional é a que consagra a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor e não o contrário (ANDRIGHI, 2015). Ou seja, as restrições legais que podem regular o uso de novas tecnologias são excepcionais e, se produzidas, devem

observar as limitações previstas pela Constituição da República, que outorgou privativamente à União a competência para legislar sobre transporte.

Nesse contexto, de se salientar que a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor são fundamentos da disciplina do uso da *internet* no Brasil (art. 2º, V da Lei n.º 12.965/14).

No mesmo sentido, prevê o inciso VIII do artigo 3º da Lei n.º 12.965/14 que a liberdade dos modelos de negócios promovidos pela *internet* – quando não conflitantes com os demais princípios estabelecidos na mesma lei – constitui princípio que disciplina o uso da *internet* no Brasil.

Por outro lado, o artigo 36 da Lei n.º 12.529/11 tipifica como infração à ordem econômica os atos tendentes a limitar ou impedir o acesso de novas empresas no mercado, conduta identificável nos atos de vedação à exploração da atividade econômica por motoristas particulares.

A Ministra Nany Andrighi, em relação ao assunto em comento, também é enfática ao concluir pela impossibilidade de aplicação das Lei n.º 12.468/11, 12.587/12 e 12.619/12 como fundamento à vedação do *Uber* (ANDRIGHI, 2015). Isso porque a primeira se limita a regulamentar a profissão de taxista, mas não abrange o contrato de transporte privado. A segunda disciplina a Política Nacional de Mobilidade Urbana, mas também não restringe a prestação de serviço de transporte individual aos taxistas. O que a Lei nº 12.587/12 outorga com exclusividade aos taxistas é a prestação do serviço público de transporte individual, o que não abrange o transporte privado individual. Já a Lei n.º 12.619/12 se limitou a modificar dispositivo celetista relacionado a questões trabalhistas, que não modificaram as disposições do Código Civil sobre o contrato de transporte, que tem como objeto o deslocamento de uma pessoa de um lugar para outro (THEODORO JÚNIOR, 2003, p.11).

Ao conjugar os dispositivos constitucionais e legais não foi possível identificar óbice apto à vedação do uso de novas tecnologias que se prestem a intermediar contratos de transporte individual privado de passageiros. Exatamente por isso, toda atividade de regulação a ser desenvolvida deve analisar o impacto regulatório sobre o setor, um conjunto de medidas que

visam à intervenção estritamente necessária, ou seja, sem excessos (MORENO, 2015, p. 19).

É inequívoco que a imposição de obstáculos legais aos mecanismos tecnológicos que viabilizem a celebração de contratos de transporte de passageiros tem sido feita em decorrência de *lobbys* classistas[10]. O *site* da Câmara Municipal de João Pessoa, ao noticiar a aprovação de projeto de lei que proíbe o uso do aplicativo *Uber* e similares, informou que *a matéria foi acrescida de emenda [...], contendo os pontos que os sindicatos e associações de táxis solicitaram* (JOÃO PESSOA, 2015).

Portanto, em paralelo à inconstitucionalidade da regulação de serviços de transporte individual privado de passageiros, transparece outro elemento de inconstitucionalidade: a ausência de generalidade, pois as leis proibitivas de aplicativos de intermediação servem a interesses de um grupo determinado. São leis construídas a partir de um grupo para impedir a concorrência no setor, em flagrante atentado ao direito à liberdade profissional e ao princípio da livre iniciativa.

Em paralelo, conclui-se que não compete aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios legislar sobre aplicativos de transporte individual de passageiros. Cabe, portanto, apenas à União regulamentar o exercício profissional dos motoristas privados.

O célere desenvolvimento da tecnologia da informação proporciona a criação de mecanismos facilitadores da comunicação entre as pessoas. Essa comunicação pode ser utilizada para diversas finalidades, dentre as quais se destaca a intermediação de contratos de consumo. Não obstante, qualquer forma de elemento que facilite a comunicação e concomitantemente afete, direta ou indiretamente, algum setor econômico, será objeto de irresignação de determinados grupos, fenômeno que não é exclusivo do Brasil (UOL ECONOMIA, 2015). Mas a inconformidade divorciada de fundamentos

[10] A justificativa do Projeto de Lei n.º 349/14, da Câmara Municipal de São Paulo, não deixa dúvida quando esclarece: "Assim, **visando proteger o sistema e os profissionais do setor [de táxi]**, ambos definidos e reconhecidos em Lei, apresentamos essa propositura [para] evitar a proliferação de serviços que possam colocar em risco os usuários e, criar novos subterfúgios para a atuação de profissionais e veículos clandestinos que, em face da deficiência da fiscalização, já agem junto a hotéis, aeroportos e terminais rodoviários, principalmente é que contamos com o apoio dos Nobres Pares, no sentido de ver essa proposta aprovada".

enraizados no ordenamento jurídico nacional não se justifica como elemento apto a modificá-lo.

No caso das novas tecnologias que influenciam o setor de transporte individual no Brasil, não se questiona a licitude de *softwares* como o *99 Táxis*, que serve à intermediação de serviços públicos individuais de transporte. Em sentido oposto, há uma busca – em vários entes federativos – pela vedação de *softwares* similares, notadamente os que visam à intermediação remunerada de serviços privados de transporte individual.

No entanto, constata-se que até mesmo *softwares* como o *Beep Me*, que visa à intermediação de pessoas para o transporte gratuito e individual geram a repulsa de taxistas (O GLOBO, 2014). Isso porque influenciam, ainda que de modo indireto, na demanda de passageiros que poderiam utilizar os serviços de táxi. Com a facilitação da "carona solidária" é natural que ocorra relativa redução na utilização de serviços remunerados de transporte, fato insuficiente, no entanto, a fundamentar a ilicitude de aplicativo dessa natureza. Nesse caso, como salientado, o que se constata é uma mera inconformidade divorciada de amparo jurídico.

Gratuito ou remunerado, todo *software* que apresentar potencial a influenciar a demanda do serviço de transporte individual de passageiros será objeto de irresignação pelo grupo que atua no setor. No entanto, ela não pode – porque não se sustenta juridicamente – atentar à ordem constitucional e legal do Estado brasileiro, que assegura a livre iniciativa, a livre concorrência e a liberdade profissional.

As regulamentações são possíveis, mas devem ser feitas com amparo do princípio da razoabilidade, e aplicadas exclusivamente pelo legitimado constitucional[11]. A lei não pode ser utilizada ao interesse de grupos determinados. Deve ser abstrata, de modo a permitir que se satisfaçam substancialmente os direitos previstos pela Constituição da República.

5 Conclusão

[11] Está em trâmite perante o Senado Federal o Projeto de Lei n.º 530/2015, que utiliza os conceitos da Lei n.º 12.587/12 e visa regulamentar a prestação do serviço de transporte privado individual de passageiros, e não apenas proibi-lo, como alguns Municípios têm pretendido.

Após três modificações no rol original, o direito ao transporte passou a constar explicitamente do rol de direitos sociais do artigo 6º da Constituição da República. Até assumir essa condição houve um hiato de 27 anos desde a promulgação do texto constitucional.

Considerado um direito que serve à viabilização de outros, o transporte gera uma série de desafios à Administração Pública, que deve compatibilizar o dever de prestá-lo com as limitações do erário. Ainda que não tenha a amplitude do direito à saúde, o transporte deve ser assegurado a grupos menos favorecidos, do ponto de vista econômico.

Essencial na sociedade moderna, o transporte pode ser coletivo ou individual. Em qualquer caso, a competência para legislar sobre a matéria é da União, ressalvadas autorizações pontuais que podem ser delegadas aos Estados, nos termos do parágrafo único do artigo 22 da Constituição da República.

Especificamente em relação ao transporte individual de passageiros, o protagonismo do táxi sucumbe face às novas tecnologias, que têm sofrido ataques legislativos, especialmente em âmbito municipal. No entanto, somente a União pode dispor sobre a matéria, o que permite concluir pela inconstitucionalidade de leis municipais proibitivas de aplicativos como o *Uber* ou o *BeepMe*.

As novas tecnologias são inevitáveis e a sua utilização à criação de novos métodos de exploração da atividade econômica devem ser compatibilizadas como o direito social ao transporte. Este, agora explicitado no artigo 6º da Constituição, impõe a interpretação do ordenamento infraconstitucional à luz dos ditames maiores.

Seja com base no princípio da livre iniciativa ou no direito social ao transporte, não se pode impedir que *softwares* de intermediação de contratos de transporte ou de mera “carona” sejam utilizados pelos cidadãos, sob pena de grave inconstitucionalidade. Concluir de modo a simplesmente impedir a utilização das novas tecnologias, que estão alinhadas à concessão de eficácia substancial ao direito ao transporte, é negar vigência ao texto constitucional, o que não se pode admitir.

Referências

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *"Internet das normas": quais os temas que têm sido objeto de debates jurídicos no Brasil?* Palestra proferida no II Congresso Brasileiro de Internet. Brasília - DF, em 24 de setembro de 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O marco regulatório dos serviços públicos. *Revista dos Tribunais*, Ano 95, vol. 843, Janeiro/2006, p. 38/57.

BBC BRASIL. *Inimigo número 1 dos taxistas, aplicativo Uber vira caso de polícia.* São Paulo, 23 jul. 2014. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/07/140723_aplicativo_uber_polemica_rb>. Acesso em: 13 out. 2017.

BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de filosofia aristotélica: leitura e interpretação do pensamento aristotélico*. Barueri, SP: Manole, 2003.

BRASIL. *Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012*. Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana; revoga dispositivos dos Decretos-Leis nos 3.326, de 3 de junho de 1941, e 5.405, de 13 de abril de 1943, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e das Leis nos 5.917, de 10 de setembro de 1973, e 6.261, de 14 de novembro de 1975; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12587.htm>. Acesso em: 5 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal**.** *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45*. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 04 mai. 2004. Disponível: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal**.** *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 403*. Relator: Ministro Ilmar Galvão. DJ: 27 nov. 2002. Disponível: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266341>. Acesso em: 05 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal**.** *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 874*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJE: 28 fev. 2011. Disponível: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619718>. Acesso em: 06 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal**.** *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 903/MG*. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJE: 7 fev. 2014. Disponível: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5236160>. Acesso em: 05 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal**.** *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.074*. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ: 20 nov. 2002. Disponível: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=459624>. Acesso em: 05 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal**.** *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.796*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 16 dez. 2005. Disponível:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266924>. Acesso em: 06 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal**.** *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.960*. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJE: 9 mai. 2013. Disponível: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3763978>. Acesso em: 05 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal**.** *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.135*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 08 set. 2006. Disponível: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363319>. Acesso em: 06 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal**.** *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.136*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ: 10 nov. 2006. Disponível: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390698>.

Acesso em: 05 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal**.** *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.269*. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJE: 22 set. 2011. Disponível: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627775>. Acesso em: 07 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal**.** *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.610*. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJE: 22 set. 2011. Disponível: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627776>. Acesso em: 05 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal**.** *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.671*. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJE: 28 nov. 2008. Disponível: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=565649>. Acesso em: 07 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal**.** *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.679*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJE: 03 ago. 2007. Disponível: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474626>. Acesso em: 05 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal*. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.897*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJE: 22 abr. 2009. Disponível: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=589289>. Acesso em: 05 out. 2017.

CIDADE, Roberto Berttoni; LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. Direito ao Transporte como Direito Fundamental Social. In: *Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade*, Brasília v.2, n.1, p.196-216, jan.-jun. 2016.

JOÃO PESSOA. Câmara Municipal. *CMJP aprova 3 Leis que beneficiam os taxistas da Capital*. Disponível em: <http://www.cmjp.pb.gov.br/noticia.php?id=12786#.VlYUx3arSUm>. Acesso em: 20 out. 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARRARA, Thiago. Transporte público e desenvolvimento urbano: aspectos jurídicos da Política Nacional de Mobilidade. *Revista Digital de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo*. Ribeirão Preto/SP, v. 2, n. 1, p. 120/136, 2015, p. 122.

MENDONÇA, FERNANDO. *Direito dos transportes*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORENO, Natália de Almeida. Análise de impacto regulatório: quer percurso adotar? *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 104, vol. 951, p. 19/58, jan. 2015.

O GLOBO. *Depois dos táxis, agora são as 'caronas' que chegam aos apps*. Rio de Janeiro, 20 abr. 2014. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/sociedade/tecnologia/depois-dos-taxis-agora-sao-as-caronas-que-chegam-aos-apps-12242963>. Acesso em: 21 out. 2015.

OLHAR DIGITAL. *Uso de apps de carona pode render multa de R$ 5 mil*. São Paulo, 11 mar. 2014. Disponível em: <http://olhardigital.uol.com.br/noticia/uso-de-apps-de-carona-pode-render-multa-de-r-5-mil/40753>. Acesso em: 13 out. 2017.

PARAÍBA JÁ. *Carona paga: João Pessoa e mais 14 capitais têm projetos de lei contra o serviço Uber*. João Pessoa, 09 set. 2015. Disponível em: < http://paraibaja.com.br/carona-paga-joao-pessoa-e-mais-14-capitais-tem-projetos-de-lei-contra-o-servico-uber/>. Acesso em: 14 out. 2017.

PORTO ALEGRE. Câmara Municipal. *Projeto de lei ordinária n.º 145/2015*. Proíbe o transporte remunerado de passageiros em veículos particulares cadastrados por aplicativos ou plataformas semelhantes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camarapoa.rs.gov.br/default.htm>. Acesso em: 03 out. 2017.

RIO DE JANEIRO. 1ª Vara da Fazenda Pública da Cidade do Rio de Janeiro. *Processo nº 0346273-34.2015.8.19.0001*. Juiz: Bruno V. da Rós Bodart. DJE: 14 ago. 2015. Disponível: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2015.001.313680-1>. Acesso em: 15 out. 2017.

SÃO PAULO. Câmara Municipal. *Projeto de lei ordinária n.º 0349/2014*. Dispõe no âmbito do município de São Paulo sobre a proibição do uso de carros particulares cadastrados em aplicativos para o transporte remunerado individual de pessoas e dá outras providências. Disponível em: <http://documentacao.camara.sp.gov.br/cgi-bin/wxis.exe/iah/scripts/?IsisScript=iah.xis&lang=pt&format=detalhado.pft&base=proje&form=A&nextAction=search&indexSearch=%5enTw%5elTodos%20os%20campos&exprSearch=P=PL3492014>. Acesso em: 03 out. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direito fundamental ao transporte traz novos desafios a velhos problemas. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-25/direitos-fundamentais-direito-fundamental-transporte-traz-novos-desafios-velhos-problemas>. Acesso em 8 out. 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Do transporte de pessoas no novo Código Civil. Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*. Ribeirão Preto/SP, ano 4, nº 37, p. 11/23, jan. 2003.

UOL ECONOMIA. *Aplicativos e carona solidária: polêmicas tendências do transporte no México*. São Paulo, 04 jan. 2015. Disponível em: <http://economia.uol.com.br/noticias/efe/2015/ 01/04/aplicativos-e-carona-solidaria-polemicas-tendencias-do-transporte-no-mexico.htm>. Acesso em 21 out. 2015.

2. OS CADASTROS DE CONSUMIDORES NO BRASIL E O DIREITO À PRIVACIDADE DAS PESSOAS LGBTI+

Fernando Frederico de Almeida Júnior
Pós-doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca (Espanha)
Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina (Itália)
Pós-doutor em Direito pela Universidade de Coimbra (Portugal)
Doutor em Educação pela Universidade Federal de São Carlos
Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto
Professor e advogado

1 Introdução

O direito à privacidade tem previsão na Constituição Federal do Brasil, a qual dispõe que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X), ao mesmo tempo em que estabelece que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (art. 5º, XI). Além disso, a Carta Magna também estatui a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII).

Na mesma direção, o Código Civil brasileiro, ao tratar dos direitos da personalidade, também estabelece que a vida privada da pessoa natural é inviolável (art. 21) e que a divulgação de escritos, a transmissão da palavra ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais (art. 20).

Observa-se, enfim, que a vida privada do ser humano é protegida pela legislação nacional, que, embora admitindo algumas exceções, assegura sua inviolabilidade.

Não se pretende neste trabalho realizar um estudo aprofundado do direito à privacidade. O que se buscará é evidenciar a previsão desse direito nos Princípios de Yogyakarta, documento que faz referência à aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

É fato notório a atual vulnerabilidade da comunidade LGBTI+[1] no Brasil, insegurança esta que implica em exclusão social e marginalização, assim como no desrespeito a direitos básicos e fundamentais do ser humano, dentre eles o direito à privacidade.

Desse modo, o objetivo central deste trabalho é evidenciar o direito à privacidade das pessoas LGBTI+, relacioná-lo com as regras atinentes aos bancos de dados e cadastros de consumidores e analisar se estão em conformidade com os Princípios de Yogyakarta (PY).

Iniciar-se-á o texto apresentando uma análise da tutela do direito à privacidade nos Princípios de Yogyakarta, seguida do levantamento da proteção normativa da privacidade nos bancos de dados e cadastros de consumidores para, ao final, emitir opinião acerca do assunto.

Com este breve estudo, almeja-se contribuir para a discussão sobre os direitos humanos da comunidade LGBTI+.

2 Os Princípios de Yogyakarta e o direito à privacidade

O Serviço Internacional de Direitos Humanos e a Comissão Internacional de Juristas, em nome de uma coalizão de organizações de direitos humanos, realizaram um projeto com o objetivo de desenvolver um conjunto de princípios jurídicos internacionais sobre a aplicação da legislação internacional às violações de direitos humanos com base na orientação sexual e identidade de gênero (PY, 2007, p. 7).

Assim, após uma reunião realizada entre 6 e 9/11/2006 na Universidade Gadjah Mada, em Yogyakarta, Indonésia, 29 especialistas de 25 países, com experiências diversas e conhecimento relevante das questões da legislação de direitos humanos, adotaram por unanimidade os *Princípios de*

[1] O termo LGBTI é utilizado como sigla para lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, transgêneros e intersexuais, enquanto o sinal "+" se refere a outras designações eventualmente não englobadas pelas anteriores.

Yogyakarta sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero (PY, 2007, p. 7).

Tais princípios reafirmam a obrigação primária dos Estados de implementar os direitos humanos e são acompanhados de detalhadas recomendações. Em outras palavras, reforçam normas jurídicas internacionais vinculantes, que devem ser cumpridas por todos os Estados (PY, 2007, p. 7-8).

Posteriormente, em 10/11/2017, em Genebra, foram criados princípios e obrigações adicionais aos Estados, gerando o documento complementar intitulado *The Yogyakarta Principles plus 10*, que deve ser lido juntamente com os princípios originais (PY+10, 2017, p. 4-5).

Feitos tais esclarecimentos, destaca-se que os Princípios de Yogyakarta fizeram menção expressa ao direito à privacidade, assim dispondo:

> **Princípio 6: DIREITO À PRIVACIDADE**
> Toda pessoa, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, tem o direito de desfrutar de privacidade, sem interferência arbitrária ou ilegal, inclusive em relação à sua família, residência e correspondência, assim como o direito à proteção contra ataques ilegais à sua honra e reputação. O direito à privacidade normalmente inclui a opção de revelar ou não informações relativas à sua orientação sexual ou identidade de gênero, assim como decisões e escolhas relativas a seu próprio corpo e a relações sexuais consensuais e outras relações pessoais. (PY, 2007, p. 15)

No que se refere a esse direito, foram estabelecidas as seguintes recomendações aos Estados:

> Os Estados deverão:
> a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para garantir o direito de cada pessoa, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, de desfrutar a esfera privada, decisões íntimas e relações humanas, incluindo a atividade sexual consensual entre pessoas que já atingiram a idade do consentimento, sem interferência arbitrária;
> b) Revogar todas as leis que criminalizam a atividades sexual consensual entre pessoas do mesmo sexo que já atingiram a idade do consentimento e assegurar que a mesma idade do consentimento se aplique à atividade sexual entre pessoas do mesmo sexo e de diferentes sexos;
> c) Assegurar que os dispositivos criminais e outros dispositivos legais de aplicação geral não sejam aplicados de fato para criminalizar a atividade sexual consensual entre pessoas do mesmo sexo que tenham a idade do consentimento;
> d) Revogar qualquer lei que proíba ou criminalize a expressão

> da identidade de gênero, inclusive quando expressa pelo modo de vestir, falar ou maneirismo, a qual negue aos indivíduos a oportunidade de modificar seus corpos, como um meio de expressar sua identidade de gênero;
> e) Libertar todas as pessoas detidas com base em condenação criminal, caso sua detenção esteja relacionada à atividade sexual consensual entre pessoas que já atingiram a idade do consentimento ou estiver relacionada à identidade de gênero;
> f) Assegurar o direito de todas as pessoas poderem escolher, normalmente, quando, a quem e como revelar informações sobre sua orientação sexual ou identidade de gênero, e proteger todas as pessoas de revelações arbitrárias ou indesejadas, ou de ameaças de revelação dessas informações por outras pessoas. (PY, 2007, p. 15-16)

A preocupação mundial em garantir o direito à privacidade sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero se justifica, assim como a imposição aos Estados das obrigações acima transcritas.

A título de exemplo, eis o que ficou registrado, em 2007, no Plano Nacional de Enfrentamento da Epidemia de Aids e das DST entre Gays, HSH e Travestis:

> A homofobia e a transfobia têm sido apontadas como elementos estruturantes da vulnerabilidade de gays, outros HSH e travestis. (...) O efeito desses elementos negativos para a autoestima, as dificuldades na sociabilidade e a hostilidade na escola resultam, normalmente, na exclusão do convívio familiar e na descontinuidade da educação formal, projetando, entre outras, grandes dificuldades para a qualificação e entrada no mercado de trabalho. Ao estigma e à discriminação associam-se situações de vida vinculadas à clandestinidade, a um maior grau de vulnerabilidade e risco para diferentes tipos de situação e à marginalização. (...) A exclusão ou a convivência hostilizada, associadas a uma perspectiva negativa de autoimagem – originada pela baixa autoestima ou aquela criada e fortalecida equivocadamente pelos meios de comunicação e religiões – expõe os gays, outros HSH e as travestis à falta de segurança e à violência em todas as suas formas. A principal característica da violência vivenciada por esses grupos populacionais tem sido a agressão física resultando em morte, representando medidas extremas de intolerância e de discriminação. (BRASIL, 2007, p. 13)

Ainda como exemplo, ressalta-se que a ONU, reforçando sua atenção para com a discriminação relativa à orientação sexual ou identidade de gênero, editou o documento intitulado *Nascidos Livres e Iguais*, no qual alertou que pelo menos 76 países possuem leis em vigor usadas para criminalizar relações

consensuais entre adultos do mesmo sexo e que, em alguns casos, o idioma utilizado refere-se a conceitos vagos e indefinidos, tais como *"crimes contra a ordem da natureza"* ou *"moralidade"*, ou *"libertinagem"*. Afirmou, ainda, que essas leis têm em comum o seu uso para assediar e processar indivíduos por causa de sua sexualidade real ou percebida ou identidade de gênero, consistindo em verdadeira violação das obrigações do Estado perante o direito internacional, incluindo as obrigações de proteger a privacidade individual e garantir a não discriminação, tendo em vista ser incontestável que a atividade sexual privada e consentida entre adultos está coberta pelo conceito de "privacidade" (ONU, 2013, p. 31).

Como o presente trabalho foi delimitado no estudo da relação entre o direito à privacidade das pessoas LGBTI+ e os cadastros de consumidores, impõe destacar que a Carta de Yogyakarta deixa claro que **o direito à privacidade inclui a opção de revelar ou não informações relativas à orientação sexual ou identidade de gênero**, assim como decisões e escolhas relativas ao próprio corpo e a relações sexuais consensuais e outras relações pessoais.

Em consequência do disposto no Princípio 6 da Carta e conforme já transcrito neste trabalho, dentre as expressas recomendações feitas aos Estados está a de **assegurar o direito de todas as pessoas poderem escolher, normalmente, quando, a quem e como revelar informações sobre sua orientação sexual ou identidade de gênero, e proteger todas as pessoas de revelações arbitrárias ou indesejadas, ou de ameaças de revelação dessas informações por outras pessoas** (item *"f"* das recomendações referentes ao Princípio 6).

Conveniente salientar que os Princípios de Yogyakarta não criaram novos direitos, o que pode ser constatado através de uma simples análise da Constituição Federal do Brasil de 1988 e do Código Civil brasileiro. O que se faz através dos mencionados princípios é reforçar os direitos destacados como direitos fundamentais do ser humano e determinar que os mesmos devam ser garantidos pelo Estado sem qualquer espécie de discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

É prudente apontar que o direito à privacidade é aqui tratado em seu

mais amplo sentido, comportando toda e qualquer forma de manifestação da intimidade, privacidade e inclusive da personalidade da pessoa humana. Desse modo, dá-se ao direito à privacidade a mesma compreensão apresentada por André Ramos Tavares:

> Pelo direito à privacidade, apenas ao titular compete a escolha de divulgar ou não seu conjunto de dados, informações, manifestações e referências individuais, e, no caso de divulgação, decidir quando, como, onde e a quem. Esses elementos são todos aqueles que decorrem da vida familiar, doméstica ou particular do cidadão, envolvendo fatos, atos, hábitos, pensamentos, segredos, atitudes e projetos de vida.
> O direito à privacidade é compreendido, aqui, de maneira a englobar, portanto, o direito à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem das pessoas, à inviolabilidade do domicílio, ao sigilo das comunicações e ao segredo, dentre outros. (TAVARES, 2020)

Defendem Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero que, “dos direitos fundamentais que dizem respeito à proteção da dignidade e personalidade humanas, o direito à privacidade (ou vida privada) é um dos mais relevantes”. Para eles, o direito à vida privada articula-se com outros direitos fundamentais, como é o caso da proteção da intimidade (vida íntima) e também da inviolabilidade do domicílio, que é o espaço onde se desenvolve a vida privada. Sustentam que a intimidade nem sempre é expressamente positivada nos textos constitucionais e internacionais, pois em geral constitui uma dimensão (esfera) da privacidade, ou seja, possui uma relação “íntima” com aspectos da vida privada. Admitem, enfim, que a esfera da vida íntima (intimidade) é mais restrita que a da privacidade, cuidando-se de dimensões que não podem pura e simplesmente ser dissociadas, recomendando um tratamento conjunto de ambas as situações (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017).

Aliás, José Adércio Leite Sampaio relaciona a vida privada à liberdade sexual, assim se pronunciando:

> No centro de toda vida privada se encontra a autodeterminação sexual, vale dizer, a liberdade de cada um viver a sua própria sexualidade, afirmando-a como signo distintivo próprio, a sua identidade sexual, que engloba a temática do homossexualismo, do intersexualismo e do transexualismo, bem assim da livre escolha de seus parceiros e da oportunidade de manter com eles, de maneira consentida,

> relações sexuais. A proteção da liberdade sexual ainda engloba o direito à integridade sexual, protegendo particularmente os indivíduos mais vulneráveis e incapazes de se defender. (SAMPAIO, 2013)

Quanto à aplicabilidade interna dos Princípios de Yogyakarta, importante ressaltar que as fontes do Direito Internacional dos Direitos Humanos se encontram reguladas no Estatuto da Corte Internacional de Justiça, onde se reconhece expressamente que a *"doutrina dos juristas mais qualificados"* é fonte auxiliar para a determinação das regras de Direito (art. 38, 1, d). Como já esclarecido neste trabalho, os Princípios de Yogyakarta foram elaborados por 29 especialistas de 25 países, com experiências diversas e conhecimento relevante das questões da legislação de direitos humanos. Sendo assim, seu valor doutrinário é absolutamente inegável, assim como é incontestável sua influência na aplicação e interpretação do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A esse respeito, vale recordar que o Supremo Tribunal Federal, ao decidir pela possibilidade de união civil entre pessoas do mesmo sexo, fundamentou-se também nos Princípios de Yogyakarta, especificamente em seu princípio nº 24 (direito de constituir família), tendo sido ressaltada no voto a necessidade de se "não desconhecer" na abordagem jurisdicional a existência de tais princípios e a imperiosidade de se cumprir as recomendações feitas aos Estados no intuito de impedir violações de direitos baseadas na orientação sexual ou identidade de gênero (STF, 2ª T., AgR no RE nº 477554-MG, rel. Min. Celso de Mello, j. 16/08/2011, DJe de 26/08/2011).

O mesmo caminho tem sido seguido pelos tribunais estaduais brasileiros, os quais também já estão fundamentando suas decisões nos Princípios de Yogyakarta. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por exemplo, utilizou o disposto no princípio nº 3 e nas respectivas recomendações para permitir a um transexual a adoção de seu nome social independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização, determinando a retificação de seu registro civil junto ao cartório competente (TJSP, 10ª Câm. Dir. Privado, Apel. nº 0018633-80.2012.8.26.0344, rel. Des. César Ciampolini, j. 11/03/2016), sendo que tal decisão vem sendo utilizada como fundamento em outros julgamentos realizados pela mesma corte. Ainda a título de exemplo, o

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul invocou o princípio nº 24 da Carta de Yogyakarta para deferir a inclusão de uma companheira homoafetiva no plano de saúde decorrente de previdência pública municipal (TJRS, 21ª Câm. Cível, Apel. e Reex. Necessário nº 70045963220, rel. Des. Genaro José Baroni Borges, j. 07/12/2011).

Constata-se, assim, mesmo que os Princípios de Yogyakarta não se constituam num tratado internacional passível de ratificação pelos Estados, que é fato indiscutível que suas disposições possuem força jurídico-normativa e estão sendo utilizadas em julgamentos proferidos no Brasil, influenciando as decisões judiciais quando o assunto se refere à orientação sexual ou identidade de gênero.

Necessário, agora, analisar se o Princípio 6 da Carta de Yogyakarta e a respectiva recomendação constante do item *"f"* foram observados na legislação brasileira referente aos bancos de dados e cadastros de consumidores, o que será feito a seguir.

3 Os cadastros de consumidores e a proteção da privacidade

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), ao tratar sobre os bancos de dados e cadastros de consumidores, estabelece que o consumidor terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes (art. 43, *caput*). Além disso, dispõe que o consumidor deve ser comunicado por escrito da abertura desses cadastros, quando não solicitada por ele, e que os mesmos devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão (art. 43, §§ 1º e 2º).

Dentre as infrações penais criadas pelo Código de Defesa do Consumidor, duas se referem aos cadastros e bancos de dados. São elas:

> Art. 72. Impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastros, banco de dados, fichas e registros:
> Pena: Detenção de seis meses a um ano ou multa.
> Art. 73. Deixar de corrigir imediatamente informação sobre consumidor constante de cadastro, banco de dados, fichas ou registros que sabe ou deveria saber ser inexata:
> Pena: Detenção de um a seis meses ou multa.

Sobre a importância de proteção dos dados pessoais, Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero expõem:

> A proteção dos dados pessoais alcançou uma dimensão sem precedentes no âmbito da sociedade tecnológica, notadamente a partir da introdução do uso da tecnologia da informática. Embora a proteção dos dados não se restrinja aos dados armazenados, processados e transmitidos na esfera da informática, pois em princípio ela alcança a proteção de todo e qualquer dado pessoal independentemente do local (banco de dados) e do modo pelo qual é armazenado, cada vez mais os dados disponíveis são inseridos em bancos de dados informatizados. A facilidade de acesso aos dados pessoais, somada à velocidade do acesso, da transmissão e do cruzamento de tais dados, potencializa as possibilidades de afetação de direitos fundamentais das pessoas, mediante o conhecimento e o controle de informações sobre a sua vida pessoal, privada e social. (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017)

É certo que a Constituição Federal faz referência ao sigilo das comunicações de dados (além do sigilo da correspondência, das comunicações telefônicas e telegráficas - art. 5º, XII), mas a verdade é que “não contempla expressamente um direito fundamental à proteção e livre disposição dos dados pelo seu respectivo titular”. Diante disso, “o direito à proteção dos dados pessoais pode ser associado ao direito à privacidade”, no sentido de uma “intimidade informática”, e ao “direito ao livre desenvolvimento da personalidade, que inclui o direito à livre disposição sobre os dados pessoais”, não se tratando, pois, “apenas de uma proteção dos dados contra o conhecimento e uso por parte de terceiros, razão pela qual se fala em um direito à autodeterminação informativa” (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017).

Essa “autodeterminação informativa” representa, portanto, a faculdade de o particular controlar a obtenção, a titularidade, o tratamento e a transmissão de dados relativos a ele. Esse é o modo como a privacidade, nas últimas décadas, vem sendo gradualmente compreendida, ou seja, como o direito de manter controle sobre as próprias informações (TEPEDINO, TEFFÉ, 2019).

Disciplinando a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento para formação de histórico de crédito, a Lei nº

12.414/2011 definiu “banco de dados” como o conjunto de dados relativo a pessoa natural ou jurídica armazenados com a finalidade de subsidiar a concessão de crédito, a realização de venda a prazo ou de outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro (art. 2º, I), reforçando que, para a formação do banco de dados, somente podem ser armazenadas as informações necessárias para avaliar a situação econômica do cadastrado, devendo ser *objetivas* (aquelas descritivas dos fatos e que não envolvam juízo de valor), *claras* (aquelas que possibilitem o imediato entendimento do cadastrado independentemente de remissão a anexos, fórmulas, siglas, símbolos, termos técnicos ou nomenclatura específica), verdadeiras (aquelas exatas, completas e sujeitas à comprovação) e *de fácil compreensão* (aquelas em sentido comum que assegurem ao cadastrado o pleno conhecimento do conteúdo, do sentido e do alcance dos dados sobre ele anotados) (art. 3º, §§ 1º e 2º).

Importante evidenciar que a Lei nº 12.414/2011 proibiu o registro de algumas informações, assim dispondo:

> Art. 3º. (...)
> § 3º Ficam proibidas as anotações de:
> I - informações excessivas, assim consideradas aquelas que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito ao consumidor; e
> II - informações sensíveis, assim consideradas aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas.

Observa-se que não se pode anotar nos bancos de dados informação que não interessa para uma análise de crédito, assim como informações classificadas como sensíveis, dentre elas as que digam respeito à orientação sexual.

Para os Princípios de Yogyakarta, *“orientação sexual”* se refere à capacidade de cada pessoa de experimentar uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como de ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas (PY, 2007, p. 9). A orientação sexual indica o impulso sexual de cada indivíduo, aponta para a forma como ele vai canalizar sua sexualidade, tendo como referência o gênero pelo qual a pessoa sente atração, desejo afetivo e

sexual (DIAS, 2014, p. 31). Desse modo, a orientação sexual implica considerar a existência da heterossexualidade, da bissexualidade e da homossexualidade.

Também é possível inserir como exemplo de informação sensível aquela tocante à identidade de gênero, seja por interpretação analógica do disposto no inciso II acima transcrito, seja por aplicação direta do previsto no inciso I, já que a identidade de gênero certamente se classifica, para a finalidade de um banco de dados de consumidores, como informação excessiva, sem vínculo algum com uma análise de risco de crédito.

Aliás, no que diz respeito à *"identidade de gênero"*, os Princípios de Yogyakarta a entendem como estando referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos (PY, 2007, p. 9-10). Daí decorre o termo LGBTI+.

O banco de dados, a fonte e o consulente, conforme a Lei nº 12.414/2011 (art. 16), são responsáveis, objetiva e solidariamente, pelos danos materiais e morais que causarem ao cadastrado, nos termos do Código de Defesa do Consumidor.

Mais abrangente, a Lei nº 13.709/2018, denominada de Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (art. 1º). Estatui a norma que a disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: o respeito à privacidade; a autodeterminação informativa; a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício

da cidadania pelas pessoas naturais (art. 2º).

A LGPD define *"dado pessoal"* como a informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável, *"banco de dados"* como o conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico, e *"dado pessoal sensível"* como o dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural (art. 5º, I, II e IV).

Acerca dos dados sensíveis, explicam Gustavo Tepedino e Chiara Spadaccini Teffé:

> Essa categoria integra o chamado "núcleo duro" da privacidade, tendo em vista que, pelo tipo e natureza da informação que traz, ela apresenta dados cujo tratamento pode ensejar a discriminação de seu titular, devendo, por conseguinte, ser protegidos de forma mais rígida. Cuida-se de dados especialmente sensíveis do ponto de vista dos direitos e liberdades fundamentais, cujo contexto propicia riscos significativos para o titular. (TEPEDINO, TEFFÉ, 2019)

Falhou o legislador ao não incluir expressamente na LGPD como dado sensível as informações relativas à orientação sexual e identidade de gênero. De qualquer maneira, entende-se que tais informações também são consideradas dados sensíveis em razão da expressão *"vida sexual"*, esta sim contida no art. 5º, II, da LGPD.

Mas o maior problema da LGPD são as exceções nela contidas. Enquanto a Lei nº 12.414/2011 proíbe as anotações de informações sensíveis e de informações excessivas (art. 3ª, § 3º), a LGPD prevê que em algumas situações é possível o tratamento de dados sensíveis, conforme se constata de seu art. 11:

> Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:
> I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas;
> II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:
> a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
> b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução,

> pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos;
> c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis;
> d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);
> e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;
> f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou
> g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

Os dados pessoais sensíveis deveriam poder ser consultados e utilizados somente com autorização expressa do titular ou de seu representante legal e, ainda assim, apenas para as finalidades que ele próprio estipulasse. Todavia, conforme se vê do artigo transcrito, a LGPD permite o tratamento de dados pessoais sensíveis mesmo sem o consentimento do titular (art. 11, II), abrindo um leque de exceções pouco restritas e geradoras de interpretações diversas.

Não bastasse isso, a LGPD ainda deixou aberta a possibilidade de comunicação e uso compartilhado de dados pessoais sensíveis entre controladores com objetivo de obter vantagem econômica, tendo em vista que apenas se limitou a dispor que tal assunto poderá ser objeto de vedação ou de regulamentação por parte da autoridade nacional (art. 11, § 3º).

De qualquer modo, não se pode esquecer que a própria LGPD, em seu art. 2º, estabeleceu que a disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos, dentre outros, o respeito à privacidade, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais. Portanto, ao se ler, interpretar ou aplicar esta norma, é indispensável recordar que a LGPD surgiu para a proteção de dados pessoais e, consequentemente, para se reforçar a tutela de direitos fundamentais e

básicos do ser humano, objetivos estes que devem sempre prevalecer diante daqueles relacionados ao comércio, ao lucro, ao poder econômico.

4 Considerações finais

O direito à privacidade encontra-se expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, assim como no Código Civil, onde foi inserido como espécie dos denominados “direitos da personalidade”, que são aqueles inerentes a todo e qualquer indivíduo e têm a finalidade de blindar a dignidade da pessoa humana, elevada a fundamento da República Federativa do Brasil pela Carta Magna.

Evidente que tais direitos se aplicam a todas as pessoas indistintamente, inclusive à comunidade LGBTI+.

Os Princípios de Yogyakarta reforçam esse entendimento ao dispor que todos têm o direito de desfrutar de privacidade, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. O mesmo documento esclarece que o direito à privacidade inclui a opção de revelar ou não informações relativas à orientação sexual ou identidade de gênero, assim como decisões e escolhas relativas ao próprio corpo e a relações sexuais consensuais e outras relações pessoais. Mais que isso, a Carta de Yogyakarta recomenda expressamente que os Estados assegurem o direito de todas as pessoas poderem escolher, normalmente, quando, a quem e como revelar informações sobre sua orientação sexual ou identidade de gênero, e proteger todas as pessoas de revelações arbitrárias ou indesejadas, ou de ameaças de revelação dessas informações por outras pessoas.

Conforme já esclarecido neste trabalho, os Princípios de Yogyakarta não criaram novos direitos e nem mesmo uma nova classificação dos direitos humanos. Contudo, tais princípios são fontes do Direito Internacional dos Direitos Humanos e possuem força jurídico-normativa e, nessa qualidade, devem ser observados pelos Estados, aos quais se impõem também o dever de acatar e realizar as determinações apresentadas, desenvolvendo normas e políticas públicas protetoras da comunidade LGBTI+. Tanto é assim que os Princípios de Yogyakarta vêm sendo utilizados como fundamento das decisões proferidas pelo Poder Judiciário brasileiro nas ações que envolvem litígios

relacionados à orientação sexual ou identidade de gênero.

Embora o Código de Defesa do Consumidor seja extremamente deficiente no tocante à proteção da privacidade, o respeito à vida privada do consumidor encontra previsão em outras normas infraconstitucionais brasileiras.

É o caso da Lei nº 12.414/2011, que tratou dos bancos de dados com informações de adimplemento para formação de histórico de crédito. Referida norma proibiu o registro de *"informações excessivas"*, que são aquelas que não estão vinculadas à análise de risco de crédito ao consumidor. Do mesmo modo, vedou a anotação de *"informações sensíveis"*, consistentes naquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas.

Destarte, fica claro que as informações que não interessam para uma análise de crédito não podem ser anotadas nos bancos de dados, bem como as informações classificadas como sensíveis, dentre elas as que se referem à orientação sexual ou à identidade de gênero, salvo se a pedido do próprio consumidor.

Outro caso é o da Lei nº 13.709/2018, chamada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), para a qual *"dado pessoal sensível"* é aquele que diz respeito à origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

Entende-se que informações relativas à orientação sexual e identidade de gênero foram incluídas como dados sensíveis pela LGPD, tendo em vista a expressão *"vida sexual"* contida em seu art. 5º, II, mas se faz mister registrar o equívoco do legislador ao não fazê-lo expressamente.

Outro problema da LGPD foi permitir o tratamento de dados pessoais sensíveis mesmo sem o consentimento do titular (art. 11, II), criando um rol de exceções genéricas e passíveis de interpretações divergentes, além de abrir a possibilidade de se obter vantagem econômica através da comunicação e uso compartilhado de dados pessoais sensíveis entre controladores (art. 11, § 3º).

Por outro lado, a LGPD tem como fundamento justamente o respeito à

privacidade e a inviolabilidade da intimidade, assim como os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania (art. 2º). A norma não pode ter *"letra morta"*; se ela aponta seu alicerce, seu embasamento, sua razão de existir, então isso deve ser sempre respeitado quando da sua interpretação e aplicação.

A edição dos Princípios de Yogyakarta se justifica porque a proteção universal e abstrata de direitos se mostrou insuficiente para alcançar a população LGBTI+. E é também por isso que tais princípios devem ser respeitados pelo Brasil e as recomendações devidamente atendidas.

Todos têm direito à privacidade e as pessoas LGBTI+ têm a opção de revelar ou não informações relativas à orientação sexual ou identidade de gênero. A lei brasileira, seja qual for seu conteúdo, sua finalidade e hierarquia, deve proteger as pessoas de revelações de dados arbitrárias ou indesejadas, até mesmo da simples ameaça de revelação, garantindo o direito de poderem escolher quando, a quem e como revelar informações sobre sua orientação sexual ou identidade de gênero, que em hipótese alguma devem ser motivo de discriminação ou abuso.

Referências

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Plano Nacional de Enfrentamento da Epidemia de AIDS e das DST entre Gays, HSH e Travestis*. Brasília: Ministério da Saúde, 2007. Disponível em <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/plano_enfrentamento_epidemia_aids_hsh.pdf>, acesso em 26/05/2020.

DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2014.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS. *Nascidos Livres e Iguais: Orientação Sexual e Identidade de Gênero no Regime Internacional de Direitos Humanos*. Nova York e Genebra: ONU, 2012. Brasília: ONU, 2013.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (PY). Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Trad. de Jones de Freitas. Julho de 2007. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf>, acesso em 15/08/2018.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA + 10 (PY+10). Princípios adicionais e obrigações do Estado na aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual, identidade de gênero, expressão de

gênero e características sexuais para complementar os Princípios de Yogyakarta. Tradução livre. Adotados em 10/11/2017. Disponível em <http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf>, acesso em 28/01/2019.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Comentário ao artigo 5º, inciso X. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: saraiva, 2017.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

3. AUTODETERMINAÇÃO DA COMUNIDADE INDÍGENA

Eliara Bianospino Ferreira do Vale
Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru
Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Pós-graduação e Extensão
Pós-graduada em Direto Penal pela Universidade Paulista
Docente da Universidade Paulista, Faculdade Anhanguera e Faculdade Galileu
Advogada

1 Introdução

Este trabalho tem por finalidade pesquisar uma das mil facetas relacionadas aos direitos fundamentais da comunidade indígena, refletir sobre a política indigenista atual e buscar informações especialmente sobre a autodeterminação da comunidade indígena, em especial sobre o reconhecimento do direito consuetudinário indígena com métodos próprios na solução de conflitos que envolvam seus membros, com vistas em entendimentos doutrinários e com base em alguns julgados, apresentando ainda algumas propostas legislativas que tratam dessa temática.

Desde a colonização do Brasil o indígena foi oprimido, espoliado em suas terras e bens naturais, violado em suas crenças e rituais, vítima de violência, discriminação e perseguição por causa de sua essência livre e diferenciada.

A História do Brasil começou com a exploração e usurpação do índio, progrediu para uma política de tutela, integração e aculturação, ideia atualmente superada com a perspectiva de interação social e valorização do multiculturalismo e da diversidade étnica.

Contudo, esses valores humanos ou fundamentais estão ameaçados e as conquistas obtidas nas últimas décadas passam por período de estagnação e risco iminente de retrocesso.

A evolução da humanidade, bem como a questão indigenista como tal, caminha a passos lentos, embora conte com vários entusiastas.

São mais de trinta anos da Constituição cidadã e tem-se apenas pouco mais de 12% (doze por cento) do território nacional demarcado como terra indígena e os ideais insculpidos no texto constitucional acerca dos índios a cada dia sofrem mais ataques e movimentos de desconstrução. Estima-se que quando o Brasil foi invadido pela colônia portuguesa havia número muito superior ao atual de índios, tribos e línguas.

O Projeto de Lei (PL 2057/91) que dispõe sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas está paralisado no Congresso desde 1994, quando foi aprovada pela Comissão Especial. Está há mais de vinte anos em trâmite e sem aprovação.

O Projeto de novo Código Penal que prevê o erro cultural está em trâmite há mais de sete anos no Congresso Nacional, sem despertar o interesse de legisladores, inclusive aqueles que se elegeram sob a bandeira da segurança pública e dizem ser o atual um texto obsoleto e que não atende aos anseios da sociedade brasileira.

Ademais, processos de demarcação estão estagnados. Não parece que a questão indígena seja prioridade na pauta dos Congressistas ou do Poder Executivo, por isso vê-se a movimentação do Poder Judiciário para julgar demandas que envolvam interesses dos índios, destacando-se o reconhecimento da autodeterminação do grupo indígena para resolução de conflitos e seus métodos próprios.

Infelizmente tem prosperado o posicionamento de parcela significativa da população que a manutenção da terra indígena e da sua cultura obsta o desenvolvimento econômico e o progresso nacional.

Por isso, a presente pesquisa se mostra útil, posto que é importante que o indígena e os demais brasileiros saibam e propaguem os grandes feitos realizados pelos índios na construção deste País. A conservação do meio ambiente e da biodiversidade, a regulação do clima, os modos de plantio, de caça e pesca e o uso sustentável dos recursos naturais devem ser ressaltados.

Resta investigar um dos direitos universais das comunidades indígenas, especialmente a autodeterminação e, paralelamente, criar debate e reflexão sobre a questão indígena e sua relação com os Direitos Humanos, em um momento crucial onde falas e atos de autoridades fomentam a violência e a

discriminação contra os povos indígenas, sob argumento de que a cultura e a demarcação de terras dos índios são empecilhos ao desenvolvimento social e econômico, portanto, obstáculos ao progresso nacional, inclusive com retomada de projetos legislativos que subtraem direitos desse segmento social, sem qualquer tipo de consulta popular ou da comunidade étnica interessada.

Época de discursos inflamados e retrógrados que pregam a integração e dissolução da comunidade indígena aos valores nacionais, ignorando a diferença étnica e cultural reconhecidamente pelo texto constitucional e em Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil.

Período em que se menospreza os feitos indígenas e se ataca física e moralmente suas lideranças, culminando na morte de caciques e voltando a se dizer que a terra indígena é improdutiva e que o modo de viver indígena é prejudicial à economia do País, propagando-se a necessidade urgente de se explorar as riquezas naturais desses territórios, segundo critérios da economia convencional.

Há de se desmitificar a ideia romântica do índio naturalmente ingênuo, nu e na mata, bem como os perniciosos pensamentos desqualificativos como aqueles que o associam à preguiça e ao atraso nacional, além do paganismo e da antropofagia.

Primeiro porque o indígena não tem ideia de propriedade privada como os demais nacionais, seu modo de viver tem caráter coletivo e de subsistência, baseado na sustentabilidade dos recursos naturais de seu território. Tudo é grupal porque fundamentado num conjunto de pessoas ou vidas. A exploração e o acumulo de riquezas individuais não faz parte do verdadeiro pensar indígena.

A cultura indígena não é atrasada ou obsoleta porque, de fato, produz saber, literatura própria, arte, poesia, música e religião. Mas, a visão etnocentrista baseada na figura do europeu colonizador faz com que essa cultura seja preterida, a arte desqualificada, a ciência e conhecimento desprezados e muitas vezes designados como o ilícito curandeirismo, a religião diminuída à seita ou ainda reduzida como conjunto de superstições.

Então, não se precisa de muito para pensar que o processo colonizador enfraqueceu a língua, a cultura e a religião indígena e desmereceu

os conhecimentos sobre plantas medicinais, agricultura, classificação e uso sustentável da terra, a reciclagem, o reflorestamento, os pesticidas e fertilizantes naturais, bem como o melhoramento genético, a pesca e os métodos de caça, além de ignorar técnicas de manutenção e uso de recursos naturais e a domesticação de animais.

A comunidade indígena merece respeito do Estado e dos demais nacionais, porque a Constituição Federal e Tratados Internacionais, aos quais o Brasil é signatário, asseguram direitos fundamentais individuais e coletivos para os indígenas, enquanto Direito Humano.

Nesse contexto, pretende-se pesquisar a culpabilidade do índio e a jurisdição indígena com relação à autodeterminação da comunidade manter um sistema jurídico próprio para resolução de conflitos e eventual reconhecimento pela legislação e instituições nacionais.

A pesquisa é eminentemente bibliográfica e com ênfase nos métodos dedutivo, histórico e axiológico.

2 A autodeterminação das comunidades indígenas

Autodeterminação ou livre determinação é a autonomia ou liberdade de escolha dos povos indígenas nas formas de organização social e política, na gerência dos recursos naturais e na eleição de suas prioridades de desenvolvimento.

Fundamenta-se no Direito Humano de exercício do autogoverno indigenista, embasado nos ideais de igualdade, liberdade e fraternidade.

Então, a autodeterminação consiste no Direito Humano de uma comunidade estabelecer livremente suas regras políticas, escolher o modelo de desenvolvimento econômico, social e cultural, sem interferência ou submissão de qualquer forma de colonialismo ou imperialismo.

Desde 1973, com a edição da Lei nº 6.001/73, popularmente conhecida como Estatuto do Índio (EI) há previsão legal no art. 57 do reconhecimento da autodeterminação da comunidade indígena na adoção de meios próprios e instituições específicas de solução de litígios, devendo ser respeitadas as sanções penais ou disciplinares desde que não sejam cruéis, infamantes ou impliquem na morte do índio, segue o texto legal:

> TÍTULO VI
> Das Normas Penais
> CAPÍTULO I
> Dos Princípios
> Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.
> Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.
> Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

A autodeterminação dos povos está prevista como Princípio norteador das relações internacionais em que o Brasil faz parte, desde 1988 (art.4º, III, CF).

> Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
> I - independência nacional;
> II - prevalência dos direitos humanos;
> III - autodeterminação dos povos;
> IV - não-intervenção;
> V - igualdade entre os Estados;
> VI - defesa da paz;
> VII - solução pacífica dos conflitos;
> VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
> IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
> X - concessão de asilo político.
> Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

O legislador constituinte de 1988, atento ao fato de que a questão indígena é um tema transnacional, ou seja, de interesse de todos os países, estabeleceu que nas relações entre Países deve ser respeitada a liberdade na tomada de escolhas e decisões. Por isso, reconheceu expressamente no *caput* do art. 231 aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, por ocasião da colonização do Brasil.

A Convenção 169 da OIT de 1989, legitimada por Decreto nacional em 2004, no artigo 9º estabelece que “deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros”.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DDPI) reconhece o direito à autodeterminação nos arts. 3 e 4, *in verbis*:

> Artigo 3. Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.
> Artigo 4. Os povos indígenas, no exercício do seu direito à autodeterminação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como a disporem dos meios para financiar suas funções autônomas.

O artigo 5 da mesma Declaração frisa a necessidade de conservação e reforço das instituições tradicionais indígenas, dentre as quais, as jurídicas.

> Artigo 5. Os povos indígenas têm o direito de conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo ao mesmo tempo seu direito de participar plenamente, caso o desejem, da vida política, econômica, social e cultural do Estado.

Portanto, a autodeterminação significa que os indígenas têm o direito de determinar livremente seu regime político e de perseguir livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural, incluindo o estabelecimento de sistemas próprios de educação, saúde, financiamento e de resolução de conflitos.

O direito à autodeterminação foi o principal ponto controverso entre os países para a adoção da Declaração Universal. Os países contrários à declaração (EUA, Nova Zelândia, Austrália e Canadá) alegavam que o reconhecimento da autodeterminação dos povos indígenas poderia criar divisões e conflitos étnicos, ameaçar as fronteiras e fundar “nações indígenas” dentro do território nacional, comprometendo a soberania dos Estados. Em 2009 o governo australiano aprovou a Declaração e em 2010 a Nova Zelândia também reviu seus conceitos e passou a aceitar os direitos ali contidos (POVOS INDÍGENAS NO BRASIL, 2010).

Muitos Estados não reconhecem a autodeterminação por receio de movimentos separatistas ou processos de secessão. Sustenta-se que a autodeterminação dos índios implica no acatamento da separação da terra indígena do Estado brasileiro para a constituição de um "Estado" politicamente independente, ferindo a soberania nacional.

Contudo, o Estado, em que está inserido o grupo indígena deve atribuir autonomia concreta a ele, não exercendo qualquer tipo de opressão ou discriminação, sendo a secessão um direito excepcional que só pode ser legitimado diante de comprovado abuso do Estado acolhedor à existência daquela tribo como colonialismo, ocupação estrangeira, violação dos direitos fundamentais, escravidão etc.

Dizem também que a autodeterminação dos povos indígenas põe em risco a soberania do País que tem como maior expressão o exercício do *jus puniendi* estatal.

Todavia, ao reconhecer a autodeterminação dos povos aborígenes não fere o sistema federativo coeso ou viola a integridade estatal, apenas reforça a ideia de identidade plural em um Estado multicultural que preza pela dignidade da pessoa humana e assegura o direito à diferença.

Paulo Queiroz menciona que vários Estados soberanos estabeleceram expressamente e de forma clara a existência da jurisdição indígena, sem vislumbrar qualquer prejuízo à soberania estatal.

> Diversas constituições preveem, expressamente, a jurisdição indígena, a exemplo da colombiana (art.246), da peruana (art.149), da boliviana (arts.179 e 190), da venezuelana (art.260), da paraguaia (art.63) e da equatoriana (art.171). a constituição do equador (art.76, 7, i) veda, inclusive, de modo explícito, a possibilidade de duplo julgamento (*bis in idem*): "ninguém, poderá ser julgado mais de uma vez pela mesma causa e matéria. Os casos decididos pela jurisdição indígena deverão ser considerados para este efeito" (QUEIROZ)

André Paulo dos Santos Pereira complementa que no sistema americano, o *Indian Civil Rights Act of 1968* limitava a chamada "jurisdição tribal criminal" para crime punível com pena até de um ano de prisão, mas impedia o julgamento para aqueles puníveis com pena superior. O *tribal Law and Order Act of 2010* (TLOA) aumentou a competência indígena para crimes com penas não superiores a três anos por fato, limitada a nove anos. A

competência indígena depende de legislação penal e processual, registro de procedimentos tribais, devendo a tribo habilitar advogado para o réu, juiz que presida o ato, ambos com “treinamento legal suficiente”, sendo vedada a aplicação de penas cruéis. (PEREIRA)

É fundamental o exercício da autodeterminação indígena como garantia à manutenção de suas organizações jurídico-sociais, bem como aos usos e costumes, línguas, crenças e tradições.

2.1 A autodeterminação como solução própria de conflitos

Quanto às próprias formas de solução de litígios tem-se o célebre “julgamento do índio Basílio”, levado a efeito pelo Tribunal do Júri da Justiça Federal de Roraima no ano de 2000.

Basílio Alves Salmão, indígena da etnia Macuxi foi denunciado em 1986 pelo Ministério Público de Roraima por homicídio na aldeia contra Valdenísio da Silva, também Macuxi. O processo passou para a Justiça Federal e o Ministério Público Federal (MPF) requereu Laudo Antropológico para avaliar a repercussão do fato junto à comunidade indígena. O Laudo relatou que a liderança indígena Tuxaua condenou Basílio ao desterro (separação da família, sujeitando-o a ordens de outrem, sob o regime de trabalhos forçados e sem o direito de possuir bens ou exercer os direitos como membro do grupo).

O representante do Ministério Público Federal, mesmo assim, pediu que Basílio fosse a julgamento perante o Tribunal do Júri e a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), por meio de seus advogados, pleiteou a absolvição de Basílio sob o fundamento de estado de embriaguez no momento do crime e reconhecido o grau de aculturação do indígena.

O juiz federal pronunciou Basílio, submetendo-o a julgamento pelo Tribunal do Júri entendendo que o laudo antropológico se mostrava insuficiente. O Conselho de Sentença absolveu Basílio porque ele já havia sido julgado segundo os costumes de sua comunidade indígena e condenado a pena mais severa do que no sistema jurídico convencional (BECKER, 2013).

Em passado mais recente, mas quase três décadas após o “Caso Basilio” houve o julgamento de outro indígena, cujo processo restou conhecido como “Caso Denilson”.

Denilson Trindade Douglas foi acusado de homicídio qualificado por motivo fútil, cometido em 26/6/2009 por ter desferido golpes de faca em seu próprio irmão Alanderson Trindade Douglas, ocorrido na comunidade indígena Manoá, Região Serra da Lua, no Município de Bonfim/RR.

Em 2016 o Tribunal de Justiça do Estado de Roraima manteve a decisão de primeira instância em que o magistrado federal absolveu um indígena que já havia sido julgado por seus pares, declarando a ausência do direito de punir estatal diante da prevalência do direito comunitário e acatando a tese do duplo *jus puniendi*. O Ministério Público Federal (MPF) recorreu e o Tribunal de Justiça de Roraima (TJ/RO) entendeu que havia no caso ausência do direito de punir estatal, porque o crime já havia sido punido conforme usos e costumes indígenas, afirmando que a jurisdição penal não pode suceder a tribal, sob pena de *bis in idem*, reconhecendo consequentemente a “autonomia do *jus puniendi*” da comunidade indígena. Veja, a seguir, a Apelação Criminal no “Caso Denilson”:

> **EMENTA**
> APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO. CRIME PRATICADO ENTRE INDÍGENAS NA TERRA INDÍGENA MANOÁ/PIUM. REGIÃO SERRA DA LUA, MUNICÍPIO DE BONFIM-RR. HOMICÍDIO ENTRE PARENTES. CRIME PUNIDO PELA PRÓPRIA COMUNIDADE (TUXAUAS E MEMBROS DO CONSELHO DA COMUNIDADE INDÍGENA DO MANOÁ). PENAS ALTERNATIVAS IMPOSTAS, SEM PREVISÃO NA LEI ESTATAL. LIMITES DO ART. 57 DO ESTATUTO DO ÍNDIO OBSERVADOS. DENÚNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE PERSECUÇÃO PENAL. JUS PUNIENDI ESTATAL A SER AFASTADO. NON BIS IN IDEM. QUESTÃO DE DIREITOS HUMANOS. HIGIDEZ DO SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL PELA PRÓPRIA COMUNIDADE. LEGITIMIDADE FUNDADA EM LEIS E TRATADOS. CONVENÇÃO 169 DA OIT. LIÇÕES DO DIREITO COMPARADO. DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA DO DIREITO DE PUNIR ESTATAL QUE DEVE SER MANTIDA. APELO MINISTERIAL DESPROVIDO.- Se o crime em comento foi punido conforme os usos e costumes da comunidade indígena do Manoá, os quais são protegidos pelo art. 231 da Constituição, e desde que observados os limites do art. 57 do Estatuto do Índio, que deva penas cruéis, infamantes e a pena de morte, há de se considerar penalmente responsabilizada a

> conduta do apelado.- A hipótese de a jurisdição penal estatal suceder à punição imposta pela comunidade indica clara situação de ofensa ao princípio non bis in idem.- O debate passa a ser de direitos humanos quando se têm em conta não apenas direitos e garantias processuais penais do acusado, mas também direito à autodeterminação da comunidade indígena de compor os seus conflitos internos, todos previstos em tratados internacionais de que o Brasil faz parte. - Embora ainda em aberto o debate no direito brasileiro, existe forte inclinação, sobretudo em razão da inspiração do seu preâmbulo, para se considerar a Convenção 169 da OIT (incluindo o seu art. 9º) como um tratado de direitos humanos, portanto com status supralegal, nos termos da jurisprudência do STF. - Se até países como os Estados Unidos e a Austrália, que votaram contra a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, têm precedentes reconhecendo a autonomia do jus puniendi de seus povos autóctones em relação ao direito de punir do Estado, razoavelmente se conclui que esse reconhecimento também se impõe ao Brasil.- Declaração de ausência do direito de punir do Estado mantida.- Apelo desprovido.(TJ/RR - Apelação Criminal nº 0090.10.000302-0, **APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DE RORAIMA, APELADO: DENILSON TRINDADE DOUGLAS, RELATOR: DES. MAURO CAMPELLO,** p. 18.02.2016)

Há de se registrar que o Poder Judiciário brasileiro reconheceu como válido o julgamento indígena, embora a decisão acima deixe claro que o julgamento indígena não se sobrepõe a jurisdição nacional, mas deve ser reconhecido por ela.

As sanções indígenas não se configuram na privação de liberdade ou encarceramento do infrator por ausência de solução prática e útil à tribo, o que será discutido mais adiante.

Segundo Paulo Queiroz, no “Caso Denilson” foram as seguintes sanções impostas ao índio condenado pela tribo:

> Inicialmente o autor do homicídio foi condenado a construir uma casa para a esposa da vítima e ficou proibido de ausentar-se da comunidade do Manoá sem permissão dos Tuxaua. Posteriormente as lideranças aplicaram-lhe as seguintes sanções:
> “1. O índio Denílson devera sair da Comunidade do Manoá e cumprir pena na Região Wai Wai por mais 5 (cinco) anos, com possibilidade de redução conforme seu comportamento;
> 2. Cumprir o regimento interno do Povo Wai Wai, respeitando a convivência, o costume, a tradição e a moradia junto ao povo Wai Wai;
> 3. Participar de trabalho comunitário;
> 4. Participar de reuniões e demais eventos desenvolvidos pela comunidade;

> 5. Não comercializar nenhum tipo de produto, peixe ou coisas existentes na comunidade sem permissão da comunidade juntamente com Tuxaua;
> 6. Não desautorizar o tuxaua, cometendo coisas às escondidas sem conhecimento do Tuxaua;
> 7. Ter terra para trabalhar, sempre como conhecimento e na companhia do tuxaua;
> 8. Aprender a cultura e língua Wai Wai;
> 9. Se não cumprir o regimento será feita outra reunião e tomar outra decisão."

Destaca-se também, no contexto de autodeterminação, o primeiro Júri indígena feito no Brasil, segundo relato de Thaís Maria Lutterback Saporetti Azevedo (2019, p.100/122).

Em 2013 os irmãos Élcio da Silva Lopes e Valdemir da Silva Lopes, indígenas da comunidade Enseada, de etnia Macuxi, estavam em um bar no Município de Uiramutã quando Élcio se desentendeu com Antônio Alvino Pereira, índio da comunidade do Orenduque, de etnia Patomona e desferiu neste um golpe de faca que atingiu a vítima na região cervical, causando-lhe ferimento grave. Antônio, ato contínuo, deu um soco em Valdemir que sacou um canivete e acertou a vítima superficialmente no braço.

Os réus foram denunciados e posteriormente pronunciados por tentativa de homicídio qualificado por motivo torpe e recurso que impossibilitou a defesa da vítima. Morazildo Padrinho, primo dos réus, presenciou os fatos e afirmou que Antônio já havia ameaçado outras pessoas no estabelecimento e que desconfiavam que Antônio/vítima era "kanaimé" ("outro" ou "rabudo") porque circulava boato que um kanaimé andava pela região e como a vítima afirmava que conhecia os réus da Enseada e eles não haviam visto ela por lá, acreditaram que Antônio esteve na aldeia de forma invisível.

Em 2015 foi realizado o primeiro Júri Popular Indígena no País. Considerado um procedimento judicial híbrido, com participação do Estado e da comunidade indígena local.

A sessão de julgamento foi realizada no Centro Comunitário Maturuca e contou com a organização do Poder Judiciário de Roraima e de lideranças indígenas da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Foram seguidas as regras do Código de Processo Penal e o Conselho de Sentença composto por indígenas de várias etnias.

As teses defensivas foram a legítima defesa, a inexigibilidade de conduta diversa, a desclassificação para homicídio culposo, lesão corporal ou homicídio privilegiado. Em relação ao réu Élcio o Conselho reconheceu a autoria e materialidade delitiva, bem como a intenção de matar Antônio que não se consumou por circunstancias alheias a sua vontade, mas em resposta ao quarto quesito genérico, os jurados absolveram o acusado. O réu Valdemir teve reconhecido pelos jurados a autoria e materialidade do crime, mas não reconheceram a intenção de matar a vítima, sendo o delito desclassificado para lesão corporal com condenação de 3 (três) meses de reclusão em regime aberto.

Os indígenas consideraram o embate entre Ministério Público e Defensoria "violento e desrespeitoso". Além do mais, os réus, a vítima e a testemunha foram ainda penalizados pelas tribos.

O Ministério Público recorreu da sentença após sete meses, alegando violação do juiz natural e formação de "Tribunal de Exceção" pela escolha de jurados indígenas; a Defesa em contrarrazões alegou intempestividade do recurso e plena observação ao devido processo legal. Em 2016 o TJ/RO rejeitou a preliminar de intempestividade recursal, mas negou provimento ao Apelo da Acusação por unanimidade. Reconheceu-se o devido processo legal e a ausência de prejuízo para a Acusação.

Esse julgamento se destaca por ter sido realizado em terra indígena, com o aval do Poder Judiciário estadual e por ter a formação do Conselho de Sentença contado somente com índios, os quais entendem a cosmologia indígena, crenças e tradições. Os jurados, embasados inclusive em Laudo Antropológico, entenderam que a crença foi determinante no deslinde do caso.

O caso também teve o mérito de reconhecer as especificidades indígenas demanda o direito à diferença e descontrói o formalismo jurídico em prol de uma multiplicidade cultural.

3 A culpabilidade do indígena

A culpabilidade para alguns é mero pressuposto para imposição de pena. Entendendo, porém, em assunção à visão tripartida, que o crime ou delito é a ação ou omissão típica, ilícita e culpável, sendo a culpabilidade nesse

caso, um dos elementos da definição analítica ou dogmática de crime ao lado da tipicidade e antijuridicidade, prospera o entendimento que a culpabilidade é a reprovabilidade da conduta típica e antijurídica ou ilícita.

Os elementos da culpabilidade são a imputabilidade penal, o potencial de consciência de ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. A ausência de qualquer um deles acarreta a inculpabilidade e, consequentemente, a absolvição do agente. Tal concepção revela a culpabilidade como puro juízo axiológico, sem qualquer elemento de ordem anímica.

Excluem, portanto, a culpabilidade, por falta da imputabilidade, a inimputabilidade penal (arts. 26, 27, 28, §1º, CP)[1]. Por falta do potencial de consciência de ilicitude, as discriminantes putativas (art. 20 § 1º, CP)[2] e o erro de proibição inevitável (art.21, *caput,* CP)[3] excluem a culpabilidade. Por falta da exigibilidade de conduta diversa, a coação moral irresistível (art.22, primeira parte, CP) e a obediência hierárquica (art.22, segunda parte, CP)[4] também afastam a culpabilidade do agente.

Passa-se então, a analisar os elementos da culpabilidade e as consequências jurídicas diante da ausência de cada um deles.

---

[1] **Inimputáveis**
Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.
Redução de pena
Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.
Menores de dezoito anos
Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.
Emoção e paixão
Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal: (...)
§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

[2] Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.
Descriminantes putativas
§ 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.

[3] Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.
Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

[4] **Coação irresistível e obediência hierárquica**
Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

Imputabilidade penal é a plena capacidade de culpabilidade e, por conseguinte, de responsabilidade criminal. Tal capacidade tem dois aspectos, o intelectivo ou cognoscitivo que consiste na capacidade de compreender a ilicitude do fato e o volitivo ou de determinação da vontade que exige ao agente atuar conforme essa compreensão.

As causas de exclusão da imputabilidade ou causas de inimputabilidade são a doença mental, o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a menoridade penal e a embriaguez involuntária completa ou patológica.

Lamentavelmente, há quem ainda coloque o índio ou silvícola como inimputável por desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Segundo Julienne Feijó:

> A jurisprudência, bem como a doutrina penalista, vem há muito justificando a inimputabilidade do silvícola com base no art. 26 do CP, equiparando-o ao doente mental, considerando-o um inimputável por possuir desenvolvimento mental incompleto ou retardado em virtude de sua inadaptação à vida civilizada. (...) Tremendo equívoco, lamentável preconceito. Não é porque os índios possuem usos e costumes diversos dos nossos, que isto implica em sua enfermidade mental, não é a adaptação aos padrões da vida moderna que identifica um indivíduo como mentalmente são. (FEIJÓ, 2015, p.73)

Ao agente inimputável (art.26, *caput*, CP) deve ser aplicada Medida de Segurança consistente em internação em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico ou tratamento ambulatorial (arts. 96 e 97, CP). Já a semi-imputabilidade, também chamada de responsabilidade diminuída, constitui uma área intermediária situada entre a perfeita saúde mental e a insanidade. Caracteriza causa especial de diminuição de pena (parágrafo único, art. 26, CP), não excluindo a imputabilidade e, se caso o condenado necessite de tratamento curativo deve ser imposta a medida de segurança no lugar da redução da pena (art. 98, CP).

De igual forma, a aplicação da pena ao autor de uma infração penal somente é possível se ele, no momento da conduta, era dotado, ao menos, da possibilidade de compreender o caráter ilícito do fato praticado. O potencial de consciência de ilicitude é a possibilidade de que o agente tenha conhecimento de que está praticando um ilícito penal no momento da ação ou omissão.

São causas que excluem a culpabilidade por ausência de potencial de consciência de ilicitude as discriminantes putativas (20, § 1º, CP) e o erro de proibição inevitável ou escusável (art. 21, *caput*, CP).

Erro sobre a ilicitude do fato ou erro de proibição do art.21 do CP é o engano que tem por objeto a proibição jurídica do fato, isto é, o agente perde, em decorrência do erro sobre a conduta proibida, a compreensão da ilicitude do fato.

Do mesmo modo, para que se possa responsabilizar o agente é necessário que a infração tenha sido cometida em situações normais que não afetem o entendimento e a vontade deste, pois ao contrário, não será possível exigir do agente uma conduta diversa da que efetivamente praticou. A exigibilidade de conduta diversa consiste na expectativa da sociedade de comportamento diferente daquele que foi realizado pelo agente.

A inexigibilidade de conduta diversa é causa de exclusão da culpabilidade em que a inevitabilidade da conduta vicia a vontade do indivíduo, de modo a tornar incabível qualquer censura ao agente.

As causas que excluem a culpabilidade por ausência de exigibilidade de conduta diversa são a coação moral irresistível (art. 22, 1ª parte, CP), onde há o emprego de grave ameaça (se coação física será fato atípico) para que o agente pratique o delito, e a obediência hierárquica que é o acatamento a ordem ilegal, mas aparentemente legal (se for ordem legal será estrito cumprimento do dever legal, excludente de ilicitude) de pessoa que tenha sobre o agente (subordinado) preeminência hierárquica em relação de direito público (art. 22, 2ª parte, CP).

Feitas essas considerações acerca da culpabilidade no Direito Penal brasileiro, há de se afirmar que o índio maior de 18 anos, em regra, não é inimputável, salvo se estiver em estado de embriaguez acidental completa ou patológica ou se possuir doença mental, como qualquer nacional, ou seja, a imputabilidade/responsabilidade penal alcança o índio maior e são.

Nesse diapasão, Roberto Lemos dos Santos Filho preleciona, ressaltando a necessidade de o Estado assegurar o direto à alteridade aos índios, isto é, o direito de ser diferente e ser tratado como tal:

> Antes do advento da Constituição de 1988 e do novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), a doutrina e a jurisprudência interpretavam a imputabilidade penal dos índios á luz do art.26 do Código penal e do art.4º do estatuto do índio (lei nº 6001/1973), segundo o qual os índios são considerados isolados, em vias de integração e integrados. O entendimento predominante, em síntese, era no sentido da inimputabilidade dos índios isolados, da imputabilidade dos integrados e da necessidade de exame pericial para aferição da responsabilidade penal dos índios em vias de integração. (...) emerge ultrapassada e incorreta qualquer interpretação que trate o índio como inimputável ou semi-imputável em virtude da diferença étnica. (SANTOS FILHO, 2006, p.3/4)

O que se pode cogitar é a ausência de culpabilidade decorrente do erro sobre a ilicitude do fato ou "erro de proibição" inevitável (art.21, CP), o que vem sendo chamado de "erro cultural" quando se trata do indígena.

Inclusive esse é o entendimento de todas as legislações em trâmite e o que recente determinação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) pretende evitar com a exigência de exame antropológico para auferir a culpabilidade do índio em conflito com a lei.

O Estatuto das Sociedades Indígenas ou Projeto de Lei nº 2057/12991 de autoria do então Deputado Federal Aloizio Mercadante (PT/SP), em trâmite há 28 anos, exige perícia antropológica em processo criminal contra o índio para determinação da consciência da ilicitude do ato praticado para fins de aplicação da causa de exclusão de culpabilidade do erro de proibição inevitável prevista expressamente no Estatuto.

> Art. 90. Nos processos criminais contra índios, o juiz ordenara a realização de perícia antropológica, que determinará o grau de consciência da ilicitude do ato praticado, para efeito de aplicação do disposto no art.21 do Código Penal.
> Parágrafo único – as penas de detenção e reclusão serão cumpridas em regime aberto, preferencialmente na aldeia em que vive o índio.

Determina ainda o Estatuto que as penas devam ser fixadas em regime aberto e preferencialmente na aldeia. Entende-se que penalizar o indígena por conduta tipificada por cultura diversa da dele é puni-lo duas vezes, sobretudo, por ser diferente.

Ademais, cumpre frisar que essas propostas legislativas levam em consideração que a cultura indígena desconhece o encarceramento como

forma de punição, já que a segregação do índio reduz a força de trabalho e a economia da comunidade nativa. O cárcere do indígena infrator o desagrega de seus aspectos culturais e o afasta da comunidade tribal, então, não o recupera enquanto indígena e não o ressocializa, enquanto preso.

Geralmente, as sanções impostas por Conselhos tribais para fins de repressão de ilícitos praticados nas aldeias culminam na imposição de penas como remoção, desterro ou exílio temporário, trabalho comunitário ou a favor da vítima ou família dela, impedimento ao comércio, aprendizado de língua e cultura de etnia alheia etc.

Desde 2009 tramita o Projeto do "novo Código de Processo Penal" brasileiro, Projeto de Lei nº 156/2009 de autoria do então Senador José Sarney (MDB/AP), no qual se estabelece a competência da Justiça Federal para processo e julgamento de crimes praticados contra índios (art.97, § 1ª).

O Projeto de Lei do "novo do Código Penal", o PL 236/2012, de autoria também do então Senador José Sarney (MDB/AP), se aprovado, traria regras mais claras sobre a culpabilidade, isto é, como desvalor da ação ou omissão ou ainda a reprovação ou censura social que recai sobre o fato e o criminoso da prática delitiva.

O art. 31 do PL acima referido prevê que "não há culpabilidade quando o agente pratica o fato por erro inevitável sobre a ilicitude do fato" e o art.35 *caput* do Projeto assevera que "o erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, exclui a culpabilidade". Erro inevitável, a contrário senso do § 2º do mesmo artigo, seria aquele em que o agente pratica o fato sem consciência da sua ilicitude, não sendo possível naquelas circunstâncias, agir de acordo com esse entendimento.

O PL acima indicado, criaria artigo específico para tratar da culpabilidade do indígena, sob a rubrica "Índios". Nele contemplar-se-ia o tratamento diferenciado, reconhecendo o erro inevitável sobre a ilicitude do fato consoante Laudo Antropológico ou "erro de proibição cultural" com previsão legal no art. 36, §§ 1º, 2º e 3º do texto original. Ademias estabeleceria regime especial de semiliberdade em órgão federal próximo da sua habitação.

> **Índios**
> Art.36. Aplicam-se as regras do erro sobre a ilicitude do fato ao índio, quando este o pratica agindo de acordo com os

> costumes, crenças e tradições de seu povo, conforme laudo de exame antropológico.
> § 1º A pena será reduzida de um sexto a um terço se, em razão dos referidos costumes, crenças e tradições, o indígena tiver dificuldade de compreender ou internalizar o valor do bem jurídico protegido pela norma ou o desvalor de sua conduta.
> §2º A pena de prisão será cumprida em regime especial de semiliberdade, ou mais favorável, no local de funcionamento do órgão federal de assistência ao índio mais próximo de sua habitação.
> §3º Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos indígenas recorrem tradicionalmente para repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.

Esclarece Paulo Queiroz que o Código Penal do Peru trata expressamente do que denomina “erro de compreensão culturalmente condicionado”, com a seguinte redação:

> Artigo 15 – Erro de compreensão culturalmente condicionado
> Quem, que por sua cultura ou costumes, comete fato punível sem poder compreender o caráter delituoso de seu ato ou determinar-se de acordo com essa compreensão, é isento de responsabilidade penal. Quando, por igual razão, essa possibilidade tiver diminuído, a pena será atenuada.

Mas, o mais importante para a presente pesquisa, além da ideia do erro cultural, seria a regra do § 3º do art. 36 do Projeto de Lei nº 236/12 do Senado (“novo Código Penal”) que dispõe sobre o respeito aos métodos tradicionais dos indígenas para repressão dos delitos cometidos pelos indígenas. O texto legal vem estender à legislação infraconstitucional o direito de autodeterminação da comunidade indígena para a solução de conflito penal.

Importante frisar que nessa esteira, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), mediante provocação do magistrado federal e indigenista Roberto Lemos dos Santos Filho, aprovou no ano de 2019 a Resolução nº 287/2019 que trata dos direitos dos indígenas no sistema prisional (CNJ, 2019).

A Resolução do CNJ visa alcançar índios acusados, réus, condenados ou privados de liberdade. Garante intérprete a quem não fala o português e perícia antropológica. Tal Resolução tem o mérito de ressaltar a responsabilização penal do índio, sinalizando que o Estado deve considerar os mecanismos próprios da comunidade tribal, indo de encontro com a ideia central de autodeterminação dos povos indígenas.

Sobre a responsabilidade penal do indígena, o art. 7º da Resolução do CNJ dispõe:

> Art. 7º A responsabilização de pessoas indígenas deverá considerar os mecanismos próprios da comunidade indígena a que pertença a pessoa acusada, mediante consulta prévia.
> Parágrafo único. A autoridade judicial poderá adotar ou homologar práticas de resolução de conflitos e de responsabilização em conformidade com costumes e normas da própria comunidade indígena, nos termos do art. 57 da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio).

A Resolução foi editada sob a presidência do Ministro José Antônio Dias Toffoli e traz orientações a Tribunais e magistrados. No Prefácio ressalta que o sistema prisional brasileiro se encontra num "estado de coisas inconstitucional", sendo que a violação de direitos recai com maior frequência sobre segmentos sociais mais vulneráveis, entre os quais, os indígenas.

Enfatiza-se que a entrada em vigor da Resolução é um marco na conquista de direitos indígenas e que tem duplo sentido. Primeiro alinhar o tratamento jurídico-penal do índio à Constituição Federal a aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e segundo, revelar o protagonismo do Poder Judiciário na defesa dos direitos fundamentais e, portanto, humanos dos indígenas.

Tem como Princípios a diversidade dos povos indígenas, o dever de consulta, o respeito à língua, costumes, crenças e tradição, organização social e estruturas políticas jurídicas, econômicas, sociais e culturais indígenas, além do direito ao território, ao acesso à Justiça e a excepcionalidade do encarceramento indígena.

Para fins de identificação do suspeito, acusado, condenado ou internado indígena exige-se o esclarecimento sobre o significado e das consequências da autodeclararão e a avaliação pela autoridade da compreensão do agente sobre a língua portuguesa e acerca dos atos processuais, com a indicação se intérprete se necessário.

O ponto basilar neste trabalho é a louvável iniciativa da Resolução em incentivar o Poder Judiciário a utilizar ferramentas de tomadas de decisão como a consulta à comunidade indígena e o laudo pericial antropológico. Notadamente, exige respeito aos mecanismos jurídicos próprios da

comunidade indígena, além de recomendar o regime especial da semiliberdade (art.56, EI) em estabelecimentos específicos e próximos à aldeia.

Cuida também a Resolução da excepcionalidade extrema de medida privativa de liberdade e algumas peculiaridades da mulher indígena submetida à Justiça Criminal. Adotam-se as Regras de Bangkok[5] e a Lei nº 13769/19 que alterou o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal, recomendando a prisão domiciliar (art. 318A, CPP) como alternativa ao encarceramento da índia genitora ou gestante.

Estabelece, outrossim, direitos ao indígena encarcerado como visitas sociais, alimentação, saúde, assistência religiosa, trabalho e educação *intramuros*, com observância de suas peculiaridades.

André Paulo dos Santos Pereira ao analisar o "Caso Denílson" propõe alguns "requisitos mínimos" para a repressão indígena aos delitos, a seguir elencados:

> a) Compatibilidade com o sistema jurídico nacional: não é necessário ser igual, apenas compatível, com possibilidade de coexistência e similitude mínima, por exemplo, na exigência de ampla defesa e contraditório, cabe ressaltar que os "julgamentos indígenas" em geral são precedidos de amplos e longos debates envolvendo interessados e os membros da comunidade, havendo, portanto, paridade;
> b) Compatibilidade com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos: também depende da analise casuística. Uma pena de tortura física, por exemplo, não pode ser chancelada apenas por ser um método de repressão indígena de delitos, já que é incompatível com os direitos humanos;
> c) Métodos tradicionais: como o reconhecimento decorre de usos e costumes indígenas, deve ser tradicional daquele povo (...). Na dúvida, um exame antropológico com laudo pode apresentar a comprovação necessária para a tradicionalidade daquele método de repressão. (PEREIRA, 2017)

Paulo Queiroz alerta para a tendência atual de se reconhecer a autonomia e validade do que denomina de "Direito Penal Indígena" (DPI) em prejuízo do oficial e com base no disposto no artigo 231 da Constituição Federal, tornando-se, segundo o autor, forçoso reconhecer:

> 1) A autonomia do DPI, consequentemente, são válidos os julgamentos feitos pelos povos e tribos indígenas,

[5] Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Resolução 2010/16 de 22 de julho de 2010.

> relativamente às infrações cometidas no seu território envolvendo seus membros;
> 2) Não obstante isso, é possível recorre-se à justiça comum, quer por inciativa da tribo, quer do próprio imputado, quer por órgão competente;
> 3) O DPI não é aplicável a conflito envolvendo não-índio, ainda que ocorrido dentro de território indígena;
> 4) O DPI não incide, em princípio, sobre conflito ocorrido fora do território indígena, ainda que envolvendo índios;
> 5) O Direito Penal Oficial é acessório/residual, relativamente ao DPI, e não o contrário, pois há de se pressupor a impossibilidade de sua aplicação. (QUEIROZ)

Importante, outrossim, saber que há iniciativas legislativas em curso, as quais questionam o modo de viver indígena e sua autodeterminação em relação a conflitos e instituições próprias como no caso da "Lei Muwai"[6] ou PL nº 1057/2007 do Deputado Henrique Afonso (PT/AC) que impede o infanticídio e outras práticas, entendendo que embora seja um costume indígena, fere os Direitos Humanos. Propõe a erradicação de "práticas tradicionais nocivas" e em caso de persistência, a retirada provisória da criança e/ou genitores do convívio tribal, institucionalizando-os em abrigos ou incluindo-os em programas de adoção.

Controvérsia delicada em que há conflito entre a autodeterminação do povo indígena e o direto à vida da criança. Ambos direitos constitucionais abarcados pelo Princípio maior da dignidade da pessoa humana. Fato é que negar a comunidade indígena suas práticas culturais e classificá-las como nocivas vai à contramão do proposto em normas nacionais e internacionais e aumenta a discriminação contra o índio e seus usos e costumes tradicionais.

Faz-se necessária a reprodução da Proposta legislativa para o conhecimento geral:

> Art. 2º. Para fins desta lei, consideram-se nocivas as práticas tradicionais que atentem contra a vida e a integridade físico-psíquica, tais como
> I. homicídios de recém-nascidos, em casos de falta de um dos genitores;
> II. homicídios de recém-nascidos, em casos de gestação múltipla;
> III. homicídios de recém-nascidos, quando estes são portadores de deficiências físicas e/ou mentais;

[6] Lei Muwaji em homenagem a índia Suruwaha que se contrapôs à tradição indígena de sacrificar recém-nascidos portadores de deficiência.

> IV. homicídios de recém-nascidos, quando há preferência de gênero;
> V. homicídios de recém-nascidos, quando houver breve espaço de tempo entre
> uma gestação anterior e o nascimento em questão;
> VI. homicídios de recém-nascidos, em casos de exceder o número de filhos considerado apropriado para o grupo;
> VII. homicídios de recém-nascidos, quando estes possuírem algum sinal ou marca de nascença que os diferencie dos demais;
> VIII. homicídios de recém-nascidos, quando estes são considerados portadores de má-sorte para a família ou para o grupo;
> IX. homicídios de crianças, em caso de crença de que a criança desnutrida é
> X. de maldição, ou por qualquer outra crença que leve ao óbito intencional por desnutrição;
> XI. Abuso sexual, em quaisquer condições e justificativas;
> XII. Maus-tratos, quando se verificam problemas de desenvolvimento físico e/ou psíquico na criança.
> XIII. Todas as outras agressões à integridade físico-psíquica de crianças e seus genitores, em razão de quaisquer manifestações culturais e tradicionais, culposa ou dolosamente, que configurem violações aos direitos humanos reconhecidos pela legislação nacional e internacional.
> (...)
> Art. 6º. Constatada a disposição dos genitores ou do grupo em persistirem na prática tradicional nociva, é dever das autoridades judiciais competentes promover a retirada provisória da criança e/ou dos seus genitores do convívio do respectivo grupo e determinar a sua colocação em abrigos mantidos por entidades governamentais e não governamentais, devidamente registradas nos Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente. É, outrossim, dever das mesmas autoridades gestionar, no sentido de demovê-los, sempre por meio do diálogo, da persistência nas citadas práticas, até o esgotamento de todas as possibilidades ao seu alcance.
> Parágrafo único. Frustradas as gestões acima, deverá a criança ser encaminhada às autoridades judiciárias competentes para fins de inclusão no programa de adoção, como medida de preservar seu direito fundamental à vida e à integridade físico-psíquica.

O índio, em regra é imputável, portanto, há o Direito Penal repressor convencional que pode ser aplicado a qualquer indivíduo infrator, seja indígena ou não. Retirar a criança ou família da comunidade indígena é desagregar o grupo por ser diferente e negar a identidade indígena ao indivíduo que não poderá ser reinserido no contexto da aldeia, já que não há índio sem tribo correspondente.

Para que autodeterminação seja uma realidade e que os povos indígenas possam efetivamente exercer livremente os direitos originários são necessários mecanismos ou instrumentos específicos para favorecer o diálogo entre o indígena, o Estado e o restante da sociedade para conhecer as escolhas e vontades sociais e políticas de cada comunidade de índios.

O direito de autodeterminação deve ser assegurado e exercido pelas comunidades indígenas, mas depende da efetivação de mecanismos, instrumentos ou processos como a participação e o controle social, bem como o direito à consulta para fazer valer os anseios do grupo nativo. Contudo, o que se tem presenciado é a desconstrução da mensagem do legislador constituinte e a mitigação progressiva desses instrumentos, denotando visível retrocesso nas conquistas humanas em relação à questão indígena.

4 Considerações finais

Os povos nativos são receptores de legados culturais milenares, por isso não há de se falar em cultura primitiva ou atrasada. O índio não perde sua natureza por usufruir de novas tecnologias ou por apresentar-se com indumentária não indígena. A cultura não se exaure, se transforma. A interculturalidade é o segredo para que a haja uma relação saudável entre culturas diferentes e não a supressão de uma em desfavor de outra.

Os índios não pertencem ao passado, não são obstáculos ao progresso ou modernidade de uma nação e não existem apenas para serem contemplados como figuras exóticas. A sobrevivência dessas comunidades nos últimos séculos mostra sua engenhosidade e grande experiência em adaptação, além de muita resiliência diante de inúmeras adversidades. Coragem, a luta e a resistência são seus motes.

As desqualificações e discursos de ódio contra os indígenas, suas crenças e hábitos têm interesses econômicos e imperialistas, já que muitos acreditam que as terras indígenas deveriam ser exploradas sob o ponto de vista econômico, liberal e capitalista. Querem explorar o território indígena, integrando-os à sociedade nacional e a um sistema econômico convencional.

Todas essas ações acenam para dias sombrios com acirramento de conflitos, inclusive culminando na morte de caciques pelo Brasil afora. Ecoam

como estímulos a ataques, invasões possessórias, exploração ilegal de recursos naturais, especialmente garimpos e extração madeireira, danos ao patrimônio material e imaterial indígena e novas perseguições aos ativistas e indígenas politicamente engajados.

Há um movimento de desconstrução da mensagem original do art. 231 da Constituição e da política indigenista. Justamente em um momento em que o mundo se preocupa com o meio ambiente como algo universal, a cultura indígena deveria ser exaltada, grafada com preto de jenipapo e vermelho do urucum na alma verde-amarela do brasileiro.

Lamentavelmente, grupos dominantes se valem do infeliz discurso do integracionismo e da assimilação de culturas em busca de uma homogeneidade social inexistente, que se baseia na desigualdade e promove a exclusão social como forma de manutenção de poder.

Providencialmente, há um grupo que enxerga as terras indígenas, os quilombos, as áreas públicas de conservação e as florestas nacionais como exemplos de políticas públicas que visam o desenvolvimento nacional concomitantemente com a preservação ambiental. Há projetos indígenas bem-sucedidos do ponto de vista cultural e econômico como a produção de frutas, sementes, com destaque na área do cinema e artes, em geral.

Deve-se valorizar o direito à diferença como alicerce dos Direitos Humanos e conciliar o desenvolvimento agrícola com a conservação das terras indígenas que são da União, onde os índios permanecem como usufrutuários vitalícios. O uso econômico das Terras Indígenas deve ser discutido de forma ampla e com consulta às comunidades indígenas interessadas, já que não existe mineração sustentável. E, afinal, não olvidar que falar do indígena é falar do brasileiro.

A Constituição Federal garante à comunidade indígena a organização social e política, devendo o Estado assegurar o direito indigenista e, notadamente, o direito à alteridade. Cabe a Procuradoria Geral da República (PGR) defender os interesses dos povos indígenas e à Fundação Nacional do índio (FUNAI) a regularização fundiária, um dos órgãos federais com menor recurso destacado pela União.

Há ainda de se reconhecer e valorizar o conhecimento indígena sobre a fauna e flora e de seus substratos na promoção de tratamento e cura de males, a contribuição à língua portuguesa e o empréstimo de termos para a definição de objetos, lugares, animais e plantas, o desenvolvimento econômico gerado a partir de sua mão-de-obra explorada e, sobretudo que, a cultura indígena é patrimônio da humanidade e em virtude disso deve ser respeitada pela sociedade nacional e, especialmente, pelo Estado brasileiro. Para tanto, é preciso também registrar por escrito a fala ou língua das etnias indígenas brasileiras como preservação de riqueza cultural, facilitando assim, o direito ao acesso à Justiça.

O trabalho mostra a necessidade de o Estado nacional reconhecer a autodeterminação da comunidade indígena em âmbito jurídico e estabelecer regras claras sobre o procedimento judicial que envolva o indígena, com necessidade de Laudo Antropológico e eventual intérprete para aferição do grau de potencial consciência de ilicitude de sua conduta, conforme suas tradições e costumes para fins de acatamento de eventual “erro cultural” como excludente de culpabilidade.

Ainda que o índio pratique conduta típica e ilícita não será responsabilizado penalmente se durante a ação ou omissão não tinha a possibilidade de entender o caráter criminoso de sua conduta e agir de acordo com essa compreensão em razão de sua diferença cultural, atestada em Laudo Antropológico determinado e considerado pelo juízo da culpa.

Não há espaço para integração, aculturação ou assimilação em questões indígenas. Atualmente o Estado brasileiro deve se pautar em interação, diversidade e multiculturalismo quando lançar olhar sobre os índios.

Por certo, o reconhecimento de uma jurisdição indígena e de um Direito Penal do índio baseado nos usos, costumes e tradições tribais (direito consuetudinário) encontra-se em conformidade com a Constituição, o Estatuto do Índio, e Tratados internacionais ratificados pelo Brasil como a Convenção da Organização Internacional do Trabalho e a Declaração Universal de Direitos dos Povos Indígenas, não trazendo qualquer ameaça à soberania, pois enquanto poder estatal, continua fazer valer a legislação em todo território nacional em única ou última instância.

Referências

AZEVEDO, Thaís Maria Lutterback Saporetti. O “primeiro júri popular indígena” em Raposa Serra do Sol: Poder Judiciário roraimense e possíveis apontamentos jusdiversos. *Revista confluências*, v. 21, n2, 2019.

BECKER, Simone *et al*. A prevalência da lógica integracionista: negações à perícia antropológica em processos criminais do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Etnográfica*, vol. 17, 2013, disponível em https://journals.openedition.org/etnografica/2580, acesso em 10/1/19.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Manual Resolução 287/2019: procedimentos relativos a pessoas indígenas acusadas, rés, condenadas ou privadas de liberdade*. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/Manual-Resolu%C3%A7%C3%A3o-287-2019-CNJ.pdf, acesso em 01/06/2021.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Antropologia do Brasil – mito, história, etnicidade*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

_____ (org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Fapes/SMC/Cia das Letras, 1992.

DEMARQUET, Sonia de Almeida. *A questão indígena*. Belo Horizonte: Vigília, 1986.

FEIJÓ, Julianne Holder. O Direito Penal e o Índio: desafios históricos sob a nova perspectiva constitucional. *Revista eletrônica da UFAL*, v.6, n.1, 2015.

HEEMANN, Thimotie Aragon. Por uma releitura dos direitos dos povos indígenas: do integralismo ao interculturalismo. *Revista de Doutrina e Jurisprudencia*, 53. Brasília, p.1-14, 2017.

LOBO, Luiz Felipe Bruno. *Direito indigenista brasileiro: subsídios à sua doutrina*. São Paulo: LTr, 1996.

MELATTI, Júlio Cezar. *Índios do Brasil*. São Paulo: editora USP, 2007.

PEREIRA, André Paulo dos Santos. Caso Denílson – apontamentos sobre um julgamento indígena. *Revista Consultor Jurídico*, 2017.

POVOS INDÍGENAS NO BRASIL. *Declaração da ONU sobre direitos dos povos indígenas*. Abril de 2010. Disponível em https://pib.socioambiental.org/pt/Declara%C3%A7%C3%A3o_da_ONU_sobre_direitos_dos_povos_ind%C3%ADgenas, acesso em 17/5/18.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal indígena*, 2014.

_____. *Responsabilidade penal do índio*, 2014.

RANGEL, Lucia Helena *et al*. Disputas pelo poder político no pais causam aumento da violência contra os povos. *Relatório Violência contra os povos indígenas no Brasil*. CIMI, 2016, p.15/17.

SANTILLI, Márcio. *Os brasileiros e os índios*. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2000.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. *Apontamentos sobre o direito indigenista.* Curitiba: Juruá, 2006.

_____. *Índios e imputabilidade penal*. Disponível em http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/83447/SANTOS FILHO_RL_I.pdf?sequence=1&isAllowed=y, acesso em 22/10/18.

4. O DIREITO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA AO ENSINO SUPERIOR

Fabiana Frolini Marques Mangili
Mestranda em Tecnologias Emergentes em Educação
Psicopedagoga com especialização em Alfabetização e Docência do Ensino Superior
Pedagoga e professora universitária

1 Introdução

O atendimento às pessoas com deficiência numa educação inclusiva aparece, no Brasil, na década de 90, com a publicação da Política Nacional de Educação Especial e também da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº 9394/96, seguidas por Decretos, Diretrizes e Portarias que regulamentam o acesso ao Ensino Regular de alunos com Necessidades Educacionais Especiais.

Ao reconhecer que as dificuldades enfrentadas nos sistemas de ensino evidenciam a necessidade de confrontar práticas discriminatórias e criar caminhos para superá-las, a educação inclusiva assume espaço central no debate sobre a sociedade contemporânea e sobre o papel da escola na superação da lógica da exclusão.

Os educandos público alvo da educação especial passaram a frequentar escolas regulares de Educação Básica e hoje, passados alguns anos do início desse movimento de Inclusão, uma parcela destes mesmos educandos chegam ao Ensino Superior. As Faculdades e Universidades se deparam com o desafio de proporcionar ensino de igual qualidade a todos os seus alunos, atendendo à diversidade da clientela.

Para que as Instituições de Ensino Superior atendam à atual clientela formada por alunos com deficiência, se fazem necessárias adaptações arquitetônicas, aquisição de recursos multifuncionais e formação continuada de seus professores, além da oferta de matrículas em número suficiente a estes estudantes.

2 Justificativa

A Constituição Federal de 1988 traz como um dos seus objetivos fundamentais “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, inciso IV). Define, no artigo 205, a educação como um direito de todos, garantindo o pleno desenvolvimento da pessoa, o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho. No seu artigo 206, inciso I, estabelece a “igualdade de condições de acesso e permanência na escola” como um dos princípios para o ensino e garante como dever do Estado, a oferta do atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino (art. 208).

A convenção da Guatemala (1999), afirma que as pessoas com deficiência têm os mesmos direitos humanos e liberdades fundamentais que as demais pessoas, definindo como discriminação toda diferenciação ou exclusão que anulem o exercício dos direitos humanos. Esta convenção, que foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 3.956/2001, exige que se compreenda a educação especial com uma nova interpretação, onde se promova a eliminação das barreiras que impedem o acesso à escolarização.

Já a Resolução CNE/CP nº 1/2002, define que as instituições de ensino superior devem formar seus docentes para a atenção à diversidade e especificidades dos estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação.

Aos gestores cabe formação para que garantam o direito de acesso de todos à escola, à oferta do atendimento educacional especializado e à garantia da acessibilidade.

Os números indicam a importância de se garantir o acesso e a permanência de alunos da educação especial no ensino superior; o Censo da Educação Superior registra, entre 2003 e 2012 um crescimento de 425% no número de estudantes matriculados nesta etapa de ensino- passou de 5.078 para 26.663 estudantes brasileiros.

3 Objetivos

Quando pensamos em Educação Inclusiva no Ensino Superior, pensamos em acesso, permanência e aprendizagem efetiva dos estudantes com Deficiência, transtornos globais de desenvolvimento e altas habilidades/superdotação, orientando as Instituições de ensino superior para que garantam:

- Acessibilidade arquitetônica, nos mobiliários e equipamentos, na comunicação e na informação;
- Articulação entre professores das diversas disciplinas;
- Formação de professores para a inclusão escolar;
- Continuidade dos estudos aos alunos com deficiência até a conclusão da formação em nível superior ou níveis mais elevados de ensino;
- Organização de materiais didáticos e pedagógicos que devem ser disponibilizados nos processos seletivos bem como no desenvolvimento de todas as atividades de ensino, pesquisa e extensão.

4 Fundamentação teórica

4.1 Histórico da educação inclusiva no século XXI

No início do século atual, a Educação Inclusiva questiona a segregação dos sistemas de ensino, que além de manter número expressivo de alunos com deficiência fora da escola, também mantêm alto número de alunos em escolas especiais.

A Constituição Federal de 1988 torna efetivo o direito de todos à educação e a proposta de um sistema educacional inclusivo passa por um processo de reflexão e prática, que possibilita a efetivação de mudanças conceituais, político e pedagógicas.

A Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência (ONU, 2006), é ratificada pelo Brasil como emenda constitucional; este documento sistematiza os debates mundiais realizados ao longo da última década do século XX e nos primeiros anos deste século, criando um panorama favorável à definição de políticas públicas fundamentadas no modelo da inclusão social.

Este tratado internacional altera a visão de deficiência baseado no modelo clínico, em que a condição física, sensorial ou intelectual da pessoa se

transformava em obstáculo à vida social, cabendo ao deficiente se adaptar às condições sociais vigentes.

De acordo com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência:

> Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (ONU, 2006)

À sociedade cabe promover condições a fim de possibilitar às pessoas deficientes uma vida de forma independente e com participação plena em todos os aspectos, inclusive o aspecto educacional, que se torna um direito inquestionável. O direito da pessoa com deficiência à educação é confirmado no artigo 24:

> Para efetivar esse direito sem discriminação com base na igualdade de oportunidades, os estados partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida. (ONU, 2006)

Com o objetivo de transformar os sistemas educacionais em sistemas inclusivos e desenvolver propostas pedagógicas que assegurem o acesso e a participação de todos os estudantes no ensino regular, são implementadas no país estratégias para disseminar os referenciais de educação inclusiva.

> O princípio fundamental desta Linha de Ação é de que as escolas devem acolher todas as crianças, independentemente de suas condições físicas, intelectuais, sociais, emocionais, linguísticas ou outras. Devem acolher crianças com deficiência e crianças bem dotadas; crianças que vivem nas ruas e que trabalham; crianças de populações distantes ou nômades; crianças de minorias linguísticas, étnicas ou culturais e crianças de outros grupos e zonas desfavorecidos ou marginalizados. (MEC, 1997, p. 17 e 18)

Tem início, assim, a construção de uma política de educação especial transversal, que percorra desde a educação infantil até a educação superior, repensando-se as práticas educacionais, perfil de estudante, de professor, de currículo e de gestor, bem como condições de infraestrutura das escolas e recursos pedagógicos.

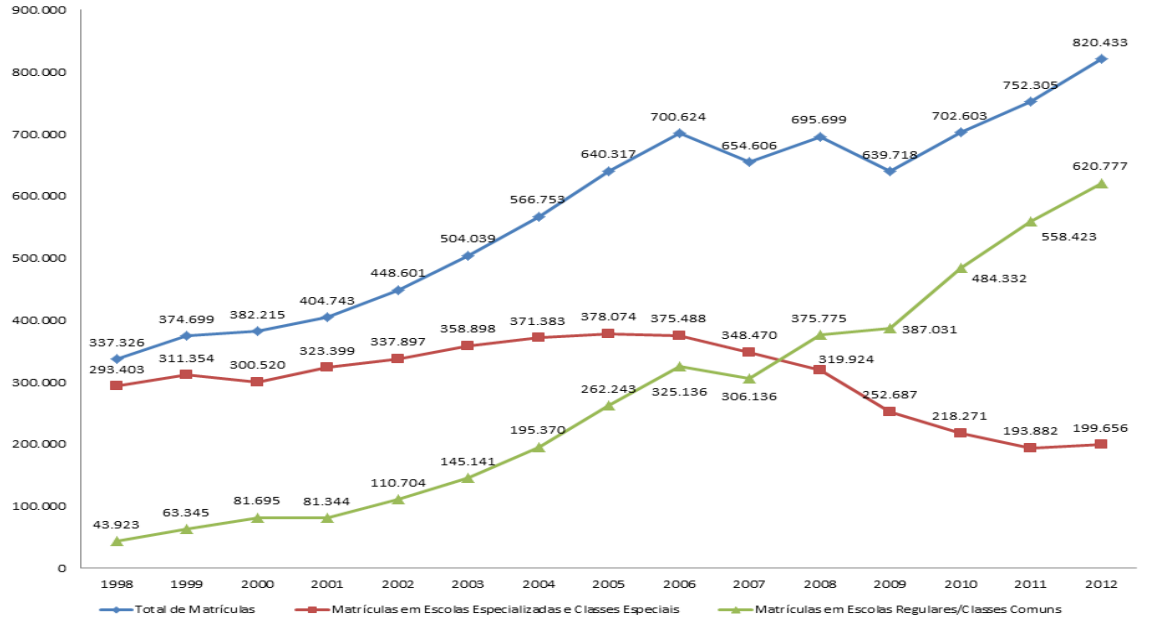
4.2 O direito das pessoas à educação inclusiva

A Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva (MEC, 2008), define a educação especial como modalidade não substitutiva à escolarização; o conceito de atendimento educacional especializado complementar a formação dos estudantes e o público alvo da educação especial constituído pelos estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação:

> Na perspectiva da educação inclusiva, cabe destacar que a educação especial tem como objetivo assegurar a inclusão escolar de alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação nas turmas comuns do ensino regular, orientando os sistemas de ensino para garantir o acesso ao ensino comum, à participação, aprendizagem e continuidade nos níveis mais elevados de ensino; a transversalidade da educação especial desde a educação infantil até a educação superior; a oferta do atendimento educacional especializado; a formação de professores para o atendimento educacional especializado e aos demais profissionais da educação, para a inclusão; a participação da família e da comunidade; a acessibilidade arquitetônica, nos transportes, nos mobiliários, nas comunicações e informações; e a articulação intersetorial na implementação das políticas públicas. (MEC, 2007)

Nos debates educacionais brasileiros, a educação inclusiva passa a ser pauta constante, com relação aos apoios técnicos e financeiros, que proporcionem as condições às redes públicas de ensino de promoverem a igualdade de condições entre todos, com apoio financeiro da União aos sistemas de ensino públicos. Os sistemas de ensino devem garantir a matrícula de todos os estudantes, organizando suas escolas para o atendimento aos educandos com necessidades educacionais especiais, assegurando condições necessárias para uma educação de qualidade para todos (MEC, 2001).

Sobre o acesso das pessoas com deficiência à educação básica, veja o gráfico que segue:



	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Taxa de Inclusão	13,0%	16,9%	21,4%	20,1%	24,6%	28,8%	34,4%	41,0%	46,4%	47,0%	54%	60,5%	69%	74,2%	76%

Fonte: MEC/Inep

No gráfico acima podemos perceber o crescente número de matrículas de alunos em escolas regulares – entenda-se classes regulares como classes comuns e um número equilibrado até o ano de 2006 e decrescente a partir de 2007 em escolas especiais/classes especiais. O cômputo total de matrículas de crianças com deficiência na educação básica apresenta crescimento acentuado a partir do ano de 1998 até o ano de 2012.

4.3 Acessibilidade na educação superior

A criação do Programa INCLUIR, em 2005, implementado em parceria com a Secretaria de Educação Superior, tem por objetivo tornar as instituições públicas de ensino superior acessíveis, para que as pessoas com deficiência possam participar do ensino ofertado por estas instituições; as Instituições (IES) passaram a apresentar projetos para a eliminação de barreiras físicas, pedagógicas, nas comunicações e informações, projetos estes apoiados através de investimentos pelo MEC.

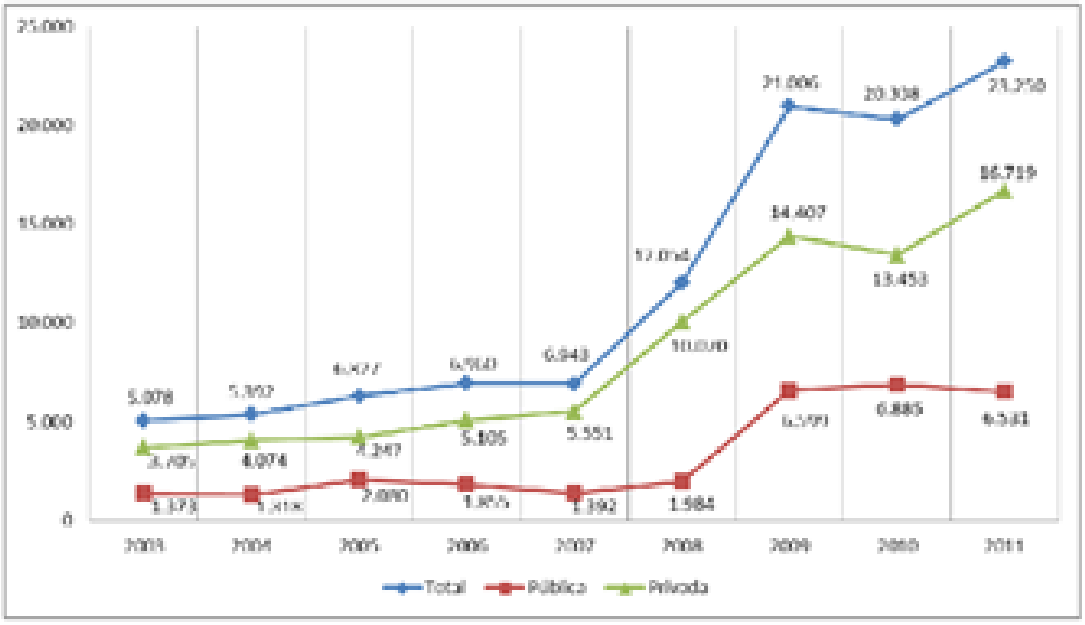
O Programa Observatório da Educação estimula o desenvolvimento de estudos e pesquisas em nível de pós-graduação, promovendo a formação de mestres e doutores em educação, que tenham como característica a utilização de dados do Censo da Educação Superior, Censo da Educação Básica, o

ENEM, o ENADE, o SAEB, a Prova Brasil, O Cadastro Nacional de Docentes e o Cadastro de Instituições e Cursos.

Os projetos podem ter duração de dois a quatro anos e que desenvolvam linhas de pesquisa voltadas à educação; os estudantes de pós-graduação envolvidos nos projetos de pesquisa aprovados recebem bolsas de estudos ; o Observatório da Educação teve editais em 2006, 2008 e 2010.

Programa Nacional para a Certificação de Proficiência no uso e ensino da Língua Brasileira de Sinais- Libras e para a Certificação de Proficiência em Tradução e Interpretação da Libras/Língua Portuguesa, tem por objetivo certificar profissionais em todas as capitais brasileiras, por meio de exames de âmbito nacional. Até o ano de 2010 foram certificados mais de 5.000 profissionais.

Acesso das pessoas com deficiência à educação superior



Ao analisar o gráfico percebemos o avanço no número de matrículas no ensino superior se compararmos os anos de 2003 a 2011; nas universidades públicas a evolução ocorre à partir do ano de 2009; nas faculdades particulares os números se ampliam gradualmente ano a ano, mas o grande avanço nas matrículas ocorre após o ano de 2007; se observarmos o número total de matrículas podemos observar uma grande evolução no número de matrículas no ensino superior entre os anos de 2007 a 2011.

4.4 Público alvo da educação especial

De acordo com a Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva (MEC, 2007), definem-se como público alvo da Educação Especial: pessoas com deficiência, com transtornos globais do desenvolvimento e com altas habilidades/superdotação. Conforme conceito formado no âmbito da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (ONU, 2006), considera estudantes com deficiência aqueles com impedimentos de longo prazo, de natureza física, intelectual ou sensorial os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação social em igualdade de condições com as demais pessoas, apresentando a seguinte classificação:

> **Deficiência intelectual –** definida por alterações significativas, tanto no desenvolvimento intelectual como na conduta adaptativa, na forma expressa em habilidades práticas, sociais e conceituais;
> **Deficiência múltipla –** definida pela associação de dois ou mais tipos de deficiência (intelectual/visual/auditiva/física);
> **Deficiência auditiva –** consiste na perda bilateral, parcial ou total, de 41 dB ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500 Hz, 1.000 Hz, 2.000 Hz e 3.000 Hz;
> **Surdez –** perda auditiva acima de 71 dB, aferida por audiograma nas frequências de 500 Hz, 1.000 Hz, 2.000 Hz e 3.000 Hz;
> **Baixa visão –** acuidade entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º, ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;
> **Cegueira –** acuidade visual igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; ausência total de visão até a perda da percepção luminosa;
> **Surdo-cegueira –** trata-se de deficiência única, caracterizada pela deficiência visual e auditiva concomitante. Essa condição apresenta outras dificuldades além daquelas causadas pela cegueira e pela surdez;
> **Deficiência física –** definida pela alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência do membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzem dificuldades para o desempenho das funções e

> **Transtornos globais do desenvolvimento –** prejuízo no desenvolvimento da interação social e da comunicação; pode haver atraso ou ausência do desenvolvimento da linguagem; naqueles que a possuem, pode haver uso estereotipado e repetitivo ou uma linguagem idiossincrática; repertório restrito de interesses e atividades; interesse por rotinas e rituais não funcionais. Manifesta-se antes dos 3 anos de idade. Prejuízo no funcionamento ou atraso em pelo menos uma das três áreas: interação social; linguagem para a comunicação social; jogos simbólicos ou imaginativos.
>
> O Censo escolar/INEP define como estudantes com **Altas habilidades/superdotação** aqueles que demonstram potencial elevado em qualquer uma das seguintes áreas, isoladas ou combinadas: intelectual, acadêmica, liderança, psicomotricidade e artes, além de apresentar grande criatividade, envolvimento na aprendizagem e realização de tarefas em áreas de seu interesse.
>
> Por seu turno, o IBGE coleta a informação sobre a condição de deficiência mental/intelectual, subdivididas em "grande dificuldade", "alguma dificuldade" e "não consegue de modo algum", apresentando a seguinte classificação:
>
> **Deficiência mental permanente –** Retardamento mental resultante de lesão ou síndrome irreversível, que se caracteriza por dificuldades ou limitações intelectuais associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: comunicação, cuidado pessoal, autodeterminação, cuidados com saúde e segurança, aprendizagem, lazer, trabalho etc. Não foram consideradas deficiências mentais perturbações como autismo, neurose, esquizofrenia e psicose. (MEC, 2007)

4.5 Do direito à matrícula das pessoas com deficiência

Os sistemas públicos e privados de educação básica e superior devem assegurar a matrícula das pessoas com deficiência, considerando que a educação constitui direito humano (MEC, 2012); para que esse direito se efetive deve ser garantida a matrícula e as condições para a participação e aprendizagem em todos os níveis, etapas e modalidades de ensino.

A Constituição Federal de 1988 garante o ensino livre à iniciativa privada, desde que se cumpram as normas gerais da educação nacional, bem como a avaliação de qualidade pelo Poder Público, compreendido que o direito à educação somente se efetiva em um sistema educacional inclusivo. Ao gestor que recusar a matrícula de aluno com qualquer tipo de deficiência será determinada multa de três a vinte salários mínimos (MEC, 2012).

Cabe aos órgãos competentes pelos respectivos sistemas de ensino e ao Ministério Público a instauração de processo administrativo com vistas ao exame de conduta:

> Posto que cada ente federativo possui competência para dispor sobre seu próprio processo administrativo, recomenda-se que o processo inicie-se com a denúncia ou representação da infração, seguindo-se a coleta de informações administrativas sobre a instituição de ensino e posterior notificação para apresentação de defesa e indicação de provas, em prazo razoável, seguindo-se uma etapa de diligências eventuais e julgamento por instância administrativa responsável pela supervisão das escolas públicas e privadas, prevendo-se, ainda, uma instância recursal ao menos.(MEC, 2012)

Compete ao Ministério da Educação, juntamente com o Ministério Público Federal, acompanhar os procedimentos relativos à recusa de matrículas nas instituições privadas de educação superior e toda rede federal, a fim de recomendar à Advocacia Geral da União para que proceda à execução da multa, assegurado o processo legal. Dessa forma, fortalece-se o desenvolvimento do sistema educacional inclusivo, garantido o direito de todos à educação.

4.6 Atendimento educacional especializado na rede privada

O Decreto nº 3.289/1999 define que os serviços de educação especial serão ofertados nas instituições de ensino público ou privado do sistema de educação geral, mediante programas de apoio para o aluno que está integrado ao sistema regular de ensino (BRASIL, 1999).

A Convenção da Guatemala (1999), reafirma que pessoas com deficiência têm os mesmos direitos e liberdades que as demais pessoas, definindo como discriminação:

> (...) toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, consequência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais. (BRASIL, 2001)

No que se refere ao direito de acessibilidade física, pedagógica e nas comunicações e informações, estabelece-se no Decreto Nº 5.692/2004, que:

> Os estabelecimentos de ensino de qualquer nível, etapa ou modalidade, públicos ou privados, proporcionarão condições de acesso para utilização de todos os seus ambientes ou compartimentos para pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, inclusive salas de aula, bibliotecas, auditórios, ginásios e instalações desportivas, laboratórios, áreas de lazer e sanitários. (BRASIL, 2004)

Já conforme disposto no Decreto nº 6.571/2008:

> Considera-se atendimento educacional especializado o conjunto de atividades, recursos de acessibilidade e pedagógicos organizados institucionalmente, prestado de forma complementar ou suplementar à formação dos alunos no ensino regular. (BRASIL, 2008)

O Atendimento Educacional Especializado - AEE disponibiliza serviços, recursos e estratégias que eliminem as barreiras para o desenvolvimento da aprendizagem e para a participação na sociedade; atende os alunos público alvo da educação especial, em todas as etapas e modalidades da educação básica. As atividades desenvolvidas no atendimento educacional especializado diferenciam-se daquelas realizadas na sala de aula, não substituindo a escolarização em classe comum. Esse atendimento complementa a formação dos estudantes visando à autonomia dentro e fora da escola.

Esse atendimento disponibiliza, de acordo com as necessidades específicas dos alunos, o ensino do Sistema Braille, de soroban, da comunicação aumentativa e alternativa, do uso de tecnologia assistiva, da informática acessível, da LIBRAS, além de atividades de enriquecimento curricular que desenvolvam as funções mentais superiores (BRASIL, 2009).

Aos Estados cabe garantir o acesso dos alunos público alvo da educação especial às escolas regulares e às classes comuns, articulando o ensino regular à educação especial, contemplando a flexibilização do currículo, valorizando o ritmo de cada aluno, avaliando suas habilidades e necessidades e ofertando o AEE, além de promover a participação da família no processo educativo.

Dessa forma, a legislação garante a inclusão aos alunos público alvo da educação especial, nas instituições públicas ou privadas de ensino, as quais devem promover o atendimento de suas necessidades educacionais específicas; desse modo, sempre que o AEE for requerido, as escolas deverão

disponibilizá-lo, não cabendo o repasse dos custos desse atendimento às famílias dos alunos.

As instituições de ensino privadas, submetidas às normas da educação nacional, deverão matricular no ensino regular todos os estudantes, independente de sua condição de deficiência, bem como ofertar o AEE, promovendo sua inclusão escolar (BRASIL, 2009).

> Portanto, não encontra abrigo na legislação a inserção de qualquer cláusula contratual que exima as instituições privadas de ensino, de qualquer nível, etapa ou modalidade, das despesas com a oferta do AEE e demais recursos e serviços de apoio da educação especial. Configura-se descaso deliberado aos direitos dos alunos o não atendimento às suas necessidades específicas e, neste caso, o não cumprimento da legislação deve ser encaminhado ao Ministério Público, bem como ao Conselho de Educação, o qual, como órgão responsável pela autorização de funcionamento dessas escolas, deverá instruir processo de reorientação ou descredenciá-las. (BRASIL, 2009)

Na educação superior, a educação especial se efetiva através de ações que promovam o acesso, a permanência e a participação dos estudantes. Estas ações envolvem o planejamento de recursos e serviços que promovam a acessibilidade arquitetônica, nas comunicações, nos sistemas de informação, nos materiais didáticos e pedagógicos, que devem ser disponibilizados desde os processos seletivos e durante todas as atividades de ensino, pesquisa e extensão.

A avaliação pedagógica considera tanto o conhecimento prévio e o nível atual de desenvolvimento do aluno quanto suas possibilidades futuras de aprendizagem, numa visão de avaliação processual e formativa que analisa o progresso do aluno em relação a ele mesmo. Aos professores, cabe criar estratégias como ampliação do tempo para realização dos trabalhos bem como o uso da língua de sinais, textos em Braille, uso de tecnologia assistiva como uma prática cotidiana.

Cabe aos sistemas de ensino disponibilizar as funções de instrutor, tradutor/intérprete de Libras e guia-intérprete, bem como de monitor ou cuidador de estudantes com necessidade de auxílio em atividades de higiene, alimentação, locomoção que exijam auxílio no cotidiano escolar.

O professor, para atuar na educação especial, deve ter na sua formação inicial e continuada, conhecimentos gerais para o exercício da docência e conhecimentos específicos da área, possibilitando sua atuação no atendimento educacional especializado, bem como podendo atuar nas salas comuns do ensino regular, nas salas de recursos, nos centros de atendimento educacional especializado, nos núcleos de acessibilidade das instituições de educação superior, nas classes hospitalares e nos ambientes domiciliares.

Os sistemas de ensino devem organizar as condições de acesso aos espaços e recursos pedagógicos, assegurando a acessibilidade mediante a eliminação de barreiras arquitetônicas, na edificação, incluindo instalações, equipamentos e mobiliários, bem como nos transportes escolares, nas comunicações e informações.

5 Metodologia

A pesquisa para o presente trabalho foi realizada de forma qualitativa, apresentando os resultados através de análises que descrevem a complexidade do problema e a interação das variáveis. O estudo foi desenvolvido a partir de Pesquisa bibliográfica, analisando-se os conceitos de “educação inclusiva”, “práticas discriminatórias”, “direitos humanos” e as obras que mais contribuíram com o trabalho foram: Brasil (1988, 1990, 1994, 2001, 2004, 2008, 2009), Ministério da Educação e Cultura (1989, 1994, 1996, 1999, 2001, 2006, 2007, 2012) e Organização das Nações Unidas (2006).

6 Considerações finais

Os sistemas de ensino atualmente reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para realizar este direito sem discriminação e com igualdade de oportunidades, devem assegurar um sistema de educação inclusivo em todos os níveis de ensino, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida.

As pessoas com deficiência não podem ser excluídas do sistema de educação sob alegação de deficiência, bem como as pessoas com deficiência devem ter acesso ao ensino inclusivo, de qualidade, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem. Este direito

refere-se tanto às etapas da educação básica (educação infantil, ensino fundamental e ensino médio), quanto às modalidades de educação de jovens e adultos e educação profissional, bem como à educação superior.

A partir da concepção de educação inclusiva a escola passa a refletir acerca da pedagogia centrada no desenvolvimento do aluno e não mais na sua condição física, sensorial ou mental.

A Constituição Federal de 1988 define a educação como direito de todos, o ensino fundamental como etapa obrigatória de direito subjetivo, além de garantir o atendimento educacional especializado para os alunos com deficiência (BRASIL, 1988). Observa-se que cada um desses direitos é distinto e não substitutivo um do outro.

Nessa perspectiva, ter acesso à educação significa o direito à matrícula nas diferentes etapas da educação, inclusive na educação superior para o desenvolvimento da proposta curricular prevista para todos os alunos; ao mesmo tempo significa o direito de matrícula no atendimento educacional especializado- AEE, realizado de forma complementar, em salas de recursos multifuncionais das escolas comuns ou em centros de atendimento educacional especializado, públicos ou privados, sem fins lucrativos. Esse atendimento deve ser inserido no projeto pedagógico da escola onde o aluno está matriculado e independe da idade do aluno. Não substitui a escolarização regular do aluno, mas tem a função de identificar, elaborar e organizar recursos pedagógicos e de acessibilidade que eliminem barreiras e promovam o acesso e a aprendizagem dos alunos no ensino regular, tais como: ensino de Libras, ensino da Língua Portuguesa como segunda língua, Braille, orientação e mobilidade, tecnologia assistiva, comunicação alternativa, atividades para o desenvolvimento das funções mentais, entre outras (ONU, 2006).

O AEE deve complementar a formação dos alunos com deficiência, matriculados na educação básica ou superior da rede regular de ensino; os estudos atuais demonstram a necessidade de uma aprendizagem colaborativa que possibilite a todos os alunos, com ou sem deficiência, da mesma faixa etária, aprender e conviver com as diferenças.

Equivale dizer que crianças, jovens e adultos com deficiência devem ter assegurado o direito de aprender, na série correspondente à sua idade. Os

professores da educação básica, em articulação com a educação especial, devem estabelecer estratégias e metodologias que favoreçam a aprendizagem e participação desses alunos no contexto escolar, considerando que os alunos com deficiência continuarão a ter direito ao AEE em qualquer etapa, nível ou modalidade de ensino, considerando as necessidades específicas dos alunos que formam o público alvo da educação especial que, na perspectiva da educação inclusiva, é uma modalidade transversal a todas as etapas, níveis e modalidades de educação e ensino.

Referências

BRASIL. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Imprensa Oficial.

BRASIL. (1989*).* MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. SECRETARIA DE EDUCAÇÃO ESPECIAL. *Lei nº 7.853,* de 24 de outubro de 1989.

BRASIL. (1990*). Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil*. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

BRASIL. (1994*). Declaração de Salamanca e linha de ação sobre necessidades educativas especiais.* Brasília: UNESCO.

BRASIL. (1994). MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. SECRETARIA DE EDUCAÇÃO ESPECIAL. *Política Nacional de Educação Especial*. Brasília: MEC/SEESP.

BRASIL. (1996). MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.LDB 9.394*, de 20 de dezembro de 1996.

BRASIL. (1999). MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. SECRETARIA DE EDUCAÇÃO ESPECIAL. *Decreto nº 3.298,* de 20 de dezembro de 1999.

BRASIL. (2001). MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. SECRETARIA DE EDUCAÇÃO ESPECIAL. *Diretrizes Nacionais para a Educação Especial na Educação Básica.* Brasília: MEC/SEESP.

BRASIL. (2001). *Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001.* Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. Guatemala.

BRASIL. (2006). MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. SECRETARIA DE EDUCAÇÃO ESPECIAL. *Direito à educação: subsídios para a gestão dos sistemas educacionais- orientações gerais e marcos legais*. Brasília: MEC/SEESP.

BRASIL. (2007). IBGE. *Censo Demográfico*, 2000 Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/default.shtm. Acesso em: 20 de jan.2007.

BRASIL. (2007). MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Plano de Desenvolvimento da Educação: razões, princípios e programas*. Brasília: MEC.

BRASIL. (2009). MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Terminalidade específica*. Brasília: MEC/SEESP/DPEE, 23 de fevereiro de 2009.

BRASIL. (2012). MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Implementação da Educação Bilíngue.* Brasília: MEC/SECADI/DPEE, 18 de julho de 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. (2006). *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.*

5. DIREITOS HUMANOS NA EDUCAÇÃO

Alessandra Lucchesi de Oliveira
Especialização em Metodologia do Ensino Superior pelas Faculdades Integradas de Botucatu
Especialização em Psicopedagogia pela Universidade Sagrado Coração, USC
Especialização em Gestão Educacional pelo Centro Universitário UNISEB Interativo
Graduada em Estudos Sociais pelas Faculdades Integradas de Botucatu
Graduada em Pedagogia pelas Faculdades Integradas de Botucatu
Habilitação em Orientação Educacional, em Administração Escolar e em Supervisão Escolar pelas Faculdades Integradas de Botucatu
Professora universitária

1 Introdução

A escolha do tema “Os Direitos Humanos na Educação” revela a preocupação com importantes questões como, a garantia da plena realização do direito à educação, a formação dos alunos em valores fundamentais à vida pública e o conhecimento de sua condição de sujeitos de direito. E para isto precisamos refletir sobre a educação como um direito humano e para Os Direitos Humanos.

O papel da escola é possibilitar, organizar e sistematizar o acesso a todos os seres humanos de todo o conhecimento da humanidade que seja científico e relevante à existência e manutenção da vida humana. Os seres humanos não nascem sabendo a ser humano. É preciso aprender o que existe na cultura, o que existe inserido na sociedade. Faz-se necessário um trabalho educativo para desenvolver o ser humano em seus direitos e deveres construídos em suas épocas.

A escola tem cumprido com sua função de sistematizar o conhecimento acumulado historicamente e estaria possibilitando o acesso aos seres humanos e a partir deste acesso e da apropriação deste conhecimento permitindo aos seres humanos se desenvolverem em sua máxima potencialidade de igualdade em dignidade e direitos? Qual tem sido o impacto da educação no processo de efetivação dos Direitos Humanos será nosso norte para refletirmos neste estudo

Buscaremos neste trabalho no primeiro tópico apresentar as legislações, declarações de direitos humanos, conferências mundiais e nacionais, comissões da educação e Estatutos que trataram do tema direitos humanos e a responsabilidade da educação neste processo.

Compreender qual é o impacto da educação no processo de efetivação dos Direitos Humanos faz parte do segundo item deste texto para verificar se a educação está efetivamente cumprindo com seu papel de garantir que todas as pessoas tenham o direito de ser.

E finalmente refletir sobre os direitos humanos que são violados nas escolas e como estes fatos comprometem a eficiência e a eficácia do processo ensino e aprendizagem e a função social e política da educação.

A metodologia utilizada é a pesquisa bibliográfica que nos apresentará a realidade dos direitos humanos na educação e seus grandes desafios a serem vencidos.

2 Direitos humanos vinculados à educação escolar e seus aspectos legais, teóricos e históricos

O conceito de Direitos Humanos surgiu após a Segunda Guerra Mundial a partir de um esforço da Organização das Nações Unidas (ONU) em promover a paz. As legislações que conheceremos agora vieram para criar base, e não engessar, os meios de trabalho e de culturalizar os direitos humanos na educação.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) enfatiza-se que todas as pessoas têm o direito de ser. As pessoas devem ser iguais em dignidade e direitos. Devem ser fraternos.

> Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade. (Art. 1º, Declaração Universal dos Direitos Humanos)

Observa-se nesta Declaração que a educação pode alcançar estes direitos oferecendo-a de forma gratuita e capaz de promover a cultura geral, a capacitar o ser humano a desenvolver suas aptidões, sua capacidade de emitir juízo, e seu senso de responsabilidade moral e social e, inclusive, em torná-lo um membro útil da sociedade.

> **Artigo26**
> 1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, está baseada no mérito. (Declaração dos Direitos Humanos, 1948)

Na Declaração dos Direitos Humanos (1948) os direitos aparecem, em seu preâmbulo, “que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades”.

Na Constituição Federal de 1988 reafirmamos os direitos humanos, no Artigo 205

> A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (Art. 205, CF)

São 73 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), e 33 anos da Constituição Federal (1988) que contemplaram legalmente os direitos para o desenvolvimento humano e muitos deles ainda seguem desconhecidos ou incompreendidos pela sociedade. Este panorama comprova a ausência de uma cultura de respeito aos direitos humanos que deveriam estar sendo semeados nas escolas. O que nos reporta a nossa problemática: as escolas estão cumprindo com seu papel de base para a aprendizagem e o desenvolvimento humano permanentemente? Aprender para o ser humano é condição de sobrevivência, pois sem aprendizagem não há evolução e nem desenvolvimento humano.

Em 1990 reforça-se a preocupação dos Direitos Humanos na Educação e é aprovado, na Conferência Mundial da Educação para Todos, o plano de ação para satisfazer as necessidades básicas da aprendizagem e, consequentemente, do desenvolvimento humano. No seu Artigo 1º ressalta as oportunidades educativas voltadas para satisfazer a aprendizagem da leitura, escrita, cálculo, conteúdos básicos, expressão oral, solução de problemas para que as pessoas possam sobreviver, trabalhar com dignidade, melhorar a qualidade de vida, desenvolver plenamente suas potencialidades e tomar

decisões fundamentadas para sua vida, contribuindo para o coletivo da sociedade.

Jacques Delors, presidente da Comissão de Educação para o Século XXI (1996) relata no livro “Educação - um Tesouro a Descobrir” (1998) que devemos dotar a humanidade da capacidade de dominar o seu próprio desenvolvimento fazendo com que cada um tome seu destino nas mãos e contribua diariamente na sociedade em que vive. O desenvolvimento humano acontece na participação responsável dentro da sociedade. Esta afirmação de Jacques Delors (1996) ultrapassa a concepção da educação estritamente utilitária para uma missão de educação humanitária.

O desenvolvimento social humano é processo de mudança e transformação que só se realiza com o contato com outras pessoas, onde se busca a coerência e a verdade como identificação entre aquilo que se pensa, fala e faz. Por essa razão a Lei de Diretrizes e Bases/LDB (1996) chegou como um processo continuado a todas estas forças favoráveis e fortalecedoras da educação em sua contribuição no desenvolvimento do ser humano, pois criou diretrizes que transmitem efetivos valores que visam formar cidadãos conscientes, com elevada autoestima, respeito ao seu semelhante e ao ambiente que o cerca, impulsionadores de melhores meios de vida.

A LDB- Lei de Diretrizes e Bases (1996) em seu Artigo 2º estabelece que “a educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

O Artigo 2º, da Lei de Diretrizes e Bases (1996) apresenta o conjunto de finalidades que permeiam a educação e apresenta o compromisso da família e do Estado para que juntos prezem pelos princípios que visarão o pleno desenvolvimento do educando e sua qualificação para o trabalho e que são descriminados no Artigo 3º de referida lei:

> Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
> I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
> II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber;

> III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas;
> IV - respeito à liberdade e apreço à tolerância;
> V - coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
> VI - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
> VII - valorização do profissional da educação escolar;
> VIII - gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação dos sistemas de ensino;
> IX - garantia de padrão de qualidade;
> X - valorização da experiência extra-escolar;
> XI - vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais.
> XII - consideração com a diversidade étnico-racial.
> XIII - garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida.

Estes princípios, vale ressaltar, estão em consonância com a Constituição Federal de 1988, em seu Artigo 206:

> Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
> I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
> II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
> III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
> IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
> V - valorização dos profissionais do ensino, garantidos, na forma da lei, planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos;
> VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;
> VII - garantia de padrão de qualidade.

Em 1990, o Brasil promulgou o ECA- Estatuto da Criança e do Adolescente para que este público alvo fosse reconhecido em seus direitos e deveres estabelecidos na Constituição Federal. O Estatuto prevê os direitos humanos fundamentais, como à educação, ao lazer, à saúde, à dignidade, à convivência familiar e comunitária, aos objetos pessoais.

> Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (ECA, 1990)

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (1990) tem sido uma grande conquista para a luta de direitos humanos destas pessoas que estavam sempre aquém dos seus direitos e foram reconhecidas como seres em desenvolvimento e com maiores necessidades no atendimento legal estabelecido pelo ECA.

Muito mais do que diagnosticar quais as concepções ou necessidades originaram a atual legislação educacional brasileira, vale refletir sobre o modo como o desenvolvimento das atividades escolares, a vivência no espaço escolar dialoga com as áreas de conhecimento presentes na legislação vigente e que apontam a comunidade e o espaço escolar como grandes potencializadores para o respeito aos direitos humanos.

3 Impactos da educação no processo de efetivação dos Direitos Humanos e desenvolvimento humano

A palavra “desenvolvimento” já carrega nela mesma o significado de tirar do envolvimento, aquilo que está potencial. Tudo o que o ser humano pode ser, ele deve ser e a educação deve desenvolver potenciais humanos para reduzir o medo, o receio, a violência, a agressividade e fortalecer no ser humano suas personalidades. O desenvolvimento humano é a capacidade de resolução de questões pessoais e coletivas; de viver uma vida melhor dentro deste mundo. Deve-se pensar nos potenciais humanos quando lutar pela sobrevivência da espécie, o cuidado e sustentabilidade da natureza, as relações sociais com mais respeito.

Helena Oliveira, socióloga (2014, p 14) afirma “os seres humanos têm potencial para resolver os problemas coletivos, mas precisam ser um ser colaborativo e viver realmente em sociedade”. As escolas precisam pensar de maneira holística no potencial humano e num trabalho educativo para desenvolver o ser humano. O ser humano não aprende sozinho, precisa ser apresentado ao novo, ao conhecimento para desenvolver suas habilidades.

O homem se desenvolve no meio das pessoas e suas culturas e a educação tem o papel de organizar, sistematizar este conhecimento acumulado historicamente e possibilitar acesso ao conhecimento. Ampliar nos seres humanos sua capacidade de conhecimento, de acesso ao saber produzido pela

humanidade o levarão a sua máxima potencialidade de viver os direitos humanos e, consequentemente, retira a “concepção de escola utilitária para uma escola humanitária, de diálogos, de consciência que o direito a igualdade pressupõe o direito à diferença” (DELORS, (1998).

A Comissão da Educação para o Século XXI (1996) em seu relatório, escrito por Jacques Delors, enfatiza o desenvolvimento dos talentos e aptidões dos alunos com a exigência da equidade que deve orientar as políticas educacionais e sugere que o trabalho na educação deve ocorrer em torno de quatro aprendizagens: “aprender a conhecer”, isto é, adquirir os instrumentos da compreensão; “aprender a fazer” para poder agir sobre o meio envolvente; “aprender a conviver” a fim de participar e cooperar com os outros em todas as atividades humanas; e “aprender a ser” que integra as três precedentes. E para dar vida a este processo educativo é necessário fazer uso de metodologias que partam do que é significativo para o aluno, uma forma pedagógica que favoreça o desenvolvimento global dos alunos e da comunidade partindo dos valores culturais para evoluir tanto no ser cultural como no ser orgânico e social.

Assim, pensar a articulação entre o tema Direitos Humanos e as escolas é, antes de tudo, pensar sobre a Educação em Direitos Humanos. Aprender para a espécie humana é condição de sobrevivência, pois sem aprendizagem não há evolução e nem desenvolvimento humano.

> [...] pensemos na aproximação das práticas escolares em relação às outras práticas sociais e culturais, aos espaços urbanos tratados como territórios educativos. Pensemos ainda na escola em meio a um processo que imbrica saberes escolares aos saberes que “circulam” nas praças, nos parques, nos museus, nos teatros, nos cinemas, nos clubes, nos espaços de inclusão digital, nos movimentos em favor dos direitos humanos materializados na proteção das mulheres, das crianças e dos jovens. (MOLL, 2009, p.15)

Conhecer as características das novas configurações sociais e seus efeitos é o primeiro passo para reconhecer o grande desafio da educação no processo multiplicador dos direitos humanos junto à comunidade escolar. Cícera Leite (2009), em “Educação em Direitos Humanos: um debate que falta na escola”, cita estas questões

> As diferenças sociais extremadas, na qual a indigência, a miséria, a escassez, e a pobreza extrema, a estrutura social das massas; a intolerância por religião, raça, etnia, gênero, condição social e econômica, orientação sexual, deficiência, e outras categorias, exclui os/as diferentes que estigmatizados são transformados em incapazes e imprevidentes. (LEITE, 2009)

Longe de produzir sentimentos humanizantes e mensagens igualitárias diante destas características sociais latentes pela sociedade, a escola passa a ser referência identificatória de construções ideais, fundamentais na constituição da integridade humana de seus alunos. Esta preocupação transporta aos currículos escolares atuais e ao cotidiano escolar para se observar a atuação deste papel humanizador da escola.

4 Direitos humanos no ambiente escolar

A escola, como instituição de referência na educação e valiosa na formação do indivíduo, deve debater, praticar, promover e garantir os direitos humanos. Este é o papel da escola garantir as condições básicas de existência do seu alunado e o pleno desenvolvimento humano. “A educação em direitos humanos educa para as pessoas se sentirem cidadãs responsáveis e com direito a seus direitos”, afirma a socióloga Helena Singer (2009).

Criar a cultura, a ideia de que o direito humano deve ser falado, refletido e praticado faz a escola romper com paradigmas tradicionais institucionalizados, como por exemplo, os conflitos gerados nas escolas são normalmente silenciados, advertidos, reprimidos e deveriam sim ser debatidos e refletidos para construção da personalidade humana dos seus alunos como sujeitos conhecedores de seus direitos e deveres.

> Uma cultura institucional que desrespeita os direitos humanos e que não atribui direito às crianças e adolescentes se torna um celeiro para violações mais graves, como violência e abuso. Onde não há direitos, há violência. (SINGER, 2008)

O ambiente escolar não propicia direitos e oportunidades educacionais iguais quando os alunos são alvos de estereótipos e preconceitos por raça, etnia, classe social, gênero, religião, deficiência, entre outras situações que se verifica no cotidiano escolar em diversas unidades escolares. Nestas situações a escola torna-se, segundo Cícera Leite (2009),

> um micro espaço assimétrico e excludente onde os direitos humanos são violados e estes fatos comprometem a eficiência e a eficácia do processo ensino e aprendizagem e a função social e política da educação. (LEITE, 2009)

A responsabilidade da função social e política da educação não deveria ser limitada a uma disciplina de direitos humanos, pois eles dizem respeito a todos nós constantemente em nossa vida atual e cotidiana. Sendo assim, os direitos humanos devem ser trabalhados em todas as disciplinas curriculares para mostrar essa atualidade, para permitir as crianças e adolescentes esta maturidade, esta apropriação de conceitos humanitários.

O Ministério da Educação preocupou-se com o risco de dissociar os direitos humanos de outras disciplinas quando percebeu nas unidades escolares o direcionamento para uma única disciplina e elaborou cadernos pedagógicos sobre os Direitos Humanos nas salas de aula. Em seu preâmbulo, explicita que o material “sugere caminhos para a elaboração de propostas pedagógicas a partir do diálogo entre os saberes acadêmicos e a comunidade” (MEC, 2007).

A escola é um espaço democrático que recebe todas as diversidades e deve ter como princípio que, embora os seres humanos sejam diferentes entre si, estão em condição de igualdade em relação ao fato que partilham a fragilidade humana. A escola deve exercer os direitos humanos em seu cotidiano, em seu currículo escolar.

> Aquele valor – sem preço – que está encarnado em todo o ser humana. Direito que lhe confere o direito ao respeito e à segurança – contra a opressão, o medo e a necessidade – com todas as exigências que, atual etapa da humanidade, são cruciais para sua constante humanização. (BENEVIDES, 2005, p.12)

Benevides (2005) nos alerta para a preocupação com os processos democráticos que ocorrem por meio de práticas sociais na vida política e cultural, inclusive, a escola deveria ser um grande centro destas práticas, porém a transposição do que está escrito para a realidade daquilo que é feito é sempre mais difícil do que se diz.

Trazer o tema para a sala de aula, promover os direitos humanos em suas práticas e vivências cotidianas exige um repensar de posicionamentos e modos de atuação.

> Está muito incorporado na cultura institucional a ausência dos direitos das crianças. Elas não são vistas como cidadãos e, portanto, vários dos direitos listados na Declaração dos Direitos Humanos não costumam ser atribuídos às crianças. (SINGER, 2008)

Singer (2008) exemplifica que, dentro dos direitos como de expressão, locomoção e associação eles são comumente desrespeitados dentro do ambiente escolar "É tão incorporado na cultura escolar de que o melhor aluno é o que fica quieto enquanto o professor fala, que a pauta do direito de se expressar pelo aluno não é colocada".

Outros exemplos poderiam ser levantados aqui para os leitores fazerem o exercício de refletir se estes temas foram trabalhados em sua própria escolarização. O direito ao casamento, continua Singer (2008), é um exemplo que amplia para questões de casamento igualitário, o divórcio, os direitos dos pais e das mães. Questões que fortaleceriam os estudantes a entenderem esta realidade e quando vivenciassem a questão teriam argumentos, conhecimentos para poderem decidir. A participação é um dos princípios que possibilita vivenciar os direitos humanos de maneira mais argumentativa, dialógica, democrática e cooperativa e torna o indivíduo protagonista de suas trajetórias de vida.

É no processo educativo que acontece a convivência humana e a descoberta de si mesmo. Esse percurso é contínuo, de formação e evolução do ser humano em todas as idades, tendo como resultado a realização pessoal. Portanto a convivência humana educa, e a educação vem falhando na sua responsabilidade de ampliar o processo intelectual para o também existencial de seus estudantes, para atuar com o conhecimento, capacitando-o a resolver situações nas diversas áreas da vida.

Para conquistar esta qualidade no ensino é preciso também uma atenção especial à formação dos professores, pois são eles os incentivadores para a evolução dos alunos. Educadores não podem ficar presos em regras institucionais como usar ou não bonés e não se aprofundarem em questões de

atitudes e diversidades garantidas nos Direitos Humanos. A relação existente no ambiente escolar orquestrada pelo professor é um verdadeiro laboratório para a vida, pois os alunos aprendem a viver juntos, e transformam os conhecimentos em instrumento para viver melhor com o outro e consigo mesmo.

A criança e o adolescente precisam crescer e se desenvolver numa cultura de respeito as diferenças e devem encontrar esta relação dentro dos ambientes escolares no percurso de sua escolarização. E, em apoio, as unidades escolares e sua equipe deve ser formada para trabalhar com a diversidade. A concretização de uma proposta de escola nessa perspectiva tem como principal determinante o nível de consciência e de conhecimento que a equipe escolar tem dos direitos e deveres, além de uma vivência cidadã que se efetiva na coletividade.

Neste estudo observa-se a grande potencialidade da educação em desenvolver práticas significativas que estimulem o respeito ao aluno e ao diálogo, mas ainda existe a preocupação com a ausência de conteúdos relacionados à temática dos direitos humanos e da cidadania de forma mais consciente e sistemática e de alguns encaminhamentos pedagógicos, principalmente, quando trata-se de estereótipos e preconceitos criados no espaço escolar devastando com os direitos humanos garantidos a todos os seres humanos.

5 Considerações finais

Este trabalho teve o objetivo de refletir sobre os direitos humanos na educação e para a educação. Os momentos atuais vêm cobrando da sociedade esta reflexão constante, visto que o fenômeno de massificação social e as dificuldades crescentes -exemplificadas neste texto- tem sido recorrentemente vivenciada em nossa comunidade e nas escolas. O fato é que se há violação aos direitos humanos é porque existe uma norma a ser violada. Desta forma o estudo levantou algumas das principais legislações que embasam a luta pelos direitos constituídos desde a Constituição Federal de 1988 até os Estatutos que foram redigidos confirmando os direitos legais, em públicos específicos, como o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O conceito de direitos humanos que regeram esta reflexão considerou-os como essenciais a todas as pessoas, sem distinção. Direitos humanos reconhecidos como indispensáveis para uma vida digna. São um conjunto de valores e ideais que defendem a liberdade (expressão, propriedade, etc), a igualdade (perante a lei, acesso a bens materiais e culturais, etc), a segurança social (saúde, educação, cultura, etc), o respeito às diferenças, etc.

Muitos são os espaços em que podem ser efetivados os direitos humanos, porém o espaço detalhado aqui foi o espaço escolar que tem como função primordial a educação numa perspectiva formativa, de socialização cultural sistemática que desenvolve a reflexão e promove a mudança nos seres humanos. As unidades escolares, desde a educação básica até o ensino superior, devem preocupar-se não só com os conteúdos curriculares, mas também com a formação do caráter e da personalidade dos indivíduos, com a formação integral de cada aluno. O grande desafio da educação observado neste estudo é o de romper com o conceito cristalizado de escola conteudista para escola humanizada; desconstruir o conhecimento apenas pelo conhecimento e descobrir a força do conhecimento para a formação integral das pessoas.

O papel da escola deve ser o de oferecer aos alunos condições de refletir e decidir sobre questões relacionadas à sua vida e ao ambiente que os cerca. Ficou registrado, no tópico das práticas escolares, exemplos que comprovavam a dificuldade em vivenciarem com os alunos, por faltar formação adequada aos profissionais da educação, os temas de racismo, sexismo, discriminação social, cultural, religiosa e outros direitos humanos; inclusive verificou-se em alguns textos, preconceitos e discriminações que ainda nascem no próprio contexto escolar gerando a discriminação e o impacto negativo no processo de aprendizagem.

A educação ao trabalhar com os direitos humanos deve fortalecer a consciência na equipe escolar do seu trabalho no processo de formar sujeitos participativos, de formar consciência crítica e autonomia nos alunos. Deve compreender que é um instrumento imprescindível para que o aluno se torne protagonista na construção de uma vida digna na sociedade.

O currículo escolar também foi citado como oportunidade de aprofundar os conceitos e construir cultura de apropriação dos diretos. Os temas têm que estar presentes em todas as disciplinas e desenvolver-se em todas as dimensões do cognitivo ao “saber ser”. Um currículo escolar deve assumir a atividade humana como princípio educativo para construir uma escola que forma o ser humano em sua integralidade. Este novo currículo apresenta-se na Base Comum Curricular/BNCC que poderá ser um grande tema para outro estudo de aprofundamento.

O impacto da educação no processo de efetivação dos direitos humanos acarretaria, se cumprissem na totalidade seu papel de formação integral dos alunos, no reconhecimento dos direitos fundamentais de igualdade entre os homens, desconstruiria paradigmas equivocados referentes a preconceitos, pois a escola possibilita um cenário de viver em comunidade e de reconhecer a pluralidade existente nos seres humanos e que todos, independentes desta diversidade, possuem a mesma dignidade e os mesmos direitos humanos.

Nesse sentido, este estudo abraçou a tarefa de contribuir com o processo de apresentar a necessidade de requalificar as práticas em direitos humanos no ambiente escolar e confirmar as inúmeras legislações que estabelecem a oportunidade de direitos humanos para todos. E evidenciar que a educação é um grande espaço democrático para vivenciá-los e tornar os alunos protagonistas destes direitos e que eles devem se apropriar dos direitos humanos e transpor os muros escolares para construírem uma sociedade justa e digna para todos.

Referências

BENEVIDES, R.: PASSOS, E. A humanização como dimensão pública das políticas de saúde*. Ciência & Saúde Coletiva*, v.10, n.3, 2005.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 26 junho2021.

BRASIL. *Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional*. Lei nº 9394, 20 de dezembro de 1996.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/centrais-de-conteudo/crianca-e-adolescente/estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-versao-2019.pdf Acesso em: 26 junho de 2021.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Educação em Direitos Humanos: Diretrizes Nacionais.* Brasília, 2013. Vol. 3 e vol. 5.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez.1948. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html Acesso em: 26 junho 2021

DELORS, J. *Educação: um tesouro a descobrir.* 2ed. São Paulo: Cortez Brasília, DF: MEC/UNESCO, 2003.Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=32131-educacao-dh-diretrizesnacionais-pdf&Itemid=30192 Acessado em: 26 junho de 2021.

_____. *Declaração mundial sobre educação para todos.* Plano de ação para satisfazer as necessidades básicas de aprendizagem. Tailândia, 1990.

LEITE, Cícera. *Educação em Direitos Humanos: um debate que falta na escola.* Ed Realize, 2009.

MANTOAN, Maria Teresa Eglér; SINGER, Helena. *A gestão democrática do conhecimento: uma investigação sobre propostas transformadoras da estrutura escolar e suas implicações nos percursos dos estudantes.* (UNICAMP). Campinas, SP, Brasil, 2008.

MOLL, Jaqueline. Conceitos e pressupostos: o que queremos dizer quando falamos de Educação Integral? In: *Salto para o futuro - Educação Integral*, 2009.

SCHILLING, Flávia (org). *Direitos humanos e educação: outras palavras, outras práticas*. São Paulo: Cortez, 2005.

SINGER, Helena. *República de crianças: sobre experiências escolares e resistência.* Campinas: Mercado das Letras, 2010.

6. OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COMO ALICERCE PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA CULTURA DE PROTEÇÃO A MULHER

Juliana Cristina Borcat Sveidic
Doutora em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino
Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino
Graduada em Direito pela Instituição Toledo de Ensino
Professora universitária na Faculdade Galileu e advogada

1 Introdução

Ao longo de sua história e até os dias atuais a mulher ainda é vista como inferior ao homem e essa representação social e cultural da masculinidade, eleva a crença de superioridade do homem; bem como os padrões de educação familiar focados em papéis preestabelecidos enquanto elementos que culminam na fomentação de violências contra a mulher, como retroalimentam uma cultura de tolerância a estas violências.

As estatísticas sobre a violência contra a mulher no Brasil na atualidade evidenciam que as representações da mulher como subordinada à autoridade do homem na jurisdição do lar autoriza que o homem pratique violências contra esta, com a finalidade de corrigi-la e puni-la quanto ao comportamento que a fez transgredir o seu papel imposto pelo patriarcado, modelo de família fundado miticamente e juridicamente sob o poder do *pater,* do pai, do chefe da família, hierarquizado com uma verticalização das instâncias de poder, na qual todos de seus patamares hierárquicos estão submetidos e subjugados ao ápice da pirâmide, ao pai, ao chefe do sexo masculino .

Assim, demonstrar-se-á que a cultura de violência contra a mulher, então, está a serviço deste modelo patriarcal androcêntrico, misógino, sexista e machista que trata as mulheres como coisas que podem ser violadas física, psicológica, moral, sexual e patrimonial.

Em virtude do direito não se constituir exclusivamente pela norma, mas possuir uma parcela institucional e uma estrutural, este estudo passará a enfrentar a consideração da atuação da justiça e da intervenção de fatores discursivos e ideológicos, pois em que seja necessária a judicialização como a criminalização da violência contra as mulheres, pela letra das normas e leis, esta por si só não é o suficiente, pois necessário se faz uma mudança de cultura e a legislação por si só não é hábil em modificar uma cultura.

Desta maneira, buscar-se-á com respaldo nos princípios fundamentais da república federativa do Brasil a construção de uma nova cultura de proteção à mulher.

Por intermédio da mudança das práticas advindas do patriarcado que objetificam e subjugam a mulher, é possível a modificação de uma cultura, porém necessário um norte a seguir, como uma codificação de práticas a serem alteradas e, quanto à legislação, a própria Magna Carta de 1988 possui essas instruções em seus princípios fundamentais, assim visar-se-á a aplicação desses dispositivos.

Com a determinação constitucional expressa, torna-se inescapável ao legislador procurar adequar o aparato jurídico brasileiro aos valores dos seus princípios fundamentais que inauguram o texto constitucional de 1988 e no caso de proteção à mulher em todos os aspectos necessários para que possa se tornar mulher de forma digna e com respaldo legal, este estudo determinará como vetores: os fundamentos da república federativa da cidadania e da dignidade da pessoa humana, os objetivos fundamentais do Estado democrático brasileiro, a observância do regimento da república federativa do Brasil nas suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos.

Corolário a estes entendimentos, verificar-se-á os princípios fundamentais da Magna Carta de 1988 como valores primordiais deste documento, que asseguram à mulher uma vida digna e livre de violências. Porém, para que isto aconteça, essencial se faz que esta se liberte da necessidade de perseguir um destino imposto pela essência feminina patriarcal para construir o seu próprio destino.

Deste modo, a oxigenação cultural do Brasil com o advento de seus princípios fundamentais no título I de sua Magna Carta, anunciando a carga valorativa que possuem, deverão ser colocados em prática, e uma das formas de aplicação destes, sem prejuízo das demais formas já citadas, será a aplicação do direito fundamental da igualdade, pois, não há de se falar em garantia universal de direitos sem que as mulheres, na qualidade de pessoas humanas, tenham seus direitos respeitados, bem como fundamental o tratamento jurídico diferenciado para homens e mulheres, em decorrência dos anos em que esta foi o outro na história.

2 A cultura da violência contra a mulher no Brasil na atualidade: herança do patriarcado

Cultura é um padrão de significados transmitidos historicamente, incorporado em símbolos e materializado em comportamentos, assim as imagens públicas do comportamento cultural são vistas como os mais eficazes elementos do controle social e por conseguinte cria e recria este comportamento, em virtude do seu conteúdo ideológico, que é impossível de ser esvaziado de significado, já que toda cultura possui uma ideologia que o embasa.

Segundo Clifford Geertz (1989, p. 323) a cultura está na organização da estrutura da sociedade, podendo ser definida como um sistema cultural de organização e controle das coletividades, fazendo com que alguns princípios que são aceitos pelo comum sejam tidos como indiscutíveis.

Tem-se que a relação de desigualdade entre homens e mulheres é milenar, sendo que a mulher sempre teve uma posição histórica de inferioridade devendo ser obediente e submissa ao homem.

Essa desigualdade deu ensejo na construção de uma cultura que induz, ainda nos dias atuais a legitimação da violência contra às mulheres, sendo que por meio da opressão e supressão de direitos das mulheres, o homem obteve inúmeros privilégios e sem dúvidas a sua posição de superioridade quedou-se cultural.

Existe uma corrente de pensamento seguida por diversos estudiosos da cultura que legitima a violência contra a mulher, antropólogos, humanistas e

cientistas sociais que afirmam que o macho humano desconheceria a sua participação na procriação da espécie humana durante os tempos primitivos.

Nestas épocas mais remotas, período longo durante a pré-história, as fêmeas humanas eram consideradas “deusas”, detentoras exclusivas do poder da criação, ensejando modelos de organização social durante o neolítico nos quais teriam existido, senão matriarcados, mas estruturas horizontalizadas com distribuição mais equitativa de poder entre homens e mulheres (LINS, 2007, p. 20-23).

Porém, a partir do momento que abandonaram a caça, os homens começaram a participar das atividades das mulheres e quando passaram a ter mais contato com os animais passaram a perceber a conexão entre o ato sexual e o seu fruto da filial e om a inauguração da paternidade onde antes só havia maternidade, os homens teriam tomado para si o poder, instaurando-se, assim, o patriarcado e a sua estrutura hierarquizada (CAMPOS, 2003, p.50).

A consolidação do modelo patriarcal se deu com a família romana: A família romana constituía um pequeno Estado sob as ordens de seu soberano, o chefe da família e todas as dissensões internas eram dirimidas pelo chefe da família que desempenhava a função de *domesticus magistratus* (CAMPOS, 2016, p. 3).

O chefe de família tinha poder absoluto, recebendo a denominação de *pater familiae* e este poderia, inclusive, vender a mulher e os filhos como escravos. (CAMPOS, 2016, p.4).

Dessa forma, o *debitum conjugale,* fundado no casamento romano e em vigor até os nossos dias em nosso direito pátrio, ou seja, o dever de conjunção carnal entre os cônjuges, fazia com que o estupro fosse uma prática corrente dentro dos casamentos, afinal, se aqueles poderiam, inclusive, matá-las, o que dirá, forçá-las a práticas sexuais aos quais, os mesmos teriam direito por lei? (CAMPOS, 2016, p.4).

O modelo patriarcal, portanto, é um modelo fundado miticamente e juridicamente sob o poder do *pater,* do pai, do chefe da família. Trata-se de um modelo hierarquizado com uma verticalização das instâncias de poder, na qual todos, de seus patamares hierárquicos, estão submetidos e subjugados ao ápice da pirâmide, ao pai, ao chefe do sexo masculino (CAMPOS, 2016, p.5).

A cultura fez com que este homem, chefe do patriarcado poderia subjugar e objetificar as suas mulheres, que eram suas propriedades e inclusive utiliza-las sexualmente quando quisessem e da forma que bem entendessem.

A crença da objetificação da mulher oriunda do sistema patriarcal deriva justamente desses discursos de validação da hierarquia histórica e culturalmente estabelecida, tal como o discurso que define a mulher, dentre outros, como objeto do prazer masculino.

Com esses discursos de validação da hierarquia proveniente do patriarcado o dominador procura justificar as atrocidades cometidas pelos homens às mulheres.

Assim, a cultura de violência contra a mulher faz parte de um sistema maior, que é o patriarcado, um sistema que consiste na estrutura de pensamento que insiste no modelo de interação baseado na dominação dos homens sobre as mulheres.

Trata-se de uma cultura extremamente machista e misógina que coisifica a mulher que é manifestada de maneira mais visível e desumana por meio da violência, que faz com que o homem acredite se superior a mulher e por conseguinte tem o direito de controlá-la, subjuga-la, humilhá-la e agredir de diversas formas, ocorrendo o que se denomina: a violência contra a mulher, motivo pelo qual, essa cultura deve ser combatida.

A verdade é que a história foi escrita por homens, deixando à margem desta as mulheres, que durante um longo período de sua historiografia, foram vistas como o outro em virtude de sua “essência feminina”.

Por óbvio que o direito também seguiu esse caminho e com diz Maria Berenice Dias: “O lugar dado pelo Direito à mulher sempre foi um não-lugar. Sua presença na História é uma história de ausência” (2019).

> [...] Foram elles os inventores da mulher pária. [...] Elles, os legisladores que só legislam para si. Para o sexo do legislador, tudo, tudo! [...] Para o sexo legislado, nada! Nada! (COBRA, 1933, p.73)

As Constituições e legislações ordinárias brasileiras sempre impuseram à mulher uma essência feminina a ser seguida, em prol de que, em âmbito criminal, o seguimento dessa essência evitava que essas fossem vítimas de

crimes cruéis e, por muitas vezes, mortais, praticados por homens agressores incapazes de lutarem contra as suas essências masculinas, bem como, evitava que estas fossem inclusive autoras de crimes e, em âmbito civil, essa essência lhes assegurava a proteção do homem, o seu chefe, bem como a possibilidade de ter uma vida junto aos filhos.

As Constituições e legislações ordinárias brasileiras que sempre impuseram à mulher uma essência feminina a ser seguida, em prol de que, em âmbito criminal, o seguimento dessa essência evitava que essas fossem vítimas de crimes cruéis e, por muitas vezes, mortais, praticados por homens agressores incapazes de lutarem contra as suas essências masculinas, bem como, evitava que estas fossem inclusive autoras de crimes e, em âmbito civil, essa essência lhes assegurava a proteção do homem, o seu chefe, bem como a possibilidade de ter uma vida junto aos filhos.

Em que pese a Constituição de 1988, com o seu viés de Carta Magna cidadã tenha surgido como uma esperança para as mulheres brasileiras, dando, assim, início a uma nova ordem constitucional, considerada a mais democrática, humanista e liberal de todas as Constituições brasileiras e inobstante aos lentos avanços da legislação infraconstitucional para assegurar uma vida as mulheres livre de violências, basta um simples olhar para as estatísticas sobre a violência contra a mulher no Brasil na atualidade para verificar que em 2017, houve um crescimento dos homicídios femininos no Brasil, com cerca de 13 assassinatos por dia, resultando ao todo, com a morte de 4.936 mulheres, sendo o maior número registrado desde 2007 (IPEA, 2019), bem como em pesquisas efetuadas em 2014 (IPEA 2014) para constatar que 88,5% das vítimas de estupro são do sexo feminino.

Essas estatísticas evidenciam que as representações da mulher como subordinada à autoridade do homem na jurisdição do lar autoriza que o homem pratique violências contra esta, com a finalidade de corrigi-la e puni-la quanto ao comportamento que a fez transgredir a sua essência feminina. Isso ocorre também no que se refere à violência sexual, pois, o pensamento social dominante é de que os homens não conseguem controlar os seus apetites sexuais e, dessa forma, as mulheres transgressoras de sua essência que os provocam, não se comportam como deviam.

Extrai-se assim que é nesse modelo patriarcal de subjugação e objetificação da mulher que vive-se ainda hoje não apenas é tolerado, mas é utilizada como um método de controle e de manutenção da preeminência desse poder patriarcal na sociedade.

Neste contexto, entende-se que em virtude do direito não se constituir exclusivamente pela norma, mas possuir uma parcela institucional e uma estrutural, primordial considerar a atuação da justiça e da intervenção de fatores discursivos e ideológicos, pois em que seja necessária a judicialização como a criminalização da violência contra as mulheres, pela letra das normas e leis, esta por si só não é o suficiente, pois necessário se faz uma mudança de cultura e a legislação por si só não é hábil em modificar uma cultura.

3 A Constituição cidadã de 1988 e o lobby do batom

Sem sombras de dúvidas, a Constituição de 1988 foi um marco quanto à evolução dos direitos das mulheres.

Antes de adentrar aos grandes avanços para com a representatividade das mulheres com o advento da Constituição de 1988, necessário se faz pautar a importância que teve a participação das mulheres na constituinte de 1988 com o advento da carta da mulher brasileira aos constituintes com o título “constituinte prá valer tem que ter palavra da mulher”, quedando-se conhecida como o lobby do batom.

Primeiramente insta salientar que em 29 de agosto de 1985 foi criado o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), com o advento da lei n. 7.353/85, vinculado ao Ministério da Justiça em 1985, de iniciativa do presidente José Sarney.

O CNDM foi criado no primeiro ano do governo civil após a ditadura militar, conquistado pela pressão advinda dos movimentos feministas e integrado por militantes engajadas na luta pela democracia e pelos direitos das mulheres.

Já em sua primeira gestão, de 1985 a 1989, o CNDM atuou na Campanha pela Constituinte juntamente com os movimentos de mulheres e feministas, reivindicando a inclusão de mais direitos das mulheres na nova Constituição (AMÂNCIO, 2013, p.76).

Infere-se que o CNDM fomentou a luta por direitos da mulher durante o processo de redemocratização política, atuando como mediador entre os movimentos de mulheres e os parlamentares constituintes (AMÂNCIO, 2013, p.76).

Com o slogan “Constituinte prá valer tem que ter palavra da mulher”, acenando rumo à igualdade perante à lei entre homens e mulheres, o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM) lançou a campanha “mulher a constituinte”. Assim, empoderadas por esta pauta, milhares de mulheres brasileiras reuniram-se durante meses, estudaram, debateram e formularam suas reinvindicações.

A campanha também atuou paralelamente junto aos parlamentares constituintes, onde o movimento ficou conhecido como o “Lobby do Batom” (MATOS, SIMÕES, 2010, p.17-18).

No decorrer dos debates do processo constituinte, as mulheres se fizeram ouvir, buscando com autoridade o reconhecimento, por exemplo, dos mesmos direitos e deveres para homens e mulheres na esfera do matrimônio, a inclusão do planejamento familiar, o aperfeiçoamento do conceito de família, a proteção ao trabalho exercido pela mulher etc” (MATOS, SIMÕES, 2010, p.17-18).

No dia 26 de agosto estes debates serviram de subsídios para a elaboração da Carta da Mulher Brasileira aos Constituintes.

A historiadora Ester Monteiro (2019) elucida que de acordo com levantamento do próprio CNDM, 80% das reivindicações das mulheres foram aprovadas, desse modo estas conquistaram, na Constituinte de 1988, a igualdade jurídica entre homens e mulheres, a ampliação dos direitos civis, sociais e econômicos das mulheres, a igualdade de direitos e responsabilidades na família, a definição do princípio da não discriminação por sexo e raça-etnia, a proibição da discriminação da mulher no mercado de trabalho e o estabelecimento de direitos no campo da reprodução, apenas não sendo alcançados objetivos como garantais no campo dos direitos sexuais e reprodutivos, em particular quanto ao aborto, por causa das resistências oferecidas por alguns dos demais constituintes.

A Magna Carta de 1988 merece relevância e destaque desde o seu preambulo que já assegurava aos brasileiros o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, pautada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

O caráter inovador por si só já privilegia grupos minoritários e vulneráveis como as mulheres e, neste sentido, Daniel Sarmento (2009, p.31) explica que a Magna Carta de 1988 voltou as suas atenções para a proteção dos sujeitos mais vulneráveis, as minorias, instituindo dispositivos voltados à defesa de grupos como as mulheres, consumidores, crianças e adolescentes, idosos, indígenas, afrodescendentes, pessoas com deficiência e presidiários.

Um dos artigos mais importantes para as mulheres na Magna Carta de 1988 é sem sombras de dúvidas o artigo 5º inciso I, que finalmente estabelece a igualdade entre gêneros, ou seja, homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos desta Constituição.

A Constituição Federal de 1988 não se limitou a conter o princípio da igualdade somente no artigo 5º, mas também contemplou ao longo de seu texto a exigência de tratamentos igualitários e proibições de discriminações.

No que se refere à mulher, o artigo 5º inciso L assegura as mulheres presidiárias condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação; o artigo 7º, inciso XVIII, prevê a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário com a duração de cento e vinte dias, inciso XIX prevê a licença paternidade, nos termos fixados em lei, inciso XXX prevê a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo; o artigo 143, §2º preleciona que as mulheres ficam isentas do serviço miliar obrigatório em tempo de paz, sujeitas, porém a outros encargos que a lei lhes atribuir e o artigo 201, §7º, incisos I e II, asseguraram a aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições, I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os

sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal; o artigo 226, §5º assegura que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

De suma importância ainda salientar que a Magna Carta passou a regulamentar os direitos das pessoas que convivem sem estarem casadas, ou seja, em união estável, no bojo de seu artigo 226 §3º e em que pese este avanço privilegie homens e mulheres, evidencia-se que embora o ano ser 1988, muitas mulheres ainda dependiam financeiramente dos companheiros e com a morte destes, ou até mesmo em casos de separação ficavam à mercê de suas próprias sorte.

Neste contexto, resta-se evidente que a Constituição Federal de 1988 trouxe avanços incontestáveis para o fim da discriminação das mulheres, iniciando-se uma verdadeira revolução no que tange a inserção feminina nos espaços sociais, porém não se olvida de que tais transformações legais são importantes e um marco na história das mulheres, porém a questão que se impõe desde o início deste capítulo é que nem sempre a sociedade caminha junto a evolução legislativa.

4 Os princípios fundamentais da Constituição de 1988 como alicerce para a construção de uma cultura de proteção à mulher

O constituinte da Magna Carta de 1988 decidiu constar como o primeiro título deste texto os princípios fundamentais, o que faz com que estes sejam considerados os valores essenciais do ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição de 1988 possui mais princípios do que regras e com o advento do pós positivismo, que pode ser identificado nas décadas finais do século XX, constatou-se acentuação da “hegemonia axiológica dos princípios” pelas novas Constituições que eram promulgadas, convertendo-os em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistema constitucionais e assim a confirmação da normatividade dos princípios os fizeram ser colocados no sistema jurídico com hegemonia da construção normativa, de maneira que passaram à centralidade da norma constitucional,

como regentes da ordem jurídica, fazendo com que os princípios sejam então as vigas mestras do texto constitucional (NELSON, 2013, p.21).

Nesse sentido, a Constituição de 1988 é considerada uma Constituição principiológica, diante do elevado número de princípios nela presentes, porém, inobstante a estas assertivas, no título I, os princípios que ali se encontram são fundamentais, ou seja, são o alicerce da Magna Carta, tido pelo constituinte originário como os mais importantes, sendo a base para todo o ordenamento jurídico constitucional (NUNES JUNIOR, 2017, p.491).

Segundo Luiz Alberto David Araujo (2013, p.25) os princípios fundamentais possuem um valor diferenciado, porque pela sua generalidade trataram de permitir que o leitor recebesse essa carga valorativa forte, quando fosse interpretar os demais comandos constitucionais e fazendo isso no começo do texto enseja em uma valorização da abertura da Constituição, anunciando, a quem for ler, que valores seriam importantes para o sistema constitucional que se inaugurava.

O Título I da Constituição é composto por quatro artigos, assim divididos: artigo 1º, que dentre outros temas trata dos fundamentos da república; o artigo 2º que, trata da separação de poderes; o artigo 3º, que trata dos objetivos da república e o artigo 4º, que trata dos princípios que regem as relações internacionais e nesse mapa constitucional supra traçado, encontram-se todos os fundamentos que são esmiuçados ao longo do texto constitucional.

Desse modo, para a construção de uma cultura de proteção a mulher livre de violências prima-se como alicerce constitucional os princípios fundamentais da Magna Carta de 1998 que asseguram uma proteção para a mulher em todos os aspectos necessários para que esta possa se tornar mulher de uma forma digna e com respaldo legal, que são os fundamentos da república federativa contidos nos incisos II (cidadania) e III (dignidade da pessoa humana), todos os objetivos fundamentais da república contidos no artigo 3º incisos I, II, III e IV (a construção de uma sociedade, livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação) e o regimento da república

federativa do Brasil nas suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos contido no artigo 4º, inciso II , bem como, a aplicação do direito fundamental da igualdade contido no artigo 5º, inciso I, como hipótese de atuação material destes princípios fundamentais.

Assim, passa-se a analisar a importância dos princípios fundamentais supracitados para a construção de uma cultura de proteção à mulher.

4.1 A importância do exercício da cidadania para emancipação da mulher

Por inúmeros anos os únicos detentores da cidadania foram os homens, os ocupantes do espaço público, sendo que as mulheres governavam no mundo privado, sendo restritas à sua posição em virtude da sua essência feminina: doméstica, mãe e submissa ao homem.

Assim, primordial para que a mulher exerça de forma plena a sua cidadania é fundamental que esta seja a agente transformadora de sua história, através da ampliação e universalização de seus direitos, capaz de emancipá-la e conferir-lhe *status* efetivo de sujeito de direitos.

A cidadania é considerada um fundamento do Estado democrático de direito, assim prevista no artigo 1º, inciso II, da Magna Carta brasileira.

Gianpaolo Smanio assevera que a Constituição cidadã de 1988 efetuou uma mudança na conceituação de cidadania, conferindo maior amplitude ao seu signatário, ao colocá-la dentre os princípios fundamentais da república federativa do Brasil, deixando de ser considerada somente um *status* de reconhecimento do Estado, para ser um conceito amplo, em harmonia com uma nova dimensão da cidadania, como a expressão de direitos fundamentais de solidariedade, pois a partir do momento que a nossa Constituição estabelece a cidadania como um princípio fundamental da república, abrange essa concretização de direitos fundamentais (2013, p.3).

Entende-se, então, que a cidadania é a possibilidade de interferência nas decisões políticas do Estado, assim cidadãos devem ser titulares de direitos políticos e, desse modo, partindo da premissa que a dignidade do outro deve contribuir para o aperfeiçoamento de todos, evidente que a dignidade da mulher merece o respaldo necessário em prol da dignidade da própria nação.

Porém, nos dias atuais, em que pese a mulher tenha saído do espaço privado para ocupar o espaço público, evidente que essa divisão política que por muitos anos relegou as mulheres a uma esfera doméstica como se fosse o seu espaço natural, por óbvio que também promoveu sua invisibilidade como cidadã, o que faz com que até hoje o seu reconhecimento e prestígio continue sendo substancialmente inferior ao do homem.

Corolário a essas assertivas, é evidente que devido ao ambiente em que a mulher ainda é submetida, de opressão, discriminação e violência, impossível que esta exerça de forma plena seu *status* de cidadã, o que faz com que esta conquista da cidadania advinda da Magna Carta de 1988 no que tange à mulher, quedou-se de forma somente formal.

Neste sentido, narram Fernanda Morato da Silva Pereira e Lucas Lehfeld (2019, p. 498):

> A mulher, apesar de já reconhecida como sujeito de direitos e receber, em razão da sua especificidade, amparo legal a nível internacional, não exerce no Brasil, sua cidadania, ou seja, há cidadania formal, mas não material. Isso porque, é notório o ambiente em que a mulher ainda é submetida, de opressão, discriminação e violência. A dominação é evidente.

Evidencia-se que o sufrágio feminino conquistado na Magna Carta de 1932, foi sem dúvida uma grande evolução quanto ao direito das mulheres, sendo permitido a esta na Magna Carta de 1934, com várias restrições e somente em sua plenitude na Magna Carta de 1946, onde tornou-se obrigatório.

Porém, o direito ao voto, inobstante a sua evidente importância constitui apenas uma parte da cidadania, sendo que outros direitos políticos e jurídicos são indispensáveis, sendo que a inauguração do Estado Democrático e Social de Direito na Constituição Federal de 1988 exige maior participação do povo, leia-se assim homens e mulheres nos negócios do Estado.

Neste sentido, para que as mulheres de fato exerçam sua cidadania, primordial que estas tenham participação nas políticas públicas, nos negócios do Estado e que além de votar passe a ser votada e, desta forma, passe a decidir sobre temas de interesse público.

Flávia Biroli (2017, p.172) assevera que a política é atualizada como espaço masculino, sendo que a história do espaço público e das instituições políticas modernas é a história da acomodação do ideal de universalidade bem como da exclusão e à marginalização das mulheres e de outros grupos sociais subalternizados. Neste sentido, a autora faz a crítica, com a qual este estudo coaduna, de que a teoria política (tanto quanto a Ciência Política) se engaja ativamente na exclusão das mulheres, sob um viés e uma normatividade masculinista, androcêntrica e racista, ao apresentar-se como neutra, sendo que isso ocorre porque a "neutralidade" é, de fato, a desconsideração da dominação de gênero como problema político.

E em consonância a assertivas, verifica-se que inobstante a existência de mulheres na política, o número de cargos ocupados é insignificante o que resulta em normas (dever-ser) feitas exclusivamente por homens e para homens, sem se considerar a especificidade da mulher. (2019, p.499)

Segundo Flávia Biroli (2018, p.176) a média de mulheres eleitas nos legislativos tem oscilado em torno de 10%, e, em que pese as mulheres sejam mais da metade do eleitorado e o país tenha, desde 1997, legislação que prevê a reserva de 30% de candidaturas femininas nas listas partidárias, verifica-se que em 2017 o Brasil ocupa a 154ª posição no ranking global feito pela Inter-Parliamentary Uion. Assim, no que se refere à cidadania da mulher, verifica-se que a sua exclusão e a sua posição de coadjuvante na história fizeram com que esta até os dias de hoje ainda enfrente numerosas dificuldades em garantir plenamente o seu *status* de cidadã.

Por conseguinte, a cidadania da mulher é primordial para a construção de uma nova cultura de proteção da mesma e, para tanto é essencial a sua participação ativa como cidadã para a construção de sua história, sem a interferência masculina para lhe ditar uma "essência" a ser seguida. E, sendo a cidadania um fundamento do Estado democrático de direito, esse *status* não pode ser negado à mulher, sob pena de desrespeito aos princípios fundamentais da Magna Carta de 1988.

4.2 O metadireito da dignidade da pessoa humana como bússola orientadora dos direitos das mulheres

O texto constitucional de 1988 em seu artigo 1º inciso III traz a dignidade da pessoa humana como o fundamento do Estado democrático de direito, e dessa forma, evidente que em uma democracia, todos, ou seja, homens e mulheres devem ser considerados.

Compreende-se a dignidade da pessoa humana como algo intrínseco. O ser humano pela sua própria condição de ser já é considerado detentor da dignidade. É algo preexistente ao direito, pois trata-se de atributo do ser humano. Nesse sentido, assevera Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p.73):

> [...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existências mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover uma participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

A dignidade humana abrange a complexidade da própria pessoa humana, bem como o meio em que desenvolve a sua personalidade. Trata-se de algo inerente ao ser humano e ninguém pode subtrair, é a própria essência humana.

Assim, o fato de a pessoa humana ser detentora de dignidade é algo inerente. O ser humano pela sua própria condição de ser, já é considerado detentor de dignidade; é uma condição preexistente ao direito, ou seja, trata-se de atributo intrínseco do ser humano.

O conceito de dignidade da pessoa humana é valioso, com importância crescente em sua interpretação. É o ponto de referência de todas as faculdades que se dirigem ao reconhecimento e afirmação moral da pessoa humana, sendo a plenitude da fundamentação constitucional desta tese, pois, ao ser negado mulher e mulher o direito de tornar-se mulher sob seus próprios termos, obrigando a seguir uma essência feminina repleta de valores patriarcais que a violentam da mais diversas formas possíveis, esta é

condenada a viver uma vida indigna e em descompasso com os valores constitucionais advindos da Magna Carta de 1988.

A dignidade no mundo contemporâneo tem uma função de metadireito ou supradireito, ou seja, reflete sobre todos os outros direitos fundamentais e está acima de todos os outros direitos. Portanto, a dignidade da pessoa humana é o alicerce dos valores constitucionais e fonte de seu conteúdo essencial, não como um direito sem si, pois ela é parte de vários direitos.

O metadireito da dignidade da pessoa humana faz com que a mulher possua um lugar e um papel central no universo, sendo inadmissível que esta seja vista como o outro. Portanto, este valor intrínseco dá ensejo a sua capacidade de ter acesso à razão, fazer escolhas morais e determinar seu próprio destino.

Desta forma, obstáculos meramente circunstanciais, provenientes de uma falsa essência feminina, não podem servir de óbice para que o Estado deixe de assegurar a dignidade da pessoa humana.

O fato do metadireito da dignidade da pessoa humana estar acima dos demais direitos fundamentais, deu ensejo ao que a doutrina chama de fenômeno da repersonalização do direito, que consiste em que todos os demais institutos jurídicos devam funcionar em prol de promover a máxima proteção da dignidade humana (BARROSO, 2010, p.370-371).

Desta maneira, a Constituição Federal da República de 1988 consagra a dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil, com a finalidade de exigir que todas as instituições públicas e privadas, além dos particulares, devam observar seus comandos.

Em suma, todos os seres humanos são dignos e detentores da dignidade e merecedores de igual respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. Desta maneira, a dignidade da pessoa humana como metadireito se deu na esfera constitucional, dando ensejo a uma posição hierárquica que a submete ao restante das normas, sendo assim uma linha de interpretação para o operador do direito e por conseguinte não há de se falar em vida digna para uma mulher que não possui autonomia para a construção do seu destino nos seus próprios termos, sendo considerada o outro na história e culpabilizada por violências diariamente sofridas.

A contextualização da cultura é imprescindível para a obtenção do conteúdo da dignidade humana, devendo ser analisado o contexto das situações concretas vivenciadas pelas mulheres e do comportamento da sociedade para com estas, em prol de oferecimento de uma vida digna a todas as mulheres como fundamento do Estado democrático de direito.

4.3 Os objetivos da república federativa do Brasil como vetores de condução para a construção de uma cultura de proteção à mulher

O artigo 3º da Constituição de 1988 traz os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, quais são:

> I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
> II - garantir o desenvolvimento nacional;
> III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
> IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Evidencia-se que a maior demonstração do caráter dirigente da Constituição Federal de 1988 são os objetivos fundamentais da república supracitados.

Segundo Flávio Martins Alves Nunes Junior (2017. p. 507-508), o artigo 3º da Magna Carta é um dispositivo de caráter principiológico e programático, sendo que não produzirá efeitos automaticamente, devendo ser visto como um mandamento de otimização, ou seja, o Estado deverá cumprir o máximo possível desses objetivos, dentro dos limites jurídicos, orçamentários e fáticos.

Desta feita, os objetivos fundamentais do Estado brasileiro são os vetores que devem conduzir a atividade estatal e, segundo Luiz Alberto David Araújo (2013, p.25), evidencia-se que estes vetores possuem importantes comandos, sendo o primeiro deles à construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

> Uma sociedade livre é aquela que possui e fomenta todas as formas de liberdade (liberdade de locomoção, de pensamento, de religião, de preferência sexual etc.). Sociedade justa é aquela que em cada um tem aquilo que lhe é de direito, aquilo que é fruto de seu esforço de seu trabalho. [...]. Por fim, sociedade solidária é aquela em que todos se auxiliam reciprocamente. (NUNES JÚNIOR, p.507-508)

Dessa forma, é inconcebível imaginar a criação de uma sociedade nestes moldes com um grande número de mulheres sofrendo violências domésticas, discriminação alijamento das práticas sociais, baixos salários em relação aos do sexo masculino, dentre outros problemas (ARAÚJO, 2013, p.136).

É imprescindível a criação de políticas públicas, bem como de legislações em prol de garantir à mulher o amparo que esta necessita.

> Assim, o vetor condutor das políticas públicas e do comportamento do Estado nos leva para a igualdade material, com o desenvolvimento de políticas de amparo à eliminação de barreiras e ao desenvolvimento para que a mulher possa participar cada vez mais dos assuntos da polis. (ARAÚJO, 2013, p.25)

O segundo vetor consoante do inciso II, do artigo 3º da Magna Carta, trata da garantia do desenvolvimento nacional, vetor este também de extrema importância para a criação de uma cultura de proteção à mulher, pois, quando a Magna Carta prevê o desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da república, significa que deve ser garantido o desenvolvimento, social, cultural, dentre outros e não somente o desenvolvimento econômico.

A garantia do desenvolvimento nacional vai ao encontro à uma cultura de proteção à mulher, pois visa-se um real desenvolvimento e para tanto essencial a participação do povo neste resultado, incluindo por óbvio as mulheres, o que nos leva ao entendimento de que, sem transformações, não há desenvolvimento, já que "o desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes.

Assim, no que se aplica à mulher, impossível qualquer desenvolvimento nacional sem a transformação de uma cultura que a faz vítimas de sofrer violências, fazendo-se necessário uma cultura que valorize e permita sua participação ativa nesta mudança.

Em consonância a estas assertivas, a Declaração da ONU sobre o Direito ao Desenvolvimento, de 04 de dezembro de 1986, assevera em seu artigo 1º que:

> Artigo 1º, §1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.
> §2. O direito humano ao desenvolvimento também implica a plena realização do direito dos povos à autodeterminação que inclui, sujeito às disposições relevantes de ambos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, o exercício de seu direito inalienável à soberania plena sobre todas as suas riquezas e recursos naturais.

Verifica-se que o artigo supracitado ao tratar da plena realização do direito dos povos à autodeterminação, por evidente que inclui a mulher, pois, impossível que a mulher se autodetermine no mundo enquanto lhe reste a imposição de seguir um padrão comportamental de uma falsa essência.

Corroborando a estas assertivas, o artigo 2º da declaração supracitada é categórico ainda ao afirmar que a pessoa humana é o sujeito central de seu desenvolvimento, desta forma, a mulher deve ser responsável pela construção de seu desenvolvimento, e não o homem como assim o foi em toda a sua história, e assim, o Estado tem o direito e dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem ao constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa, e no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultante.

O terceiro objetivo fundamental da república previsto na Magna Carta refere-se ao inciso III de seu artigo 3º que trata da erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais.

José Afonso da Silva (2013, p.48) explica que a pobreza consiste na falta de renda e recursos suficientes para o sustento, na fome, na desnutrição, más condições de saúde, limitado acesso à educação e na maior incidência de doenças e mortalidade infantil, e nesse sentido assevera que quando a pobreza se aprofunda a ponto da pessoa não dispor do mínimo a sua subsistência, faltando até o trabalho, então se tem a pobreza absoluta, que é a

miséria, com a que a pessoa se torna excluída e concernente à marginalização, esta ocorre devido a pessoa, neste estado de penúria, ficar à margem da vida social. Erradicar a pobreza e a marginalização é um modo de se construir aquela sociedade livre, justa e solidária, ou seja, o primeiro vetor dos objetivos fundamentais da república.

Evidente que a erradicação da pobreza e da marginalização contribuem com a diminuição do índice se violências contra a mulher, embora a violência contra a mulher ocorra em todas as classes sociais, pois não é fruto da pobreza e sim de uma cultura patriarcal, a miséria é sem dúvidas um obstáculo à autonomia feminina, sendo que as mulher mais pobres têm muitos dos seus direitos desrespeitados, sofrem discriminações e não desfrutam das mesmas oportunidades de escolarização, emprego, acesso a serviços, acumulando isolamento social e falta de apoio, podendo assim se tornarem mais dependentes de um companheiro violento. Por outro lado, as pressões e o estresse emocional, por não ter como sustentar os filhos, o uso de álcool e outras drogas também são fatores que aumentam a predisposição para sofrerem violências (AMARANTE, 2019).

A redução das desigualdades sociais e regionais, também consoantes do inciso III, de seu artigo 3º, também se fazem essenciais para que uma verdadeira cultura de proteção à mulher seja construída. Para Flávio Martins Alves Nunes Junior (2017, p.510) a desigualdade social é marcada pela distância entre os mais ricos e os mais pobres. Nesse sentido, a Magna Carta de 1988 exige que todos tenham o mesmo grau de riqueza, já que fomenta a livre iniciativa e os valores capitalistas, todavia, tem como objetivo diminuir a diferença entre os diversos graus de riqueza.

Desta maneira, com relação à mulher, para a redução das desigualdades sociais e regionais, imperioso se faz a eliminação das desigualdades de gênero, sendo que, segundo Fabíola Marques (2013, p.313) em pleno século XXI, as mulheres predominam entre os trabalhadores que recebem salário mínimo e também se inserem profissionalmente em ocupações de menor qualificação, produtividade e prestígio social, ou seja, trabalham nos segmentos mais desvalorizados do mercado de trabalho e os

que remuneram como menos, como é o caso da saúde, educação e do trabalho doméstico.

Explica ainda Fabíola Marques (2013, p.311) que inúmeras são as normas que procuram assegurar a igualdade entre homens e mulheres, além de prever garantias mínimas de proteção, porém, em que pese o número de mulheres que trabalha no mundo ser maior do que nunca, a persistência das desigualdades de gênero, quanto à situação de emprego, segurança no trabalho, salários e acesso à educação, ainda contribuem para uma feminização da pobreza entre os trabalhadores.

Evidente que não há de se falar em emancipação da mulher se esta ainda for dependente financeiramente do homem, pois, em um caso de violência, como empoderar-se e sair do lar sem condições de sustentar a si e a seus filhos?

Fundamenta-se na teoria feminista de Simone de Beauvoir (2009) que é categórica ao afirmar que é pelo trabalho que a mulher vem diminuindo a distância que a separava do homem, sendo que somente o trabalho poderá garantir-lhe uma independência concreta.

O inciso IV, do artigo 3º da Magna Carta também traz como um dos objetivos fundamentais da república um vetor de suma importância para a construção de uma nova cultura de proteção à mulher, qual seja: “Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Porém, em que pesem as muitas conquistas já obtidas pelas mulheres em relação aos seus direitos, a mulher ainda é um grupo social, objeto de preconceito, definido por Norberto Bobbio (2011, p.103) como: “o conjunto de opiniões errôneas acolhidas coletivamente em nome da tradição ou do costume”.

Guilherme Assis de Almeida e Maíra Cardoso Zapater (2013, p.103) asseveram que a discriminação na esfera sociocultural é verificada pela naturalização de características (supostamente) ligadas ao sexo, características estas que não são inatas, mas sim construídas, condicionando indivíduos a determinados papéis, funções e lugares sociais, que podem não corresponder à sua essência pessoal.

Deste modo, preconceitos contra a mulher em razões de sexo não devem de forma alguma serem tolerados, sendo este um objetivo fundamental da república, e dessa forma, imperioso que o Estado desenvolva, por lei ou por políticas públicas, mecanismos de eliminação da violência contra a mulher, de desenvolvimento da consciência política, de afirmação e autonomia de sua sexualidade, dentre outros valores importantes.

4.4 O regimento da República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos

O artigo 4º, da Magna Carta de 1988 tratou especificamente de definir os princípios que devem orientar o Estado brasileiro nas suas relações internacionais e para esta tese essencial a observância da prevalência dos direitos humanos quando houver conflito entre valores jurídicos igualmente tutelados, conforme consoante do inciso II deste dispositivo.

Pode-se estabelecer que os direitos humanos do artigo 4º, inciso II, da CF compõem tanto dos valores brasileiros em uma perspectiva de tradição quanto dos valores da comunidade internacional, quando se está perante as relações internacionais.

Assim, a prevalência dos direitos humanos deve ser vista como uma diretriz da conduta política externa do Estado brasileiro.

Direitos humanos é um conjunto mínimo de direitos inerentes a cada pessoa, provenientes de sua condição humana. Trata-se de faculdades, liberdades e reivindicações necessárias para assegurar uma vida digna ao indivíduo, baseadas na igualdade, liberdade, dignidade, dentre outros caracteres.

Desse modo, não há de se falar em construção de uma nova cultura de proteção à mulher se esta não tiver os seus direitos humanos assegurados em âmbito nacional e internacional.

Os direitos humanos são direitos intrínsecos ao ser humano, anteriores a toda e qualquer forma de organização política ou social, portanto a proteção dos direitos humanos não pode se esgotar na ação do Estado, sendo necessários também instrumentos internacionais de proteção.

Após as atrocidades e horrores cometidos durante as grandes guerras

mundiais, ocorreu em âmbito internacional o fenômeno da Internacionalização dos Direitos Humanos, surgindo como padrão e referencial ético. Nesse sentido, Thomas Buergenthal (*apud* PIOVESAN, 2012, p.31) explica:

> O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e â crença de que parte dessas violações poderia ser prevenida se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse.

Deste modo, os direitos humanos passaram a entrar em cena sendo introduzido nos textos do direito das gentes e nas diferentes constituições nacionais desde então em vigor.

Jürgen Habermas (2012, p.31) assevera que: “Com a positivação dos primeiros direitos humanos, criou-se uma obrigação jurídica de realizar o conteúdo moral transcendente que se impregnou na memória da humanidade”.

Nesse cenário, passa-se a propagar a ideia de que a proteção dos direitos humanos não é tarefa exclusiva do Estado, pois, trata-se de um assunto de interesse internacional.

A promoção internacional dos direitos humanos é feita em diversos níveis, como no âmbito das organizações internacionais (intergovernamentais) que podem ser pensadas em dois grandes sistemas: o sistema global, centrado na ONU - Organização das Nações Unidas e suas agências especializadas; e os sistemas regionais – africano, europeu e interamericano-, por meio de seus órgãos e instrumentos normativos (GONÇALVES, 2013, p.484).

Observa-se que em relação à mulher há a existência de Direitos Humanos que são consagrados através de diversos Tratados e Convenções Internacionais, e estes, por sua vez, foram ratificados e internacionalizados ao Sistema Jurídico Brasileiro, qual sejam: Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, que foi promulgada em 2002 e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – “Convenção de Belém do Pará”, que foi ratificada em 1996 que almeja que a mulher tenha uma vida livre se violências seja na espera pública ou privada, afirmando que a violência contra a mulher constitui violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais e limita todas ou

parcialmente a observância, gozo e exercício de tais direitos e liberdades.

Desse modo, as convenções supracitadas traduzem a consciência ética moderna compartilhada pelos Estados, conforme estes invocam o consenso internacional a respeito de temas centrais aos direitos humanos que envolvem a mulher.

Por conseguinte, sendo o princípio da prevalência dos direitos humanos um regimento da república federativa do Brasil nas suas relações internacionais, quanto à mulher, é primordial que o Estado brasileiro tome medidas necessárias para acabar com todas as formas de discriminação e violência contra as mulheres como garantia do pleno exercício dos direitos civis e políticos, bem como dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Neste sentido, que os mecanismos internacionais que fazem parte do sistema especial de proteção resultam em uma proteção específica e concreta que supera o conceito meramente formal e abstrato da igualdade e visam o alcance da igualdade material e substantiva através das ações afirmativas, objetivando a aceleração no processo de construção da igualdade com a finalidade de proteger os grupos mais vulneráveis como as mulheres.

4.5 O direito fundamental da igualdade como hipótese de atuação material dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil

Quanto aos princípios fundamentais do Estado democrático direito, entende-se que o direito fundamental da igualdade, previsto no artigo 5º da Magna Carta brasileira é um desdobramento desses princípios , pois, com o advento da igualdade em direitos e obrigações para ambos os sexos como direito individual fundamental, torna-se inescapável ao legislador procurar adequar o aparato jurídico brasileiro à doutrina da igualdade entre homens e mulheres, por isso necessário uma análise deste princípio sob esta viés.

O direito constitucional contemporâneo requer uma sociedade pluralista, multicultural que respeite as diversidades e seja totalmente contra o preconceito.

Um dos artigos mais importantes para as mulheres na Magna Carta de 1988 é categoricamente o artigo 5º inciso I que determina a igualdade entre

gêneros, ou seja, homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos desta Constituição.

O princípio da igualdade hoje é considerado parte da estrutura do sistema constitucional global, assim aduzindo José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p.336-337):

> O princípio da igualdade é um dos princípios estruturantes do sistema constitucional global, conjugando dialeticamente as dimensões liberais, democráticas e sociais inerentes ao conceito de Estado de direito democrático e social.

Igualdade e justiça são conceitos que estão relacionados desde a antiguidade. Nesse diapasão, destaca-se o pensamento de Aristóteles que ao comparar justiça e igualdade advertiu que os iguais devem ser tratados de modo igual, ao passo que os diferentes devem ser tratados de modo desigual (1988, p. 83).

Não obstante a esta assertiva, em que pese esta máxima aristotélica, para Walter Claudius Rothenburg (2003, p.79), ainda que não aponte os critérios de igualação e desigualação, a mesma possui os seus encantos, porque expressa o aspecto jurídico da igualdade e devido a este tratamento, as pessoas devem ser tratadas como iguais ou desiguais pelo direito, possuindo assim direitos e deveres.

A justiça é sempre algo que o ser humano vivencia, tratando-se de sua relação com os demais indivíduos, evidenciando-se na forma em que ele próprio e os demais são tratados. Desta forma, a igualdade é sempre invocada para definir o âmbito destas relações.

Segundo Guilherme de Assis de Almeida e Maíra Cardoso Zapater (2013, p.98-99) o artigo 5º da Magna Carta ao prelecionar que todos são iguais perante a lei, vedadas as distinções de qualquer natureza faz com que uma leitura menos atenta deste dispositivo poderia indicar que a mera inexistência de tratamentos legais diferenciados, ou, por outra, de privilégios para determinadas categorias de pessoas ou de exclusões legais para outras poderiam quedar-se suficientes para fazer-se cumprir a determinação do direito à igualdade, porém, ao se trazer à baila o princípio da isonomia em sua formulação Aristotélica supramencionada, enseja em que a igualdade consista em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de

suas desigualdades, enunciando assim a distinção entre igualdade formal e igualdade material.

Nesta perspectiva, entende-se que a igualdade perante a lei, ou seja, aquela constante das declarações que afirmam que todos são iguais perante a lei, diz respeito à igualdade formal.

A igualdade formal, segundo Pontes de Miranda (2002, p.621), é dirigida principalmente aos legisladores, democratas ou não. Embora essa assertiva sirva para coibir desigualdades no futuro, não resta-se suficiente para destruir as causas da desigualdade em uma sociedade.

Robert Alexy (2011, p.397) explica que o enunciado da igualdade engloba todas as características naturais e todas as condições fáticas que o indivíduo se encontre e assim aduz: “diferenças em relação à saúde, à inteligência e à beleza podem ser talvez um pouco relativizadas, mas sua eliminação se depara com limites naturais”.

A igualdade formal não basta para construção de uma base sólida para uma concepção de igualdade no cenário atual dos direitos fundamentais, que respeita as diversidades como características inatas aos seres humanos, pois esta exige que todos se encontrem em uma mesma situação e recebam tratamento idêntico.

Como um postulado prático e universal, a igualdade formal em razão de evitar futuras discriminações passou a considerar também a igualdade material.

Desta maneira, Guilherme de Assis de Almeida e Maíra Cardoso Zapater (2013, p.100) asseveram que o próprio texto constitucional incorpora uma série de discriminações positivas, que nada mais fazem do que procurar garantir a igualdade em sua dimensão material, como exemplo as próprias previsões relativas a homens e mulheres, pois, embora o artigo 5º, em seu inciso I, determine a igualdade de direitos entre homens ou mulheres, tanto o constituinte como o legislador observam a existência de demandas especificamente femininas.

Sob este viés, evidencia-se que o ordenamento jurídico tanto pode ser fonte de discriminação negativa quanto de neutralização e mesmo de inversão desta discriminação, como o objetivo de assegurar a igualdade material para

homens e mulheres (2013, p.105).

Desta feita tem-se que o tratamento jurídico diferenciado para homens e mulheres ainda se faz extremamente necessário, em decorrência dos muitos anos de desigualdades sociais, culturais e, como visto, até mesmo jurídicas, que serviram para fomentar a discriminação.

Assim, a igualdade entre homens e mulheres deve ser encarada como um postulado prático e universal, a igualdade formal em razão de evitar discriminações deve considerar também a igualdade material.

Tendo em vista que a conquista de direito e luta por uma situação de igualdade é um processo histórico contínuo que deve ser constantemente realizado, e que as discriminações contra as mulheres são um acontecimento histórico frequente, imperioso a incorporação de novos comportamentos e a construção de novos contextos culturais que promovam a proteção da mulher na qualidade de pessoas humana e cidadãs, que assim tenham os seus próprios direitos respeitados, sendo que tal afirmação nada mais é do que um desdobramento do princípio da igualdade, ser cumprido na sua dimensão formal e material.

Por fim, tem-se por base que a igualdade constitui um construído exigindo- se quem a defina uma tomada de posição e considera-se inadmissível qualquer tentativa de aniquilar qualquer direito da mulher em prol desta pertencer a uma essência diversa do homem, sendo que as diferenças históricas, culturais e socialmente construídas entre homens e mulheres sejam reconhecidas em prol da implementação de medidas que busquem reduzir este descompasso.

5 Considerações finais

Restou-se constatado que nos dias atuais ainda existe uma cultura que naturaliza a violência contra as mulheres, que encoraja os agressores a violentá-las, seja de forma física, psicológica, sexual, moral ou patrimonial, culpabilizando as próprias mulheres pelas violências sofridas.

As estatísticas consoantes deste estudo foram categóricas em demonstrar que os índices de violência contra a mulher aumentam a cada dia, bem como, existe uma tolerância social a esse tipo de violência.

Sob estas perspectivas, esta tese desafiou-se a realizar uma construção teórica em prol de comprovar que a cultura patriarcal de dominação do homem sobre a mulher, considerada androcêntrica, misógina, sexista e machista naturaliza a violência contra a mulher porque ainda permeia no seio da sociedade a sanguinária ideia imposta pelo patriarcado de que a mulher desde o seu nascimento possui uma essência que deve ser seguida e não pode ser contestada.

Assim, este artigo visou a construção de uma cultura de proteção a mulher segundo os princípios fundamentais constitucionais, dando a esta o direito de viver uma vida livre de violências, tornando-se imperioso uma mudança do contexto e da posição social que ela sempre ocupou ao longo da história, sendo fundamental a transposição do patamar de coadjuvante para o agente central de uma nova composição social que não a deixe refém dos ditames patriarcais.

Quedou-se explicitado que para haver uma mudança cultural eficaz, faz-se necessária a adoção de procedimentos a serem seguidos que trata-se da fiel observância aos valores vitais da Magna Carta de 1988, que são os seus princípios fundamentais com a devida aplicação do direito da igualdade como hipótese de atuação material destes princípios.

Sob este corolário, pontuou-se a possibilidade da construção de uma cultura de proteção à mulher, sendo necessária uma codificação de práticas a serem alteradas e quanto à legislação, a própria Magna Carta de 1988 possui essas instruções em seus princípios fundamentais, sendo imperioso que estes sejam seguidos sob o viés do direito da igualdade à luz das diferenças.

Restou-se elucidado que o fato de uma mulher não aceitar seguir a uma falsa essência feminina que lhe foi previamente imposta pelo patriarcado, com todos os estereótipos culturalmente a ela associados e tornar-se mulher sob os seus próprios termos.

Neste contexto, explicitou-se ainda ser imprescindível uma tomada de ações por parte do Estado no reconhecimento das diferenças históricas culturais e socialmente construídas, para implementar medidas que busquem a redução deste descompasso em conformidade com o direito fundamental da igualdade à luz das diferenças.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ALMEIDA, Guilherme Assis de; ZAPATER, Maíra Cardoso. Direito à igualdade e formas de discriminação contra a mulher. *In* FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salonão; LEITE, Glauco Salomão (coords.). *Manual dos Direitos da Mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013.

AMÂNCIO, Kerley Cristina Braz. "Lobby do Batom": uma mobilização por direitos das mulheres. *Revista Trilhas da História.* Três Lagoas, v.3, n.5 jul.-dez, 2013. p.72-85. Disponível em: http://seer.ufms.br/index.php/RevTH/article/viewFile/444/244. Acesso em: 24 fev. 2021.

AMARANTE, Suely. *Violência contra as mulheres vem crescendo no Brasil.* FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. 11 de março de 2019. Disponível em: https://portal.fiocruz.br/noticia/violencia-contra-mulheres-vem-crescendo-no-brasil. Acesso em: 19 março 2021.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Verbatim, 2011.

ARAUJO, Luiz Alberto David. Princípios constitucionais, efetividade e a proteção da mulher. *In* FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salonão; LEITE, Glauco Salomão (coords.). *Manual dos Direitos da Mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: a experiência vivida*. Trad. Sérgio Milliet. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. 2v.

BIANCHINI, Alice. A mulher e os crimes contra a dignidade sexual. *In* FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salonão; LEITE, Glauco Salomão (coords.). *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BIROLI, Flávia. Teorias feministas da política, empiria e normatividade. Lua Nova: *Revista de Cultura e Política.* São Paulo. n.102, p.173-210, 2017.

BIROLI, Flávia. *Gênero e desigualdades: limites da democracia no Brasil*. São Paulo: Bomtempo, 2018.

BRASIL. *Lei n. 7.353 de 29 de ago de 1985.* Cria o conselho nacional dos direitos da mulher - CNDM e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1980-1988/L7353.htm Acesso em: 02 jun 2021.

BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 02 jun 2021.

BOBBIO, Norberto**.** *Elogio da serenidade e outros escritos morais.* São Paulo: Unesp, 2011.

BRUGGER, Winfried Menschenbild *apud* MASSAÚ, Guilherme Camargo. Os direitos humanos e o art. 4º, II, da Constituição Federal Brasileira: a sua natureza e efetividade. *Cadernos de Pós Graduação Direito/ UFRGS.* Porto Alegre. v. 12, n.1, p. 188-202. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/7240 5/43856. Acesso em: 21 jun 2021.

CAMPOS, Amini Haddad; CÔRREA, Lindinalva Rodrigues. *Direito humanos e mulheres.* Curtiba: Juruá, 2011.

CAMPOS, Andrea Almeida. A cultura do estupro como método perverso de controle nas sociedades patriarcais. *Revista espaço acadêmico*. UEM. Maringá. v. 16. n.183p.1-13- agosto.2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 3; 36-337.

CNDM – Conselho Nacional dos Direitos da Mulher. *Carta das mulheres*. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/a-cons tituinte-e-as-mulheres/arquivos/Constituinte%201987-1988Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituinte s.pdf. Acesso em: 20 jun 2021.

COBRA, Ercília Nogueira. *Virgindade inútil e anti-higiênica: Novela libelística contra a sensualidade egoísta dos homens*. Paris: Societé D'Éditions Oeuvres des Maitres Céléb 8HYUJNJ res, 1933.

DIAS, Maria Berenice. *A mulher e o direito.* Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/manager /arq/(cod2_732)23__a_mulher_e_o_direito.pdf. Acesso em: 09 jun 2021.

GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas.* Rio de Janeiro: LTC Editora, 1989.

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Atlas da Violência 2019*. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_ 2019 .pdf Acesso em: 25 fev 2021.

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde* (versão preliminar). Brasília: IPEA, 2014. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal /index.php?option =com_content&view=article&id=21842 Acesso em: 25 fev 2021.

HABERMAS, Jürgen. *Sobre a Constituição da Europa: um ensaio*. Trad. Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: UNESP, 2012.

LEHFELD, Lucas; PEREIRA, Fernanda Morato da Silva**.** A concreção da cidadania e a mulher nas relações de poder. *Revista Húmus.* v.8, n.24, p. 482-406. 2018. Disponível em: http://www.periodicoseletronicos. ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/9999/6508. Acesso em: 19 fev 2021.

LINS, Regina Navarro. *A cama na varanda: arejando nossas ideias sobre amor e sexo*. Rio de Janeiro: Best Seller Ltda, 2007.

MARQUES, Fabíola. A mulher e o direito ao trabalho e ao emprego em igualdade de condições. *In* FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salonão; LEITE, Glauco Salomão (coords.). *Manual dos Direitos da Mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MASSAÚ, Guilherme Camargo. Os direitos humanos e o art. 4º, II, da Constituição Federal Brasileira: a sua natureza e efetividade. *Cadernos de Pós Graduação Direito/ UFRGS.* Porto Alegre. v. 12, n.1, p. 188-202. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/72405/43856 Acesso em: 21 fev 2021.

MATOS, Marlise; SIMÕES, Solange. Ideias Modernas e Comportamentos Tradicionais: a persistência das desigualdades de gênero no Brasil. *In* SOUZA, Márcio Ferreira de. (org.). *Desigualdades de gênero no Brasil: novas ideias e práticas antigas*. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2010.

MDH GOV BR. Conselho Nacional dos Direitos da Mulher – CNDM. Disponível em: https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-mulher-cndm Acesso em: 02 jul 2019.

MONTEIRO, Ester. *Lobby do Batom: marco histórico no combate às discriminações*. *In* SENADO FEDERAL. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/03/06/lobby-do-batom-marco-historico-no-combate-a-discriminacoes. Acesso em: 02 jun 2021.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva. A base do neoconstitucionalismo como justificadora da maior atuação do poder judiciário. *Revista Eletrônica do Curso de Direito*. PUC Minas. Serro. n. 8, jun/dez, 2013.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. Campinas: Bookseller, 2002.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade. *In Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J Gomes Canotilho*. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. *21 Anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988*. DPU N. 30 – Nov-Dez/2009, p. 31. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/667. Acesso em: 27 jun 2019.

SMANIO, Gianpalo Poggio. Legitimidade jurídica das políticas públicas: a efetivação da cidanania. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia

Tuma Mantins Bertolin (org). *O Direito e as Políticas Públicas no Brasil.* São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição.* 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* São Paulo: Malheiros. 2013.

USP. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento-1986. Adotada pela Resolução n.º 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986.* Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html. Acesso em: 16 jun 2021.

7. A TUTELA AMBIENTAL LABORAL COMO UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Antonio Capuzzi
Mestre em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas (UDF)
Especialista em Direito e Processo do Trabalho
Professor em cursos de graduação e pós-graduação
Palestrante da Comissão de Cultura e Eventos da OAB/SP
Membro da Comissão de Direito do Trabalho da OAB/SP
Advogado trabalhista

1 Conceito de meio ambiente

A tutela ambiental perpassa pela parametrização do conceito atribuível à expressão meio ambiente. Não há condições de impingir alcance às normas jurídicas protetivas ambientais sem, antes, delinear, precisamente, a extensão e o contorno do significado da locução.

O termo meio, como substantivo, é definido, pelo dicionário, como “o ambiente onde se vive”. Ambiente, por sua vez, também como substantivo, atende à definição, pelo dicionário, como “tudo o que faz parte do meio em que vive o ser humano, os seres vivos e/ou as coisas” (DICIO, 2019).

A definição de ambiente como aquilo que faz parte do meio em que está inserido o homem, sofre crítica doutrinária (FENSTERSEIFER, 2008, p. 162) sob o aspecto de que o ser humano também é ambiente, e não apenas nele está inserido, ou seja, constitui a própria essência, não se limitando a ser o meio ou o entorno em que o homem se desenvolve.

Gianpaolo Poggio Smanio (2001, p. 286-290) afirma que meio ambiente é expressão, de certa forma, redundante, pois ambas as palavras podem ser utilizadas como sinônimas. Na mesma senda, define Celso Martins (1985, p. 10), conferindo a nomenclatura meio/habitat/ambiente, “(...) ao conjunto de todos os fatores e elementos que cercam uma dada espécie de ser vivo”.

Para Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2009, p. 19), o termo meio ambiente se relaciona a tudo o que nos circunda. Ney Maranhão (2017, p. 25-26), por outro lado, anota que ambiente é o conjunto de elementos que nos envolvem, ao passo que meio ambiente resulta da integração desses elementos, seja como é, seja como a percebemos.

Embora a expressão pareça, linguisticamente, desafiar a ortodoxia vernacular, sob o ponto de vista pleonástico, conforme expõe Ney Maranhão (2017, p. 25), fato é que a locução se mostra usual para fins jurídicos, agregada ao ordenamento jurídico e utilizada amplamente pelos estudiosos do tema.

A doutrina ambientalista (SARLET, FENSTERSEIFER, 2014, p. 315) propõe a divisão do bem jurídico ambiental em duas dimensões.

A primeira, nomeada de natural, congrega elementos naturais, composta por elementos bióticos (fauna, flora etc.) e abióticos (ar, terra, minerais etc.), e a segunda, de espectro humano ou social, é integrada pelos ambientes urbano (construído), cultural (patrimônio histórico, cultural, turístico, arqueológico e paisagístico) e do trabalho (SARLET, FENSTERSEIFER, 2014, p. 315).

Por outro lado, a Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano, datada de junho de 1972 (ONU, 1972), considera o ambiente humano como gênero, dividindo-o em natural e artificial, aduzindo que ambos são essenciais para o bem-estar do homem e para o gozo dos direitos humanos fundamentais. Apesar de, aparentemente, destoar da classificação enunciada pela doutrina, é possível compreender que a espécie artificial agrega os elementos de índoles social ou humanística, abarcando, desse modo, o urbano, o cultural e o do trabalho.

O raciocínio é extraído a par do artigo 1º, da Declaração, ao aduzir que o meio ambiente que cerca o homem lhe concede oportunidade para o seu desenvolvimento intelectual, moral, social e espiritual. A evolução do indivíduo, sob os aspectos do intelecto, do modo como se norteiam as relações sociais e humanas, do relacionamento entre indivíduos ou, ainda, do ponto de vista imaterial-espiritual, depende dos influxos advindos do meio ambiente cultural e do trabalho.

A noção de meio ambiente é alcançada por meio da verificação dos elementos que o compõem, a partir de uma concepção ampla ou restrita da compreensão do termo, ou seja, se abarca aspectos de ordem natural ou se é capaz de abranger, também, de ordem humanística.

Adotando concepção restritiva, a Lei Fundamental Alemã, em seu art. 20a (ALEMANHA, 1949), garante a proteção estatal aos recursos naturais vitais e aos animais, por meio do ordenamento jurídico daquele país, prevendo que "Tendo em conta também a sua responsabilidade frente às gerações futuras, o Estado protege os recursos naturais vitais e os animais, dentro do âmbito da ordem constitucional, por meio da legislação e de acordo com a lei e o direito, por meio dos poderes executivo e judiciário". A previsão legal relega o bem jurídico ambiental, sob a ótica humana, pois restringe a tutela aos recursos naturais vitais e aos animais, permanecendo vinculada, exclusivamente, aos elementos bióticos e abióticos. Sob a ótica alemã, Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer anotam que os elementos sociais, culturais, artificiais etc., não obstante importantes para o fenômeno ambiental, não integram o núcleo ou a essência do Direito Ambiental (SARLET, FENSTERSEIFER, 2014, p. 309).

Em nosso ordenamento jurídico pátrio, a definição legal de meio ambiente se extrai da Lei nº 6.938/81, em seu artigo 3º, inciso I, que o conceitua como "(...) o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas". Consoante expõe Paulo de Bessa Antunes, o referido conceito legal detém matriz tecnocrática e não política, pautando-se em concepção confusa que envolve elementos que não podem ser entendidos como aqueles que circundam os seres vivos (ANTUNES, 2015, p. 107-108).

Para Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin (1998), a partir da expressão "permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas", o texto pretendeu alçar uma teleologia biocêntrica, denotando o valor intrínseco de todos os seres vivos, independentemente do seu interesse para a espécie humana (ALMEIDA, 2009). Para além disso, ao enunciar que meio ambiente é o conjunto de condições, leis, influências e interações de espectro físico,

químico e biológico, reflete o ecocentrismo, defensor do equilíbrio entre os ecossistemas e a própria ecosfera (ALMEIDA, 2009).

Embora a definição legal seja objeto de constantes críticas doutrinárias, não se pode deixar de reconhecer a evolução conceitual em contraponto às acepções de ordem antropocêntrica, defensoras da centralidade do ser humano e da mera instrumentalidade da natureza (ALMEIDA, 2009).

Expandindo a definição de meio ambiente, a legislação de Portugal dispõe que "na realização da política de ambiente, são indissociáveis os componentes ambientais naturais e humanos" (artigo 9º, da Lei nº 19/2014, que define as bases da política de ambiente) (PORTUGAL, 2014). A acepção legislativa portuguesa é deveras perfeita, pois, em vista da indissociabilidade da ambiência natural e humana (social), é incorreto definir e pautar o meio ambiente em partes estanques, divididas, com foros específicos, delimitações físicas e/ou espaços circunscritos, já que, ao considerar as complexas e constantes interações dos componentes que integram os seus elementos, tal mister mostra-se tão impraticável que é inegavelmente marcado por uma realidade complexa e por múltiplas variáveis (MILARÉ, 2018, p. 142).

Na lição de Édis Milaré (1986, p. 20-25), atualmente, o meio ambiente ganha contornos de bem jurídico essencial com reflexos na vida, saúde e felicidade do ser humano e se atrela à compreensão de sustentabilidade, desenvolvimento sustentado ou utilização sustentável, capaz de preservar os potenciais biológicos com o objetivo de atender às necessidades e aspirações das gerações presentes e vindouras, nos termos do artigo 2º, da Convenção sobre Diversidade Biológica – aprovada pelo Decreto Legislativo nº 2, de 5 de junho de 1992, e promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998. E mais: trata-se de garantir, às futuras gerações, a capacidade de manutenção e atendimento às suas necessidades vitais e básicas, por meio da concepção de um paulatino processo de planejamento, lastreado na ética, que integre desenvolvimento econômico e preservação ambiental (PIOVESAN, 1993, p. 75-97).

A ideia-chave é desenvolvimento sustentável, que implica atender às necessidades presentes sem comprometimento da capacidade propulsora de suprir eventual carência de um bem jurídico ambiental adequado para se viver.

É o que prevê a Convenção sobre Diversidade Biológica – aprovada pelo Decreto Legislativo nº 2, de 5 de junho de 1992, e promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998, ao dispor que o desenvolvimento sustentável deve se tornar um princípio orientador central dos Estados agregados às Nações Unidas, em especial, nações, governos, instituições privadas, organizações e empresas. Para além da sustentabilidade desenvolvimentista, registra o interesse de todos os países em busca de políticas voltadas a atingir o progresso ambientalmente saudável.

2 Nortes do Direito Ambiental: os princípios da prevenção e da precaução

O norte do princípio da prevenção é evitar a ocorrência de um dano ao ambiente, tendo por base o conhecimento prévio mínimo acerca do malefício dele advindo. É dizer: os termos científicos provenientes de determinado dano ambiental são conhecidos, o que impõe prevenir a sua ocorrência. Os potenciais lesivos de determinada técnica são correntes e, em razão disso, a prevenção determina que o homem aja de modo a evitar danos da mesma estirpe. Como anota Édis Milaré (2018, p. 266), prevenção é substantivo do verbo prevenir, como ato ou efeito de antecipar-se, com certa conotação de generalidade, contudo, com um intuito conhecido.

A Convenção da Organização das Nações Unidas sobre Diversidade Biológica (ONU, 1992a) aduz, em seu Preâmbulo, que é vital prever, prevenir e combater, na origem, as causas da sensível redução ou perda da diversidade biológica. O texto menciona prever para prevenir, fazendo alusão ao princípio da prevenção que, como afirmado, necessita que os riscos sejam conhecidos para que, posteriormente, seja possível atuar preventivamente.

Na mesma senda, aponta a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, que, em diversas normas, utiliza o verbo evitar no sentido de prevenir (SARLET, FENSTERSEIFER, 2017, p. 210-211). O princípio 5 dispõe que “os recursos não renováveis da terra devem empregar-se de forma que se evite o perigo de seu futuro esgotamento (...)”. De igual modo, prevê, no princípio 15, que “deve-se aplicar o planejamento aos assentamentos humanos e à urbanização com vistas a evitar repercussões prejudiciais sobre o meio ambiente (...)”.

Por sua vez, a Convenção nº 155, da Organização Internacional do Trabalho (OIT, 1983), que trata acerca de Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho, consagra, a título de política nacional, que todo Estado-Membro deverá formular política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores, tendo por objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem oriundos do trabalho, tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho (artigo 4, 1 e 2). Em nível de empresa, a normativa internacional impõe que os empregadores forneçam roupas e equipamentos de proteção a fim de prevenir, na medida do que for razoável e possível, os riscos de acidentes ou de efeitos prejudiciais para a saúde dos trabalhadores (artigo 16, 3).

De mais a mais, salutar é a previsão consagrada no artigo 12 e alíneas da normativa internacional ao atrelar o verbo prevenir à expressão riscos conhecidos, fato que reforça o exposto até o momento. Com efeito, todas as pessoas que projetam, fabricam, importam, fornecem ou cedem, sob qualquer título, maquinário, equipamentos ou substâncias para uso profissional devem ter certeza, na medida do razoável e possível, de que o maquinário, os equipamentos ou as substâncias em questão não implicam perigo algum para a segurança e a saúde das pessoas que fizerem uso adequado deles (artigo 12, a). A certeza de risco conhecido se extrai expressamente da alínea b, do citado artigo, quando este alude ao dever de fornecer instruções sobre como agir preventivamente em face de riscos conhecidos, por meio de estudos e pesquisas da evolução dos conhecimentos científicos e técnicos necessários para dar efetivo cumprimento ao que preceitua o estuário internacional multicitado.

Por sua vez, a Diretiva (n.) nº 89/391/CEE conceitua prevenção como o conjunto das disposições ou medidas tomadas ou previstas com o objetivo de evitar ou diminuir os riscos profissionais (artigo 3º, alínea d). Trata-se da adoção de medidas gerais de prevenção do empregador (artigo 6º, 2): combater os riscos na origem (alínea c); adaptar o trabalho ao homem, especialmente no que se refere à concepção dos postos de trabalho, bem como à escolha dos equipamentos e dos métodos de trabalho e de produção (alínea d); ter em conta o estágio de evolução da técnica (alínea e); planificar a

prevenção com um sistema coerente que integre a técnica, a organização e as condições de trabalho, as relações sociais e a influência dos fatores ambientais (alínea g) (CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, 1989).

As normativas internacionais são seguidas pela legislação nacional, que contempla a Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6.938/81 (BRASIL, 1981), ao enunciar como objetivos a preservação, a melhoria e a recuperação da qualidade ambiental propícia à vida (artigo 2º, caput). Ademais, alguns dos fundamentais princípios, descritos nos incisos do artigo 2º, são: a proteção dos ecossistemas, o controle de atividades efetivamente poluidoras, o acompanhamento do estado da qualidade ambiental e a proteção de áreas ameaçadas de degradação. Nas palavras de Sarlet e Fensterseifer, em termos gerais, a densidade axiológica do princípio da prevenção é extraída dos princípios consagrados na citada lei, que, embora não prevejam a expressão literal “princípio da prevenção”, consagram a origem normativa do princípio em tela (SARLET, FENSTERSEIFER, 2017, p. 211).

Ao proceder a uma leitura jurídico-laboral das normas supracitadas, constata-se que se alinham, definitivamente, ao que dispõe um dos quatro objetivos estratégicos da Organização Internacional do Trabalho, sob os quais se articula a Agenda do Trabalho Decente, previsto na Declaração da Organização Internacional do Trabalho a respeito da Justiça Social para uma Globalização Equitativa (2008) (OIT, 2008), qual seja, a adoção e ampliação de medidas de proteção social, de modo especial, de condições de trabalho que preservem a saúde e a segurança dos trabalhadores.

O princípio da precaução é um sobreprincípio de Direito Ambiental invocado em vista de se perpetrar uma “ação antecipada diante do risco ou do perigo” (MACHADO, 2000, p. 51); tem, por norte, perfectibilizar o cuidado ambiental sem conhecimento anterior pleno dos agravos porventura advindos de uma conduta humana; difere do princípio da prevenção, pois neste há conhecimento científico acerca de riscos ou ameaças concretas ao bem ambiental. É dizer: em havendo dúvida ou incerteza acerca da possibilidade de ocorrência de dano ambiental, deve o homem agir com cautela (MACHADO, 2000, p. 58).

Nicolas Treich e Gremaq, citado por Paulo Afonso Leme Machado, é cirúrgico na definição de precaução, ao afirmar que “no mundo da precaução, há uma dupla fonte de incerteza: o perigo ele mesmo considerado e a ausência de conhecimentos científicos sobre o perigo. A precaução visa a gerar a espera da informação” (MACHADO, 2000, p. 51). O perigo, em si considerado, como aborda o autor, relaciona-se com a possibilidade de efeitos danosos ao ambiente mesmo presente a dúvida. Ou seja, a falta de certeza científica sobre os efeitos de algo, sem potencial probabilidade de efeitos danosos ao ambiente, não clama a incidência do princípio da precaução. Tanto é que a invocação do princípio da precaução deve se fazer presente quando haja indicações de que os possíveis efeitos sobre o ambiente, a saúde das pessoas ou dos animais ou a proteção vegetal se mostrem potencialmente perigosos e incompatíveis com o nível de proteção escolhido (MILARÉ, 2018, p. 267).

A Declaração do Rio – Eco 92, no princípio 15, expressa que, no caso de “ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental” (ONU, 1992b). Por outro lado, a Convenção sobre Diversidade Biológica, em seu preâmbulo, destaca que, existindo “ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar essa ameaça” (ONU, 1992a). A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas prevê que “Quando surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas (...)” (ONU, 1992c).

Denota-se colisão nas previsões das normas internacionais, uma vez que a Declaração do Rio e a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas condicionam a incidência do princípio da prevenção a ameaças de danos sérios/graves ou irreversíveis, ao passo que a Convenção sobre Diversidade Biológica fala em ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica. Paulo Afonso Leme Machado, solucionando a questão da colisão entre as previsões, entende que “(...) as duas Convenções são aplicáveis quando houver incerteza científica diante da ameaça de redução ou

de perda da diversidade biológica ou ameaça de danos causadores de mudança do clima". Assim preceitua, apontando que ambas as previsões internacionais denotam as finalidades do emprego do princípio da precaução, que são evitar ou minimizar os danos ao meio ambiente (MACHADO, 2000, p. 53).

Embora a situação de risco não esteja plenamente delineada na compreensão científica, deve haver a demonstração plausível de potenciais danos, com o escopo de obstar a trilha por um terreno imponderável. A incidência do princípio, como alerta Paulo Affonso Leme Machado, se dá "(...) nos casos de risco, o qual não tenha sido ainda completamente demonstrado, desde que não esteja fundado em simples hipóteses cientificamente não verificadas, mas as medidas preventivas podem ser tomadas, ainda que subsistam incertezas científicas" (MACHADO, 2007, p. 35-50).

O anexo III do Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Diversidade Biológica (ONU, 2000) assegura que a avaliação de risco deve ser realizada de forma transparente e cientificamente sólida, podendo considerar o assessoramento especializado de organizações internacionais relevantes e diretrizes por elas elaboradas (item 3). A norma enfatiza que a falta de conhecimentos científicos ou de consenso científico sobre determinada temática não pode ser interpretada como indicativo de determinado de risco, ausência de risco ou de um risco aceitável (item 4). Numa leitura rápida, a norma parece positivar um contrassenso, pois, ao mesmo tempo em que diz que a ausência de conhecimentos científicos não permite concluir pela indicação de risco, também enuncia que não se pode presumir a inexistência desse risco.

Assim anota o professor Raimundo Simão de Melo (2013, p. 57):

> Como se observa no dia a dia da prática forense, há casos de graves e iminentes riscos em que não se tem dúvida quanto à potencialidade de acidentes; mas em outros, numa primeira análise, o juiz pode não se convencer do perigo para a integridade física dos trabalhadores. Porém, como os danos à saúde são quase sempre irreversíveis, o bom-senso aconselha maior prudência do magistrado mediante priorização dos aspectos humanos e sociais em relação ao aspecto econômico. No caso, o que se protege é a pessoa, "valor fonte de todos os valores", pelo que, em momento algum, se deve priorizar o aspecto econômico da atividade, como se tem visto

> em algumas decisões judiciais que, com fundamento no prejuízo a ser causado pela suspensão da atividade econômica, indeferem medidas de interdição de atividades e embargo de obras ou concedem segurança contra interdições administrativas feitas pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

Com o escopo de solucionar o conflito oriundo das previsões dispostas na Convenção sobre Diversidade Biológica e na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, deve ser invocado o princípio *in dubio pro natura*, com a ideia de que, na impossibilidade de uma interpretação unívoca, a opção deve recair sobre o raciocínio mais favorável à questão ambiental (FARIAS, 1999, p. 356), em alusão aos princípios *in dubio pro operário* (Direito do Trabalho) e in dubio pro reo (Direito Penal) (COSTA, 2016). Assim, em havendo dúvida ou incerteza, o deslinde é solucionado com a aplicação da norma que proporcione maior proteção ou conservação da natureza, utilizando-se do citado princípio como bússola interpretativa a favor do direito humano a um ambiente saudável. Trata-se de resposta a potenciais riscos advindos da aplicação de normas lastreadas, única e exclusivamente, em interesses econômicos, relegados os interesses sociais, culturais e ambientais (BRYNER, 2015, p. 245-258).

Nessa senda, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Hermann Benjamin, afirma que as normas atinentes ao Direito do Ambiente detêm conteúdo ético intergeracional atrelado às presentes e futuras gerações, de modo que os “fins sociais da norma” e as “exigências do bem comum”, inscritos no artigo 5º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, devem orientar a interpretação da lei. Assim, “(...) em caso de dúvida ou outra anomalia técnico-redacional, a norma ambiental demanda interpretação e integração de acordo com o princípio hermenêutico in dubio pro natura” (BRASIL, STJ, 2018).

Em se tratando de precaução, o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região decidiu demanda laboral em que o reclamante era vendedor propagandista de determinada marca de medicamentos e, dentre as atribuições, estava a de comparecer a reuniões munido de medicamentos de laboratórios concorrentes da empregadora, bem como a de degustação de tais remédios, incluindo antibióticos. A reclamada confirmou a prática de

“degustação”, justificando que o vendedor deve ter conhecimento das características físico-químicas e das propriedades dos produtos que oferta.

A Corte entendeu que o procedimento envidado pela empresa se caracteriza aviltante à saúde e à dignidade humana, de modo que o empregado era utilizado como cobaia humana. No bojo dos fundamentos traçados na decisão, foi pontuado que

> (...) o princípio da precaução conferiria suporte a um olhar interrelacionado do ordenamento jurídico, impondo ao empregador o dever de prevenção de possíveis riscos decorrentes da atividade desenvolvida, bem como a proteção, promoção e a preservação da saúde e bem-estar de seus empregados. (BRASIL, TRT, 2017).

Nessa toada, mesmo que os riscos de ingerir medicamentos sem prescrição médica não sejam completamente conhecidos, à luz do princípio da precaução, impõe-se reprimir a atuação patronal voltada à degustação de medicamentos por empregados, de forma a prevenir danos irreversíveis à saúde física e psicológica de outros trabalhadores (BRASIL, TRT, 2017). O Tribunal condenou a reclamada a indenizar o reclamante no importe de R$ 50.000,00, em vista do dano moral sofrido.

3 Ecologia, ecossistema e a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana

Ernst Haeckel cunhou o termo ecologia a fim de denominar as relações estabelecidas entre uma espécie de ser vivo e o meio que a cerca (MARTINS, 1985, p. 51). Este conceito detém estreita ligação com a disciplina Biologia, embora, atualmente, sirva de elo entre os processos físicos e biológicos e as ciências naturais e sociais (ODUM, 1988, p. 2).

Isso tanto é verdade que Vladimir Passos de Freitas afirma ser a ecologia, nos dias atuais, razão de interesse de todos os homens, conscientes de que a degradação ambiental, em seu aspecto natural, acarreta, inegavelmente, consequências irreversíveis ao planeta (FREITAS, 2002, p. 16).

Por sua vez, ecossistema ou sistema ecológico consiste na interação de todos os organismos que funcionem em conjunto em área específica, a interagir com o ambiente físico respectivo. Assim, o ecossistema é a unidade

funcional primordial, na ecologia, a incluir tanto os organismos como o ambiente abiótico (não-vivo), detendo, cada um deles, capacidade para influenciar as propriedades de uns e outros, consistindo no todo necessário para a manutenção da vida (ODUM, 1988, p. 9).

À luz da Convenção sobre Diversidade Biológica, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 2, de 5 de junho de 1992, e promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998, ecossistema significa um complexo dinâmico de comunidades vegetais, animais e de microorganismos e o seu meio inorgânico que interagem como uma unidade funcional. A palavra-chave definidora do conceito, portanto, é interação dos organismos com o ambiente.

Dada a importância da ecologia (estudo do patrimônio ambiental) (MILARÉ, 2011, p. 781-790), a doutrina sustenta o que se denomina dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana (SARLET, FENSTERSEIFER, 2007, p. 69-94).

Para justificar a nomenclatura, Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer aduzem que "há uma lógica evolutiva nas dimensões da dignidade humana que também pode ser compreendida a partir de uma perspectiva histórica da evolução dos direitos humanos (...)". Prosseguem anotando que, como antigamente, os direitos de índole liberal e social moldaram o conteúdo da dignidade humana, atualmente, agregam-se a eles os direitos sociais, com vistas para a qualidade ambiental, de modo a ampliar o espectro de atuação do princípio da dignidade humana (SARLET, FENSTERSEIFER, 2007, p. 69-94).

Sob esse viés, a dignidade humana passa a abarcar uma dimensão social/comunitária, expandindo sua incidência, para além das garantias de existência e sobrevivência do ser humano, a todos os integrantes do grupo social, não isoladamente considerados (dimensão natural ou biológica da dignidade humana), mas de modo integrativo, a expandir sua compreensão, de forma multidimensional, para garantir um nível de vida com qualidade ambiental. O raciocínio permite afirmar que há um direito-garantia ao mínimo existencial ecológico (SARLET, FENSTERSEIFER, 2017, p. 62-64).

A visão ecológica[1] do princípio da dignidade da pessoa humana propõe uma revisão radical de seu vetor axiológico inicial (dimensão natural ou biológica). Com fulcro na lição de Frijot Capra, valores entrincheirados na sociedade têm sido de forma decisiva questionados recentemente e, o que ocorre, em verdade, é uma revisão significativa dessas suposições.

Paradigmas aceitos como "verdades reais" no meio social em que vivemos, como a visão de que o corpo humano é uma máquina; a crença num progresso material ilimitado, a obter-se via crescimento econômico e tecnológico; o diuturno embate entre os viventes de uma sociedade pela existência (ou sobrevivência); a ideia de que a mulher é inferior ao homem; dentre outras centenas de paradigmas, são, no mínimo, questionáveis e estão, na atual conjuntura da humanidade, sendo apontados como gérmens para discussão futura a respeito. A partir disso, Capra aponta a necessidade de questionar cada aspecto isoladamente de um paradigma a ser superado, afirmando, decisivamente, que a dimensão ecológica centra suas atenções a partir da perspectiva dos relacionamentos humanos, destes com as gerações futuras e, ao fim e ao cabo, com a teia da vida que integramos (CAPRA, 1996. p. 25-26).

O Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado (BRASIL, STJ, 2019), reconheceu, expressamente, que a interpretação do ordenamento jurídico deve ser balizada, para além de outros, pelos princípios do mínimo existencial ecológico e do ambiente ecologicamente equilibrado. No caso concreto, o Tribunal de origem entendeu que a Lei nº 4.771/65, que estatui o Código Florestal, parametrizou limites máximos relativos à proteção ambiental, possibilitando, de tal maneira, que a legislação municipal positivasse normas com patamar protetivo reduzido. Reformando a decisão, o Tribunal da Cidadania concluiu que o Código Florestal pauta normas mínimas protetivas de

[1] "Os dois termos, "holístico" e "ecológico", diferem ligeiramente em seus significados, e parece que "holístico" é um pouco menos apropriado para descrever o novo paradigma. Uma visão holística, digamos, de uma bicicleta significa ver a bicicleta como um todo funcional e compreender, em conformidade com isso, as interdependências das suas partes. Uma visão ecológica da bicicleta inclui isso, mas acrescenta-lhe a percepção de como a bicicleta está encaixada no seu ambiente natural e social – de onde vêm as matérias-primas que entram nela, como foi fabricada, como seu uso afeta o meio ambiente natural e a comunidade pela qual ela é usada, e assim por diante. Essa distinção entre "holístico" e "ecológico" é ainda mais importante quando falamos sobre sistemas vivos para os quais as conexões com o meio ambiente são muito mais vitais". (CAPRA, 1996. p. 25)

ordem ambiental, cabendo à legislação municipal aprimorar o grau de proteção ou, quando muito, manter o patamar defensivo.

Hodiernamente, a tutela ambiental tem tomado proporções significativas a ponto de constituir objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas que ultrapassam os limites de cada Estado soberano, alcançando declarações internacionais que denotam o compromisso das nações em assegurar a efetiva tutela ambiental. Tanto mais, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, refletindo sobre o meio ambiente ecologicamente equilibrado, aduz que este constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva e que, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a integridade ambiental constitui um poder atribuído à coletividade social e não, pura e simplesmente, ao indivíduo singular (BRASIL, STF, 1995).

Também Paulo de Bessa Antunes (2015, p. 109) é cirúrgico no trato do tema, afirmando que, a partir do artigo 225, da Constituição Federal, a pretensão do constituinte foi a de estabelecer que todos os indivíduos têm direito a que o ambiente em que vivem esteja em condições ecológicas adequadamente postas, a fim de que possam viver sem agravos à qualidade de vida.

4 A tutela do meio ambiente do trabalho, fruto da intersecção entre direito ambiental e direito do trabalho

O meio ambiente do trabalho**,** livre de riscos de toda ordem, é direito fundamental insculpido no artigo 7º, inciso XXII, da Constituição Federal[2].

A intersecção entre Direito Ambiental e Direito do Trabalho remonta aos primórdios da Revolução Industrial. Contudo, é importante registrar que as ameaças e efetivas lesões à saúde dos trabalhadores, notadamente, se

[2] Ingo Sarlet, em belo ensaio sobre a temática direitos fundamentais sociais como cláusulas pétreas, aduz: "(...) Ao sustentarmos – na esteira de outros autores – que os direitos fundamentais são todos (inclusive eventuais direitos sediados fora do Título II, tal qual reconheceu o próprio Supremo Tribunal Federal) "cláusulas pétreas estaremos até mesmo limitando a possibilidade de um demasiado arbítrio jurisdicional, impedindo que os órgãos do Poder Judiciário deliberem contra uma fundamentalidade expressamente enunciada pelo Constituinte, de modo inequivocamente genérico (basta ver a epígrafe do Título II da nossa Lei Fundamental: dos direitos e garantias fundamentais), de tal sorte a abranger tanto os direitos ditos individuais quanto os sociais. A opção por esta linha argumentativa, por sua vez – e convém sublinhar este aspecto – não repudia (pelo contrário, reforça) a legitimidade e necessidade de uma atuação jurisdicional comprometida com os princípios e direitos fundamentais, tanto é que caberá aos órgãos do Poder Judiciário a tarefa de sindicar a constitucionalidade das emendas que venha a conflitar com as "cláusulas pétreas", inclusive quando estiverem em causa os direitos sociais". (SARLET, 2009, p. 479-510)

aviltaram com maior proeminência do que riscos e lesões de ordem ambiental pelo fato de a preocupação com estes somente ganhar força quando os recursos naturais vieram a faltar (PURVIN, 2007, p. 19-20).

Conforme Michel Prieur (1991, p. 6-7)

> Le droit de l'environnement est profondément marqué par sa dependance etroite avec les sciences et la technologie. Sa comprehension exige un minimun de connaissance pluridisciplinaire. (...) Dans la mesure où l'environnement est l'expression des interactions et des relations des êtres vivants (dont l'homme), entre eux et avec leur milieu, il est pas suprenant que le droit de l'environnment soit un droit de caractère horizontal, recouvrant les différentes branches classiques du droit de caractère horizontal, recouvrant les différentes branches classiques du droit (privé, public et international) et un droit d'interactions qui tend à penétrer dans tous les secteurs du droit pour y introduire lídée environnmentale.[3]

Na lição de Sueli Norma Padilha (2002, p. 107), as diversas ameaças à integridade da saúde do trabalhador permitiram o surgimento de uma nova concepção de direitos lastreada em um novo paradigma jurídico, qual seja, o Direito do Trabalho, impingindo a necessária intervenção na vida social e econômica por parte do Estado. Reconhece-se o direito ao trabalho como um direito fundamental de 2ª dimensão, ao passo que o direito ao ambiente hígido, como um direito fundamental de 3ª dimensão. Nessa medida, o Direito do Trabalho emerge do clamor da premente necessidade de defesa do trabalhador hipossuficiente, ao passo que o Direito Ambiental tem, em sua gênese, a proteção ao meio ambiente explorado e degradado desproporcionalmente.

O meio ambiente do trabalho é compreendido como o habitat laboral do trabalhador, pois, nele, este permanece, durante a maior parte de sua vida produtiva, a par de buscar o necessário para a sua sobrevivência e a dos seus (PADILHA, 2002, p. 105).

O direito a um meio ambiente do trabalho livre de riscos é apreendido do que prevê o artigo 7º, inciso XXII, da Constituição Federal (redução dos

[3] Tradução livre: "O direito ambiental é profundamente marcado por sua estreita dependência de ciência e tecnologia. Seu entendimento requer um mínimo de conhecimento multidisciplinar. (...) Como o ambiente é a expressão das interações e relações dos seres vivos (incluindo os seres humanos), entre si e com o meio ambiente, não surpreende que o direito ao meio ambiente seja um direito horizontal, cobrindo os diferentes ramos clássicos do direito (privado, público e internacional) e um direito de interação, que tende a penetrar em todas as áreas do direito para introduzir a ideia ambiental".

riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene segurança), constituindo-se um direito de natureza fundamental. Não somente o direito ao habitat laboral hígido, como também todo o rol de direitos sociais estampados no artigo 7º ostentam condição de norma fundamental, não podendo sofrer ingerências advindas do Poder Constituinte Derivado Reformador, por constituírem valores basilares de um Estado Social e Democrático de Direito (SARLET, 2009, p. 479-510).

Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2009, p. 37) define o meio ambiente do trabalho como o "(...) local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais relacionadas à sua saúde, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores (...)".

O saudoso professor Amauri Mascaro Nascimento (1999, p. 583-587) vislumbra o meio ambiente do trabalho como o complexo máquina-trabalho. Compreende-o como as edificações do estabelecimento empresarial, que incluem iluminação, conforto térmico e instalações elétricas, bem como as condições de salubridade ou insalubridade, periculosidade ou não do ambiente em que o labor é prestado, além de medidas de proteção, jornadas de trabalho, intervalos, descansos, férias etc. Na visão de Júlio César Sá da Rocha (1997, p. 127), o meio ambiente do trabalho se caracteriza pelo conjunto de elementos, inter-relações e condições incidentes na pessoa do trabalhador, aliado ao comportamento e valores dispostos no local de trabalho.

Já Talden Farias (2017) diz que o meio ambiente do trabalho é uma extensão do conceito de meio ambiente artificial, sendo a gama de fatores relacionada às condições do ambiente laboral, como o local de trabalho, as ferramentas, as máquinas, os agentes químicos, biológicos e físicos, as operações, os processos e a relação entre o trabalhador e o meio físico e psicológico.

A tutela do meio ambiente laboral está jungida diretamente ao estudo do direito ambiental do trabalho, fruto do Direito do Trabalho, que, por sua vez, tem suas raízes no Direito Civil. Certo é que a Revolução Industrial fez emergir a complexidade dos conflitos sociais a ponto de o Direito Civil não dispor de normas próprias para solucioná-los, dando ensejo à criação do Direito do

Trabalho. Para além disso, a sociedade pós-moderna, significativamente mais complexa que as anteriores, exigiu a criação de novos instrumentos jurídicos para a efetividade dos direitos de terceira dimensão, pelo que o segmento do Direito Ambiental do Trabalho ganhou notoriedade (PRATA, 2003, p. 76).

A criação de novos ramos do Direito é imprescindível para pautar condutas com segurança jurídica, embora, como afirma Marcelo Prata, do ponto de vista da Teoria dos Sistemas, na medida em que o Direito atua de modo a reduzir a complexidade das relações sociais, torne-se, dia a dia, mais complexo (PRATA, 2003, p. 76). Nada obstante, o Direito Ambiental detém o condão de transpassar todo o ordenamento sem se fixar, aprioristicamente, de forma rígida e estática, a um ou outro ramo do Direito, perscrutando a incidência sobre toda e qualquer área que reclame proteção (PADILHA, 2002, p. 112).

A par disso, impõe-se a reformulação de conceitos, institutos e princípios, por vezes, intrínsecos a um ramo do Direito, de modo a exigir a adaptação e consequente reestrutura, a fim de promover o equilíbrio ambiental, tendo por norte a sadia qualidade de vida. Novamente, com fulcro nos ensinamentos de Sueli Padilha, "(...) o Direito Ambiental abrange todas aquelas normas jurídicas que já tradicionalmente protegiam de forma isolada determinados aspectos da natureza e do meio ambiente, impondo sobre as mesmas a direção determinada por seus princípios, na busca da viabilização da proteção ambiental (...)" (PADILHA, 2002, p. 112).

A professora Rubia Zanotelli de Alvarenga (2018, p. 99) ensina que a efetivação dos direitos sociais dos trabalhadores representa significativo meio de realização dos direitos humanos fundamentais no âmbito das relações de trabalho e, para além disso, a dignidade da pessoa humana tem de ser o escopo principal do Direito do Trabalho, e a justiça social deve concretizar-se nas relações sociais em um espaço democrático no qual o bem-estar da pessoa humana é o objetivo maior almejado pelo Direito.

Preceitua Clèmerson Merlin Clève (2012):

> O valor normativo da Constituição merece ser potencializado, especialmente a normatividade dos capítulos condensadores dos direitos sociais e que apontam para a construção de uma sociedade igualitária. Para isso, é necessário entender que a

> Constituição é, entre outras coisas, também norma e não mera declaração de princípios ou de propósitos. Enquanto norma, dela decorrem consequências jurídicas (que devem ser tomadas a sério). Para além disso, sendo norma suprema, o sentido de seu discurso haverá de contaminar todo o direito infraconstitucional, que não pode nem deve ser interpretado (concretizado/aplicado) senão à luz da Constituição. A filtragem constitucional consiste em interessante mecanismo propiciador de atribuição de renovado e comprometido sentido ao direito civil, ao direito penal, ao direito processual, enfim, ao direito infraconstitucional.

O Direito do Trabalho detém correlação direta com o direito a um trabalho digno, tendo por significado o direito a um labor minimamente protegido, consoante ensina a professora Gabriela Neves Delgado. Desse modo, o trabalho não violará o homem enquanto fim em si mesmo, contudo deve ser prestado em observância ao valor da dignidade da pessoa humana, sustentáculo do trabalho humano. Lembra, a professora, que “onde o direito do trabalho não for minimamente assegurado (por exemplo, com respeito à integridade física e moral do trabalhador, o direito à contraprestação pecuniária mínima), não haverá dignidade humana que sobreviva” (DELGADO, 2017, p. 67).

Da relação contratual entabulada entre empregado e empregador, é possível que o divórcio entre a medida da ambição e o peso da dignidade gere, no ânimo do trabalhador, um sentimento de estar sendo esbulhado em sua dignidade pelo empreendedor e, de outro lado, provoque, no empreendedor, o sentimento de estar tentando esbulhar seu lucro sob a pressão de uma repartição mais equânime (PINTO, 2015, p. 83). O sentimento de esbulho do mais forte pelo mais fraco não passará de mera sensação desde que o labor seja realizado em condições dignas.

O direito ao trabalho digno é elemento central da democracia, tanto sob o viés econômico, como sob o aspecto da valorização do labor humano, desaguando, notoriamente, num maior padrão de cidadania da população (PEREIRA, 2017, p. 432). Nesse aspecto, o trabalho digno atrela-se, diretamente, a um meio ambiente do trabalho hígido, salubre e isento de riscos de ordem ocupacional, afastando a possibilidade de o habitat laboral ser utilizado em desacordo com as normas de saúde, higiene e segurança no

trabalho (PEREIRA, 2017, p. 429), de modo a preservar os atributos inerentes à personalidade do cidadão trabalhador.[4]

A dignidade vislumbrada nas relações laborais pretende vincular os atores sociais para banir todo e qualquer ato que tenha a finalidade de promover condições degradantes e precárias de trabalho do ser humano inserido na sociedade, que busca remuneração para a sua subsistência e de sua família (PEREIRA, 2017, p. 429). O raciocínio se justifica, considerando que o ser humano, ativado no mister laboral, não perde ou relega a dignidade que lhe é intrínseca pelo simples fato de ser humano. Daniel Sarmento (2016, p. 104-105) registra que a dignidade é ontológica e não contingente, e impõe que a pessoa não pode ser instrumentalizada, com lastro na ideia de Kant, de que as pessoas devem ser tratadas como fins em si, e nunca como meios para a realização de fins alheios ou para o atingimento de metas da coletividade.

Nessa ordem de ideias, o esbulho do trabalhador por meio do trabalho se perfectibiliza caso o ambiente laboral em que esteja inserido não corresponda ao cumprimento de regras trabalhistas concernentes a propiciar um trabalho minimamente protegido. Portanto, o trabalho, por si, não é capaz de violar a dignidade do homem enquanto fim em si mesmo, exceto se verificadas condições precárias e degradantes de labor, momento em que o sustentáculo da dignidade deixa de existir (DELGADO, 2015, p. 67.)[5]

Vislumbra-se, desse modo, o perfil genético do meio ambiente do trabalho, no qual o ponto crítico é a permanente relação conflituosa entre capital e trabalho, projetada, como aduz José Augusto Rodrigues Pinto, na relação da empresa com o trabalhador. Não há solução para a eliminação total desse conflito, mas a possibilidade de minorar o choque de sentimentos, que

---

[4] A título de exemplo, o Tribunal Superior do Trabalho, reiteradamente, tem decidido que "o comando empresarial para que o trabalhador dispa-se em um ponto do vestiário e se desloque para outro, na presença de terceiros, ainda que colegas de trabalho e do mesmo sexo, para, então, receber e vestir o uniforme, renega-lhe o direito à preservação da intimidade e dignidade (...)". O acórdão está ementado nos seguintes termos: "RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DAS LEIS Nºs 13.015/2014, 13.105/2015 E 13.467/2017. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. BARREIRA SANITÁRIA. CIRCULAÇÃO EM TRAJES ÍNTIMOS. EXPOSIÇÃO INDEVIDA DA INTIMIDADE. EXTRAPOLAÇÃO DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR". (BRASIL, TST, 2019)

[5] No entanto, há doutrina que sustenta que noção de reconhecimento social do trabalho e a dimensão integral dos direitos humanos possibilitam a vinculação de trabalho digno com direitos humanos e trabalho decente com o exercício dos direitos sociais fundamentais e, em consequência, da própria cidadania (ROSENFIELD, PAULI, 2012, p. 319-329).

somente encontra saída na promoção de ambientes saudáveis de trabalho (PINTO, 2015, p. 83).

No ano 1972, tendo em vista a preocupação com aspectos ambientais advindos de catástrofes e conflitos, da gestão dos ecossistemas, bem como, de modo geral, das mudanças climáticas, foi criado o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente. Posteriormente, no ano 1987, foi elaborado um relatório, denominado Nosso Futuro Comum, trazendo à baila o conceito de desenvolvimento sustentável (BRUNDTLAND, 1991, p. 47-60).

Com o escopo de cumprir efetivamente com o que preceitua o conceito de sustentabilidade, o Relatório propõe que a atuação dos países, tanto os desenvolvidos, quanto os em desenvolvimento, deve ser vertida não só na análise das necessidades dos mais pobres, como alimentação, habitação, emprego, entre outros, como também na aferição do risco de o atual estágio da tecnologia e da organização social comprometer a manutenção futura do meio ambiente sustentável (BRUNDTLAND, 1991, p. 47-60).

O Relatório aduz que desenvolvimento sustentável é o que atende às necessidades do presente, sem, contudo, afetar a perspectiva de as gerações futuras atenderem a próprias necessidades. Para tanto, faz-se necessário um progressivo avanço da economia e da sociedade de um modo geral (BRUNDTLAND, 1991, p. 47-60), considerando que a pessoa humana é o sujeito central do progresso, já que é (ou deveria ser) o beneficiário principal do desenvolvimento (artigo 2º, §1º, da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento) (ONU, 1986).

O raciocínio se justifica, pois o direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, que garante a todos a participação na prosperidade, sob os aspectos econômico, social, cultural e político, a fim de garantir que os direitos humanos e as liberdades fundamentais possam ser realizados sem restrição (artigo 1º, §1º, da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento – 1986).

A palavra-chave característica do desenvolvimento sustentável é preservação, obtida por meio do uso racional das riquezas e recursos naturais. A sustentabilidade se assenta sobre três pilares fundamentais, interdependentes, afirmados na Declaração de Joanesburgo sobre

Desenvolvimento Sustentável, a saber: a) desenvolvimento econômico; b) desenvolvimento social; e c) proteção ambiental.

Para a análise do nível de desenvolvimento sob os aspectos econômico e social, devem ser analisados o conteúdo normativo e o grau de vinculação dos princípios da valorização social da livre iniciativa e do trabalho. Disso decorre, diretamente, o potencial estatal de assegurar emprego a todos os indivíduos, de modo a promover a redução das desigualdades sociais e regionais (artigo 170, incisos VII e VIII, da Constituição Federal).

O princípio da livre iniciativa encontra-se descrito nos artigos 1º, inciso IV, e 170, caput, da Constituição Federal. Por vincular-se aos princípios norteadores da ordem econômica, há indicativo de que sua acepção se reduz à liberdade econômica ou de iniciativa econômica (GRAU, 2018, p. 197).

Eros Grau é enfático ao dizer que, da livre iniciativa, se desdobra a própria liberdade em si, considerada, em sua perspectiva substancial, como resistência ao poder e reivindicação por melhores condições de vida, sob os aspectos individual, social e econômico. De tal modo, a livre iniciativa não se restringe, única e exclusivamente, a princípio atinente ao liberalismo econômico (afirmação do capitalismo) (GRAU, 2018, p. 197-198). O próprio artigo 1º, inciso IV, da Carta Magna enuncia, também, o valor social da livre iniciativa,[6] não expondo, deliberadamente, suas virtudes individuais. Considere-se, ainda, que o artigo 170, caput, do Texto Magno, alinha, par a par, o labor humano e a livre iniciativa.[7]

O princípio do valor do trabalho, depurado do artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal, norteia o desenvolvimento social, contemplando, ao menos, quatro vertentes fundamentais para a interpretação aliada ao desenvolvimento econômico.

O valor econômico é o primeiro a despontar: é aferível por meio do custo da liberdade do trabalhador, ou seja, há a mensuração do tradicional valor-hora do labor. De outra banda, a valorização do trabalho, sob a perspectiva social, expressa no Texto Constitucional (artigo 1º, inciso IV), contempla a importância do labor tanto para o indivíduo enquanto ser humano

[6] O dispositivo constitucional dispõe, literalmente, "os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa".
[7] O dispositivo constitucional dispõe, literalmente, "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (...)".

em constante desenvolvimento, quanto para a sociedade que integra (PINTO, 2000, p. 1489-1494). De posse do pensamento de Amoroso Lima (1947, p. 95), o trabalho analisado, sob a lente da moral, tem a finalidade última de proporcionar felicidade ao ser humano, realizando-o como pessoa. Proclama, o autor, com rara propriedade, que o trabalho é o meio que permite ao homem, moralmente, realizar ou não, as condições primordiais de sua felicidade, vencendo ou não os obstáculos que, por natureza, lhe são impostos.

Enfim, o trabalho detém viés jurídico como direito fundamental, representando a garantia de respeito por todos da sociedade enquanto ser humano trabalhador (PINTO, 2000), ao passo que também há a respectiva leitura como dever de trabalho (se possível e disponível), posto que "só há vida humana bem vivida no plano do trabalho como dever" (LIMA, 1947, p. 94).

O professor Raimundo Simão de Melo (2013, p. 69) preceitua que a Constituição Federal, embora assegure a livre-iniciativa na ordem econômica capitalista, condiciona-a à observância da dignidade da pessoa humana, aos valores sociais do trabalho, ao respeito e à proteção do meio ambiente, impondo a intervenção do Estado na defesa de tais primados. Dessa forma, a livre concorrência e a defesa do meio ambiente devem caminhar, par a par, a fim de que a ordem econômica se volte efetivamente à justiça social.

Nessa trilha, os desenvolvimentos econômico e social devem caminhar pareados, lastreados na ideia de justiça social[8] para alcançarem a distribuição justa e compassiva dos frutos do crescimento econômico[9], sem descurarem do direito de todos os seres humanos a um ambiente seguro (UNITED NATIONS, 2006), o que revela a preocupação com o desenvolvimento sustentável (art.

---

[8] Há quem sustente que o fator de equilíbrio entre os princípios da livre iniciativa e do valor social do trabalho é o desenvolvimento sustentável. Nesse sentido: "No plano doméstico, por força do axioma da dignidade humana, a Constituição Federal articulou os princípios da livre iniciativa e do valor social do trabalho, elegendo o desenvolvimento sustentável como fator de equilíbrio desses valores em colisão aparente, determinando que a responsabilidade do empregador por desvio de sustentabilidade laboral é de natureza objetiva e solidária. Tal sustentabilidade implica necessariamente no cumprimento da função social da propriedade e da empresa, o que somente se efetiva com a observância das disposições que regulam as relações de trabalho (CF, art. 186, III e IV), dentre elas a exigência de redução dos riscos, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (CF, art. 7º, XXII)". (BRASIL, TRT, 2018)

[9] Pontifica Bruno Amaro Lacerda (2016, p. 67-88) que justiça social é mais do que o direito a certo nível de bem-estar sob o aspecto material, sendo dever da sociedade política expandir a educação e os bens culturais aos que não os possuem. Arremata argumentando que, atualmente, muito se fala em justiça social sob o aspecto do salário justo e assistência aos carentes, contudo, registra que o conceito é mais amplo, abrangendo também o direito à saúde, à educação, à cultura, ao lazer, etc.

170, inciso VI, da CF), afinal, o apêndice da política fundamental ambiental é a conservação (ANTUNES, 2015, p. 115).

Referências

AFONSO, Paulo. *Direito ambiental brasileiro*. 8a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Alemanha, 1949. Disponível em: https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf. Acesso em 10.08.2019.

ALMEIDA, António. Como se posicionam os professores perante manifestações culturais com impacto na natureza. Resultados de uma investigação. *Revista Electrónica de Enseñanza de las Ciencias*. v. 8, n. 2, p. 648-670. 2009. Disponível em: http://reec.uvigo.es/volumenes/volumen8/ART15_Vol8_N2.pdf. Acesso em: 12.08.2019.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *Direitos sociais dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2018.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Dano ambiental: uma abordagem conceitual*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. v. 9, p. 5-52, jan-mar. São Paulo, 1998.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Agravo no Recurso Especial 1312435 RJ 2018/0148062-2*. Relator: Ministro Og Fernandes, Data de Julgamento: 07.02.2019, 2ª Turma, Data de Publicação: DJe 21/02/2019. Jusbrasil. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/679151693/agravo-em-recurso-especial-aresp-1312435-rj-2018-0148062-2?ref=serp. Acesso em: 20.08.2019.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Recurso Especial 1654950 SC 2017/0034964-5*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Data de Publicação: 06.09.2018. Jusbrasil. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/622787715/recurso-especial-resp-1654950-sc-2017-0034964-5. Acesso em: 03.09.2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Mandado de Segurança 22164*. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, Data do julgamento: 30.10.1995, Data da publicação: 17.11.1995. Brasília. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691. Acesso em: 20.08.2019.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO (TRT). *Recurso Ordinário 01003278320165010051 RJ*. Relator: Valmir de Araújo Carvalho. Data de Julgamento: 23.05.2018. Data de Publicação: 30.05.2018. Jusbrasil. Disponível em: https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/640570543/recurso-ordinario-ro-

1003278320165010051-rj/inteiro-teor-640570593?ref=serp. Acesso em: 25.08.2019.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO (TRT). *Recurso Ordinário 53521201502809000 PR 53521-2015-028-09-00-0*. Relator: Rosemarie Diedrichs Pimpão, Curitiba/PR, Data de Julgamento: 13/06/2017, 4ª Turma, Data de Publicação: 21.07.2017. Jusbrasil. Disponível em: https://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/480222006/recurso-ordinario-ro-53521201502809000-pr-53521-2015-028-09-00-0?ref=serp. Acesso em: 03.09.2019.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução Nº 227 de 15/06/2016.* Regulamenta o teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. DJe/CNJ, nº 102, de 17/06/2016, p. 2-4. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2295. Acesso em: 26.10.2019.

BRASIL. CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO. *Resolução n. 151/CSJT, de 29 de maio de 2015*. Incorpora a modalidade de teletrabalho às práticas institucionais dos órgãos do Judiciário do Trabalho de primeiro e segundo graus, de forma facultativa, observada a legislação vigente. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho: caderno judiciário do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, n. 1743, p. 20-23, 8 jun. 2015. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/63630/2015_res0151_csjt_compilado.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 26.10.2019.

BRASIL. *Decreto n. 3.321, de 30 de dezembro de 1999*. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Nov. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm. Acesso em: 15.12.2019.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro, Brasília, 1942.

BRASIL. *Lei Complementar nº 150, de 1º de junho de 2015*. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis no 8.212, de 24 de julho de 1991, no 8.213, de 24 de julho de 1991, e no 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3o da Lei no 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei no 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei no 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp150.htm. Acesso em: 08.01.2020.

BRASIL. *Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000*. Regulamenta o art. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Brasília, DF, jul 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9985.htm. Acesso em: 04.09.2019.

BRASIL. *Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009*. Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências. Brasília, DF, dez

2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12187.htm. Acesso em: 04.09.2019.

BRASIL. *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. Brasília, DF, ago 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). *Recurso de Revista 21126420175120008*. Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Data de Julgamento: 19.06.2019, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21.06.2019. Jusbrasil. Disponível em: https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/723781125/recurso-de-revista-rr-21126420175120008?ref=serp. Acesso em: 30.09.2019.

BRUNDTLAND, Gro Harlem. *Nosso Futuro Comum. Comissão mundial sobre meio ambiente e desenvolvimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991. p. 47-60.

BRYNER, Nicholas S. In dubio pro natura: a principle for strengthening environmental rule of law. São Paulo: *Revista de Direito Ambiental*. v. 78, p. 245-258, abr-jun, 2015.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Tradução de Newton Roberval Eichemberg. São Paulo: Cultrix, 1996.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Para uma dogmática constitucional emancipatória. In: *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 33-52.

CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Directiva n. 89/391/CEE*. 1989. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, n. L 183/1. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31989L0391&from=PT. Acesso em 26.08.2019.

COSTA, Lara Lobo. Jurisprudência confirma o princípio in dúbio pro natura. São Paulo: *Revista Consultor Jurídico*, 2016. Disponível: https://www.conjur.com.br/2016-mai-12/lara-costa-jurisprudencia-confirma-principioin-dubio-pro-natura. Acesso em: 03.09.2019.

DELGADO, Gabriela Neves. Estado Democrático de Direito e Direito Fundamental ao Trabalho Digno. In: DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO. Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DICIO, *Dicionário Online de Português*. Porto: 7 Graus, 2019. Disponível em: https://www.dicio.com.br/ambiente/. Acesso em: 10.08.2019.

FARIAS, Paulo José Leite. *Competência federativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

FARIAS, Talden. Uma perspectiva constitucional do conceito de meio ambiente. São Paulo: *Revista Consultor Jurídico*, 2017. Disponível em:

https://www.conjur.com.br/2017-out-07/ambiente-juridico-perspectiva-constitucional-conceito-meio-ambiente. Acesso em: 25.09.2019.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GODINHO, Gabriela Neves. Estado Democrático de Direito e Direito Fundamental ao Trabalho Digno. In: GODINHO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e Direitos Fundamentais. Dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2018.

GODINHO, Maurício Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho, 2018. In: GODINHO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e Direitos Fundamentais. Dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2018.

GODINHO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

LACERDA, Bruno Amaro. Origens e consolidação da ideia de justiça social. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 112, jan-jun., 2016.

LIMA, Alceu de Amoroso. *O Problema do Trabalho*. Rio de Janeiro: Agir, 1947.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. O princípio da precaução e a avaliação de riscos. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. 856, fev. 2007, p. 35-50.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MARANHÃO, Ney. *Poluição labor-ambiental. Abordagem conceitual das condições de trabalho, da organização do trabalho e das relações interpessoais travadas no contexto laborativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MARTINS, Celso. *Biogeografia e Ecologia*. 5. ed. São Paulo: Nobel, 1985.

MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e saúde do trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MILARÉ, Édis. Tutela jurídica do meio ambiente. *Revista dos Tribunais*. v. 605, p. 20-25, mar. São Paulo, 1986.

MILARÉ, Édis. Tutela jurídica do meio ambiente. *Revista dos Tribunais*. V. 5, mar. 2011, São Paulo, p. 781-790.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. A defesa processual do meio ambiente do trabalho. *Revista LTr*, v. 63, n. 5, maio, 1999, p. 583-587.

ODUM, Eugene P. *Ecologia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1988.

OLEA, Manoel Alonso. *Introdução ao direito do trabalho*. Porto Alegre: Edição Sulina, 1969.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral das Nações Unidas. *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento*. 1986. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html. Acesso em 22.08.2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. *Convenção sobre Diversidade Biológica*. 1992(a). Disponível em: https://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dpg/_arquivos/cdbport.pdf. Acesso em: 20.08.2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento. *Eco 92*. 1992(b). Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v6n15/v6n15a13.pdf>. Acesso em: 30.08.2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. *Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas*. 1992(c). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2652.htm>. Acesso em: 30.08.2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conferência das Nações Unidas. *Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano*. Estocolmo, 1972. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/meio-ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html. Acesso em 10.08.2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção sobre Diversidade Biológica. *Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Diversidade Biológica,* anexo III, Cartagena, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5705.htm. Acesso em 30.08.2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Conferência Internacional do Trabalho. *Convenção 155. Segurança e Saúde dos Trabalhadores*. 1983. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm. Acesso em: 20.08.2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Conferência Internacional do Trabalho. *Declaração da OIT sobre a Justiça social para uma Globalização Equitativa*. 2008. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336918.pdf. Acesso em: 27.08.2019.

PADILHA, Sueli Norma. *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*. São Paulo: LTr, 2002.

PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. Saúde, higiene e segurança no trabalho no contexto do Trabalho digno: A fragmentação do meio ambiente do trabalho operada pela reforma trabalhista. In: MELO, Raimundo Simão de; ROCHA, Cláudio Jannoti da Rocha. *Constitucionalismo, trabalho, seguridade social e as reformas trabalhista e previdenciária*. São Paulo: LTr, 2017.

PINTO, José Augusto Rodrigues. Ambientes saudáveis de trabalho. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; et al., (Coord.). *Direito ambiental do trabalho: apontamentos para uma Teoria Geral*, v. 2. São Paulo: LTr, 2015.

PINTO, José Augusto Rodrigues. O trabalho como valor. *Revista LTr*, v. 64, n. 12, 2000, p. 1489-1494.

PIOVESAN, Flavia. O direito ao meio ambiente e a Constituição de 1988: diagnósticos e perspectivas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 4, p. 75-97, jul-set. Brasília, 1993.

PORTUGAL. *Lei n. 19/2014, de 14 de abril*. Define as bases da política de ambiente. Portugal, 2014. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2091&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=. Acesso em 10.08.2019.

PORTUGAL. *Lei n. 7/2009, de 12 de fevereiro.* Código de Trabalho, Portugal, 2009. Disponível em: http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT20032018.pdf. Acesso em: 30.10.2019.

PRATA, Marcelo Rodrigues. *O direito ambiental do trabalho numa perspectiva sistêmica*. São Paulo: LTr, 2003.

PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. 2. ed. Paris: Éditions Dalloz, 1991.

PURVIN, Guilherme. *Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2007.

ROCHA, Júlio César Sá da. *Direito ambiental do trabalho: dano, prevenção e proteção jurídica*. São Paulo: LTr, 1997.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Ambiental: Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ROSENFIELD, Cinara L.; PAULI, Jandir. Para além da dicotomia entre trabalho decente e trabalho digno: reconhecimento e direitos humanos. *Cad. CRH*, v. 25, n. 65, ago. 2012, p. 319-329.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM,

Gustavo (Org.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. *Revista Brasileira Direito Animal*, v. 2, n. 3, Bahia, 2007, p. 69-94.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana. Conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SÉGUIN, Élida. *Direito ambiental: nossa casa planetária*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. A tutela constitucional do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, v. 21, jan-mar. 2001, São Paulo, p. 286-290.

UNITED NATIONS (UN). Department of economic and social affairs. Division for Social Policy and Development. The International Forum for Social Development. *Social Justice in an Open World the Role of the United Nations*. 2006. Disponível: https://www.un.org/esa/socdev/documents/ifsd/SocialJustice.pdf. Acesso em: 25.08.2019.

8. DIREITO DO CIDADÃO À VACINAÇÃO CONTRA COVID-19

Maria Justina Dalla Bernardina Felippe
Doutora em Moléstias Infecciosas e Parasitárias pela FMB - UNESP
Coordenadora do Curso de Graduação em Enfermagem da Faculdade Galileu

Cláudia Maria Silva Cyrino
Doutora em Enfermagem pela FMB - UNESP
Professora na Faculdade Galileu

1 Introdução

Desde janeiro de 2020, o mundo tem vivido rápida disseminação da doença causada pelo vírus SARS-CoV-2 denominada de COVID-19, vírus esse disseminador de síndrome respiratória aguda grave (SARS), em relatos feitos pelo Comitê Internacional de Taxonomia do Vírus[1], que resultou em mais de 83 milhões de casos confirmados e mais de 1,8 milhões de mortes em todo o mundo, segundo Cortinovis, Perico e Remuzzi[2] (2021).

Essa classe do coronavírus é constituída de vírus com RNA de fita positiva com envelope e, seu sequenciamento e a análise filogenética indicam que o vírus causador da COVID-19 é um betacoronavírus, sendo do mesmo subgênero do vírus causador de síndrome respiratória aguda (SARS) presentes em vários coronavírus de morcegos.[1,3] Embora essa semelhança na sequência de RNA do COVID-19 seja a mais próxima do coronavírus do morcego e, parece viável a ideia de que esse animal seja a fonte primária da doença na opinião de Chang, Wu, Chang, (2020) e Zhu et al, (2020) torna-se necessário estudos sobre essa transmissão, feita diretamente pelo morcego ou por outro mecanismo, ainda não totalmente comprovado.[4,5]

Pesquisas realizadas por Al-Hajjar et Mcintosh et al. (2020) abordam que a COVID-19 está marcada pela disseminação rápida, principalmente em ambientes hospitalares e entre familiares próximos, onde os grupos de pessoas infectadas aumentam consideravelmente em diversos países.[6] Trata-se de vírus infeccioso que se dissemina predominantemente por meio de grandes

gotículas respiratórias (saliva) que se espalham rapidamente pela tosse ou espirros de um indivíduo infectado para outras pessoas sadias, durante a fase de transmissão.[6-7].

Dentre as principais medidas de controle estão a redução do contato direto, uso de máscaras dentro da distância das gotículas, limpeza de superfícies, barreiras físicas, distanciamento físico, higiene respiratória e uso de proteção de alto grau apenas para os chamados procedimentos de saúde geradores de aerossol. Essas políticas não precisam distinguir entre ambientes internos e externos, uma vez que um mecanismo acionado pela gravidade para transmissão seria semelhante para ambos os ambientes.[7]

Assim, se um vírus infeccioso é transmitido principalmente pelo ar, um indivíduo pode ser infectado ao inalar aerossóis produzidos, quando uma pessoa infectada exala, fala, grita, canta, espirra ou tosse. A redução da transmissão aérea do vírus requer medidas para evitar a inalação de aerossóis infecciosos, incluindo ventilação, filtração de ar.[7-8] Estudos realizados por Pan, Lednicky e Wu (2019) demonstraram que a transmissão aérea de vírus respiratórios é difícil de demonstrar diretamente e que resultados mistos de estudos que buscam detectar patógenos viáveis no ar, embora as bases de dados sejam insuficientes para concluir a ausência do patógeno no ar, mesmo que a quase totalidade das evidências científicas indiquem o contrário.[9]

O período de incubação viral, descrito por muitos estudos epidemiológicos, mostram variação entre 5 e 7 dias, considerando-se a fase de transmissibilidade, que se inicia com o aparecimento dos primeiros sintomas, caracterizados por dores no corpo, febre, dor de cabeça e falta de ar, podendo ainda acontecer na fase assintomática e a durabilidade desses sintomas gira em torno de 7 dias. Portanto, o risco de uma pessoa infectada transmitir o vírus, depende de fatores: o tipo e o tempo de exposição, uso de medidas preventivas e fatores individuais como a quantidade de vírus no sistema circulatório do indivíduo, podendo aumentar após o contato com indivíduos contaminados, elevando-se ainda mais com a proximidade e duração deste contato.[6,10]

É importante enfatizar que o risco fica ainda maior se o contato for prolongado e em ambientes internos, pois o vírus está presente em superfícies

hospitalares e áreas residenciais de pacientes positivados, tornando esses locais contaminados e com alta probabilidade de infectar pessoas, que ali tocarem, sendo esta, a principal fonte de infecção.[3]

Vários autores citam que o maior desafio no combate a essa pandemia refere-se à transmissão de indivíduos assintomáticos, ou seja, pacientes que estão infectados, transmitindo a doença, sem manifestação de nenhum sintoma de SARS-CoV-2,[5,11-12] pois os níveis e a duração do RNA Viral na parte superior do trato respiratório de pacientes assintomáticos são semelhantes aos indivíduos não sintomáticos.[1-3]

Em relação à imunidade, estudos mostram existir imunidade protetora gerada após a infecção por COVID-19, em uma série de casos em que foram avaliados o plasma convalescente para o tratamento de pacientes recuperados de COVID-19. Identificou atividade neutralizante no plasma desses pacientes, que pareciam ser transferidos para receptores após infusão de plasma.[13] Ao serem analisados 149 pacientes convalescentes, por Robbiani et al., 2020, aproximadamente 7% deles, necessitaram de internação, apenas 1% tinha altos títulos de anticorpos neutralizantes, em média de 39 dias após o início da doença. No entanto, foram identificadas células bem específicas do receptor, específicas de domínio em 6 pacientes e anticorpos neutralizantes potentes, independentemente do título de neutralizador de soro, sugerindo que vacinas altamente protetores poderiam ser projetadas para estimular a produção desses anticorpos.[14]

Outra pesquisa desenvolvida por Chang, Wu e Chang (2020) com sangue de 23 pacientes que se recuperaram do COVID-19, mostrou anticorpos de domínio de ligação da proteína de pico e da proteína nucleocapsida, detectados por ensaio imunosorvente ligado à enzima (Elisa), na maioria dos pacientes após 14 dias do início dos sintomas, embora essa resposta de anticorpos possa estar associada à gravidade da doença. Também foram evidenciadas respostas de célula Linfócitos T-CD4 e T-CD8 específicas do SARS-CoV-2 em pacientes que se recuperaram e em indivíduos que receberam a vacina do SARS-CoV-2 sugerindo uma resposta imune de células T duráveis.[4,15]

Portanto, respostas imunológicas pré-existentes estão relacionadas ao risco e a gravidade do COVID-19 e elas influenciam SARS-CoV-2 permanecer desconhecida, mesmo que já tenham sido detectadas imensidão de citocinas do tipo interferons tipo I (IFN-α e IFN-β), macrófagos e células NK (citotóxicas) reconhecendo o antígeno.[4,14-15]

Dentre os desafios impostos mundialmente pela pandemia, toda comunidade científica, respondeu rápida e eficazmente ao empenho no desenvolvimento de novos tratamentos, vacinas e diagnósticos, entre outros, apoiada em conhecimento e inovação no combate a essa patologia. Após meses de testes em meio a muitas controvérsias, a chance de se encontrar algum antiviral específico para o tratamento da COVID-19 tem avançado, especificamente àqueles com objetivo de minimizar efeitos característicos da infecção, ou em conjunto, com outros coadjuvantes.[16]

No entanto, o tratamento da doença exige o protagonismo e, uma das principais apostas, é o desenvolvimento de antivirais contra proteínas-alvo do Sars-CoV-2, envolvendo ainda muita pesquisa multidisciplinar e o planejamento de “Nova Entidade Química” ou biológicos que devem passar por várias etapas pré-clínicas e clínicas, segundo Ferreira e Andricopulo (2020).

Enquanto esses estudos não chegam ao consenso de tratamento, a vacina tem se tornado uma salvaguarda extremamente importante na minimização de um número tão expressivo de óbitos pelo coronavírus. Em sua discussão sobre “Uma vacina de mRNA contra SARS-CoV-2 - Relatório preliminar” Jackson et al. (2020), em julho de 2020, fazem observações importantes em que, uma vacina eficaz tornou-se uma das grandes necessidades para o controle da doença e diminuição de seus danos e a mobilização da comunidade científica pode ser demonstrada pela quantidade de vacinas em desenvolvimento registradas, algumas em fases mais avançadas, citando inclusive o Brasil, como país em que ainda há grande circulação de SARS-CoV-2, um dos locais em que voluntários estão sendo recrutados para o teste de duas vacinas.[17]

Entretanto, por estarem nas fases iniciais do processo do estudo, os resultados não são esperados tão cedo. Dados publicitários divulgaram amplamente o início da vacinação no Brasil, em 17 de janeiro de 2021.[17]

Segundo o Ministro da Saúde, inicia-se oficialmente a campanha de vacinação contra a COVID-19 no Brasil no dia 18 de janeiro de 2021, dando-se início à distribuição das doses da vacina pelo governo federal. Para que a vacinação aconteça no Brasil, o Ministério da Saúde, associado à Secretaria de Vigilância em Saúde, ao Departamento de Imunização e Doenças Transmissíveis e à Coordenação-Geral do Programa Nacional de Imunizações, elaboraram o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra COVID-19, em maio de 2021, como medida adicional de resposta ao enfrentamento da doença, tida como Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII), mediante ações de vacinação nos três níveis de gestão. As diretrizes definidas neste plano visam apoiar as Unidades Federativas (UF) e municípios no planejamento e operacionalização da vacinação contra a doença. O êxito dessa ação será possível mediante o envolvimento das três esferas de gestão em esforços coordenados no Sistema Único de Saúde (SUS), mobilização e adesão da população à vacinação.[18]

Como objetivo do PNI COVID-19 observa-se estabelecer as ações e estratégias para a operacionalização da vacinação contra a COVID-19 no Brasil; apresentar a população-alvo e grupos prioritários para vacinação; otimizar os recursos existentes por meio de planejamento e programação oportunos para operacionalização da vacinação nas três esferas de gestão; instrumentalizar estados e municípios para vacinação.

Diante dessas considerações, entendendo-se que o coronavírus é um patógeno respiratório emergente, da incerteza sobre as características epidemiológicas, clínicas e virais do novo patógeno e particularmente sua habilidade de se espalhar na população humana e sua virulência (caso – severidade), considerando-se que a pandemia, decorrente da infecção humana pelo novo coronavírus, tem causado impactos na população mundial, com prejuízos globais de ordem social e econômica, tornando-se o maior desafio de saúde pública, objetiva-se neste estudo, conhecer o direito do cidadão brasileiro frente à necessidade de vacinação iminente.

2 Metodologia

Este estudo caracteriza-se por análise bibliográfica, envolvendo revisão integrativa da literatura, método que permite o levantamento e a análise de subsídios na literatura de forma ampla e sistematizada sobre direito à vacinação contra COVID-19.

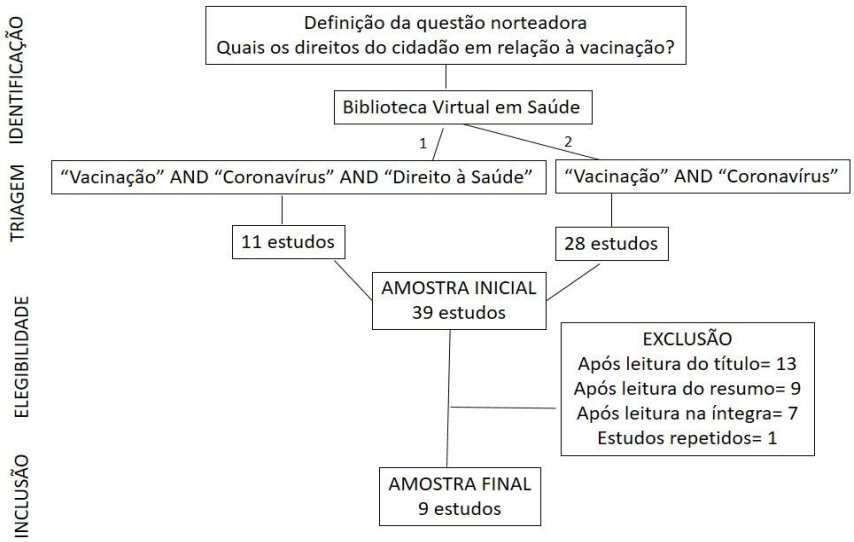
A revisão integrativa pautou-se em seis etapas para a sua elaboração. A primeira etapa foi composta pela identificação do tema e seleção da hipótese ou questão de pesquisa. A segunda etapa compreendeu a definição dos critérios de inclusão e exclusão do estudo: uso das bases de dados e seleção dos estudos baseada nos critérios. A terceira etapa foi realizada por meio da identificação dos estudos pré-selecionados: leitura dos títulos das publicações, resumos, palavras-chaves e organização dos estudos. A quarta etapa abrangeu a categorização dos estudos selecionados. A quinta etapa envolveu a análise e a interpretação dos resultados. A sexta etapa corresponde à apresentação da revisão e síntese do conhecimento.[19]

Para desenvolvimento do estudo elaborou-se a seguinte questão "Quais os direitos do cidadão em relação à vacinação? No processo de busca e seleção foram consultadas as bases de dados do *Portal Regional da Biblioteca Virtual em Saúde* (BVS).

Os critérios de inclusão adotados foram: artigos primários realizados com adultos; disponíveis na íntegra; publicados durante o período de 2019 a 2021; nos idiomas português, francês, inglês e espanhol. Os critérios de exclusão foram: artigos, relato de casos; casos clínicos; dissertações; teses que não respondessem à questão da pesquisa. A busca e a seleção dos estudos foram realizadas por dois pesquisadores independentes no mês de junho de 2021 utilizando-se combinações com os seguintes Descritores em Ciências da Saúde (DeCS) "Coronavírus", "Vacinação", "Direito à saúde", combinados por meio dos operadores *booleanos* "*AND*". O fluxograma 1 demonstra as estratégias de busca na base de dados.

As informações extraídas dos estudos foram: título, nome dos autores, ano de publicação, país de origem, objetivo do estudo e delineamento. Tais informações foram compiladas para uma planilha do Programa Excel® para posterior análise.

Fluxograma 1: Estratégia de busca na base de dados. Botucatu, 2021



Fonte: próprio autor

3 Resultados

Na avaliação de busca aos bancos de dados da presente pesquisa, foram identificados 39 artigos definidos com os descritores propostos. No entanto, na presente revisão integrativa, selecionou-se 9 artigos que atenderam aos critérios de inclusão previamente estabelecidos e estiveram caracterizados como relevantes ao presente estudo.

A análise dos estudos incluídos na revisão integrativa foi iniciada com vistas a identificar a temática central abordada no estudo, ou seja, verificar qual o objeto do estudo e sua relação com o direito do cidadão à vacinação contra COVID-19. Em relação ao delineamento da pesquisa, verificou-se 02 de natureza editorial, 01 carta ao leitor, e 06 estudos quali-quantitatitos. Sobre a procedência, 3 (33,3%) eram dos Estados Unidos, 2 (22,2%) da Austrália e 2 (22,2%) do Brasil, e 1 (11,1%) de Taiwan e 1 (11,1%) França.

A partir desta constatação, diferentes abordagens temáticas foram construídas de modo a agrupar os resultados encontrados em um padrão compreensível e para uma melhor elaboração da síntese dos conteúdos enfocados pelas pesquisas. Na tabela 1 estão representadas as informações extraídas dos estudos selecionados.

Tabela 1: Informações extraídas dos estudos selecionados. Botucatu, 2021.

	TÍTULO	Delineamento	Autores	País	Ano	Objetivo
Estratégia 1	Equitable global access to coronavirus disease 2019 vaccines	Editorial	Jason L Schwartz	EUA	2020	Descrever sobre o desafio da entrega equitável e acesso às vacinas
	A review of vaccine effects on women in light of the COVID-19 pandemic	Descritivo	Chang, Wen-Han et al.	Taipei, Taiwan	2020	Apresentar as desigualdades de gênero existentes na pandemia
	COVID-19 and vaccination: a global disruption	Descritivo	Emmanuelle Billon-Denis Jean-Nicolas Tournier	França	2020	Avaliar a aceitação da vacinação contra COVID-19
	Facilitating Access to a COVID-19 Vaccine through Global Health Law	Descritivo	Lawrence O. Gostin, Safura Abdool Karim, Benjamin Mason Meier	EUA	2020	Descrever sobre o acesso às vacinas no mundo
	Preparing the public for COVID-19 vaccines: How can general practitioners build vaccine confidence and optimise uptake for themselves and their patients?	Descritivo	Margie Danchin, Ruby Biezen, Jo-Anne Manski-Nankervis, Jessica Kaufman, Julie Leask	Austrália	2020	Fornecer uma estrutura para os cuidados primários sobre o que será necessário para otimizar a confiança e a absorção da vacina COVID-19 na Austrália.
	The confrontation in the scenario of vaccines, health, and COVID-19	Carta ao editor	Paula Júnior, Waldemar de; Fernandes, Felipe Alves; Andrade, Mariléia Chaves	Brasil	2020	Descrever sobre o acesso à vacina como direito de todos

	Vacinação: direito individual ou coletivo?	**Editorial**	**Sandra Mara Campos Alves; Maria Célia Delduque; Marcelo Lamy**	**Brasil**	**2020**	**Descrever sobre a adesão e recusa em aderir às campanhas de vacinação**
Estratégia 2	Accepters, fence sitters, or rejecters: Moral profiles of vaccination attitudes	Transversal Quantitativo	Isabel Rossen, Mark J. Hurlstone, Patrick D. Dunlop, Carmen Lawrence	Austrália	2019	Examinar a estrutura e as raízes morais das atitudes antivacinação entre pais australianos ativos em sites de parentalidade de mídia social.
	Perspectives of public health nurses on the ethics of mandated vaccine education	Qualitativo-grupo focal	Mark C. Navin, Andrea T. Kozak, Michael J. Deem	EUA	2020	Atender à atividade e disposições do pessoal de saúde pública que presta “educação dispensa”.

Fonte: próprio autor

4 Discussão

Esse estudo possibilitou uma descrição e reflexão sobre os direitos do cidadão frente à necessidade de vacinação contra COVID-19. Vê-se que o ritmo e o progresso da pesquisa e desenvolvimento das vacinas têm se mostrado extraordinários. Porém, um novo capítulo no esforço global dessa vacinação relaciona-se aos problemas de produção, distribuição, entrega, e o acesso equitativo à população, o que irá determinar o quão essas vacinas mudarão a trajetória da pandemia.[20,21]

Uma vacina eficaz será essencial para limitar a propagação do vírus e prevenir sua recorrência. Sem proteção duradoura contra infecções e imunidade em nível populacional, o mundo enfrentará maior transmissão, surtos repetidos e mortes desnecessárias.[20]

O acesso à saúde, como direito de todos e dever do Estado, pode ser vivido na prática ou ser nada mais do que um sonho ou fantasia. Na verdade, é uma questão de contextualização e compromisso de todos. Há países onde o acesso à saúde se desenvolve com igualdade e equidade, mas em outros não é tratado como condição básica de sobrevivência.[23]

Estudos apontam uma concentração substancial de reservas de vacinas entre os países de alta renda, levantando questões sobre o acesso a vacinas para países de baixa e média renda, particularmente se houver falhas durante o teste clínico ou problemas de fabricação e distribuição. Mesmo que várias vacinas forem aprovadas, os países de baixa e média renda terão a capacidade de produção reduzida em relação às cadeias de abastecimento globais.[20,21]

Os autores trazem os desafios operacionais do programa de vacinação global contra a COVID-19 tanto quanto o desafio científico associados ao rápido desenvolvimento seguro das vacinas.[21]

É necessária vasta rede de acordos, compromissos e reservas nacionais e organizações multinacionais para comprar doses de vacinas para suas próprias populações e para esforços globais de vacinação, em alguns casos por meio de organizações intermediárias.[21]

Ademais, a fabricação de vacinas seguras e eficazes, distribuição e entrega sem atraso são essenciais para que elas produzam os benefícios ansiosamente esperados em todo o mundo. O trabalho científico de desenvolvimento de vacinas está longe de ser concluído.[21]

Assim, torna-se inevitável a transparência e clareza em como os fabricantes de vacinas atenderão aos pedidos feitos por governos ou organizações multinacionais e como os desafios e custos adicionais associados aos programas de vacinação (além do custo das vacinas) serão administrados, especialmente em países de baixa renda. Isso requer uma implementação bem-sucedida e equitativa dos programas de vacinação, coordenação global sem precedentes e um compromisso sustentado de recursos tanto financeiros, logísticos e técnicos que ajudarão a pôr fim a esta devastadora crise de saúde.[20,21]

Destarte, uma vacina eficaz deve ser vista como um bem público global, com benefícios compartilhados por todas as nações. Nenhum país deve acumulá-lo ou ser lucro para alguma empresa. E nenhuma instituição ou indivíduo deve possuir direitos de propriedade intelectual. Nenhum país agindo sozinho pode garantir o sucesso.[20]

As reformas da legislação de saúde global são necessárias para garantir que uma vacina seja distribuída de forma justa com base em normas globais, considerando a vacinação como um direito universal.[20]

O processo de vacinação protege o indivíduo vacinado, evita a disseminação da doença e reduz os riscos de aumento de sua incidência, impactando em diversos outros cenários da sociedade.[22]

Contudo, a vacinação, apesar de se constituir em uma medida de saúde simples, foi bastante combatida desde sua concepção, ocasião em que se observa o surgimento dos primeiros movimentos antivacinação, a partir da promulgação de leis inglesas que tornava a vacinação compulsória para adultos e crianças.[23]

No Brasil, a vacinação obrigatória contra a varíola levou ao episódio conhecido como Revolta da Vacina, em 1904. Atualmente, o tema voltou a ganhar ênfase, após o Supremo Tribunal Federal (STF) reconhecer, por unanimidade, que os pais podem deixar de vacinar seus filhos, tendo como fundamentos convicções filosóficas, religiosas, morais e existenciais.[23]

Segundo o relator da ação, tal fato consiste na definição das relações entre Estado e família, visto que, se de um lado os pais têm direitos e liberdades na condução da criação dos filhos conforme suas escolhas e orientações ideológicas e religiosas, por exemplo, por outro lado, o Estado também tem o dever de proteção não apenas das crianças, mas de todo a coletividade, sendo a vacinação, uma das medidas sanitárias usadas com esse fim.[23]

A vacinação é uma ação voltada à proteção da vida e da saúde, nas dimensões individual e coletiva. Porém, não é recebido com a atenção e adesão que merece, enquanto parte da população reconhece e exalta o processo, outra parte o condena, argumentos quanto ao risco, inibição da ativação imunológica de forma natural, falta de exames para garantir a

segurança, efeitos adversos, interesses financeiros e políticos, vacinação obrigatória imposta por diversos governos, como sendo uma intrusão na autonomia dos pais, entre outros argumentos são evidenciados em vários meios de comunicação.[20-22]

Ambos os lados se articulam com veemência, têm embasamento teórico e argumentos fortes, mas será que uma questão tão séria deve ser tratada com essa dicotomia?

De nada servirão os avanços da medicina na pesquisa e desenvolvimento de novas vacinas se não houver uma adesão coletiva. De outra parte, o Estado não pode apenas esperar que essa adesão se dê de modo consciente e voluntário, por vezes, terá que fazer valer do seu dirigismo para proteger o direito à saúde.[23]

Toda essa polêmica em uma época de pandemia que mata, que destrói e afeta as relações sociais, a economia e os sistemas de saúde, precisa ser revisado e analisado, caso contrário, o Estado pode continuar a ter o dever de cuidar da saúde, mas o dever será apenas tornar-se um direito com um milagre.[22]

Para implementar os direitos humanos a uma possível vacina para a COVID-19, os Estados devem garantir que qualquer vacinação segura e eficaz seja: disponível, acessível, aceitável e de qualidade. Em muitos países, os processos de aprovação nacional podem ser excessivamente onerosos - e às vezes desnecessários se uma autoridade regulatória rigorosa (como o FDA dos EUA ou a Agência Europeia de Medicamentos) já aprovou a tecnologia.[22]

Simultaneamente, a falta de capacidade regulatória em alguns países pode atrasar a implementação ou permitir falsificações ou produtos abaixo do padrão para entrar no mercado. Apesar dos esforços da OMS para harmonizar os processos de aprovação, os governos nacionais têm diferentes capacidades regulatórias para avaliar e aprovar novos medicamentos, e os processos de aprovação de vacinas permaneceram mais lentos do que o necessário em muitos países. Assim, a legislação de saúde global é necessária para harmonizar e agilizar os regulamentos nacionais de vacinas.[22]

Outra questão, é que apesar da evidência esmagadora de segurança e benefício para a sociedade, as vacinas estão associadas a um pequeno grau

de risco para o indivíduo e reações adversas mesmo quando a vacina é fabricada adequadamente. Algumas pessoas que não sabem ou são mal informadas sobre a relação risco-benefício de vacinas, que não acreditam na ciência dos ensaios clínicos e outros projetos de estudo, ou que sustentam crenças pessoais inconsistentes com vacinação pode ter uma opinião diferente em relação ao equilíbrio dos benefícios individuais e coletivos.[24]

Assim, o planejamento para a implementação do programa de vacinação na comunidade, o envolvimento para otimizar a confiança e a aceitação da vacina precisa começar com antecedência.[25]

Confere aos profissionais da saúde o papel fundamental na educação de pacientes pré-vacinação, preparo, administração e registro de prováveis eventos adversos após a imunização. A população precisará ter certeza de que essas reações podem ser facilmente gerenciadas com analgésicos simples e que isso não significa que as vacinas não são seguras.[25]

A OMS e os Centros dos EUA para Controle e Prevenção de Doenças (CDC) e o Comitê Consultivo sobre Práticas de Imunização (ACIP) aconselhou uma abordagem baseada no risco e na idade para priorização dos grupos-alvo da vacina COVID-19.[25]

Eles identificaram os profissionais de saúde como de alto risco; a segunda camada aqueles indivíduos com comorbidades médicas crônicas; e os próximos níveis trabalhadores de indústrias essenciais para o funcionamento da sociedade, como professores e funcionários de escolas, e pessoas em risco devido a fatores socioeconômicos vulnerabilidade e/ou requisitos de comunicação específicos, como pessoas com deficiência física ou mental, ou aqueles em abrigos de sem-teto, prisões, cadeias ou centros de detenção.[25]

Na França, as vacinas serão implementadas gradualmente. Dois relatórios recentes do “Conseil Scientifique du Gouvernement” sobre COVID-19 e da “Haute Autorité de Saté (HAS), tentam propor uma estratégia global de vacinação com base nos dados disponíveis na literatura, ressaltando que a vacina será distribuída prioritariamente às pessoas expostas especialmente a equipe de enfermagem e vulneráveis.[26]

Ao contrário dos programas anteriores de vacinação em massa, as crianças não são uma prioridade inicial para a vacinação COVID-19 devido à

redução da gravidade da doença quando comparada com pessoas mais velhas. Assim como, os adultos mais jovens e mulheres grávidas não são atualmente especificados como alvos iniciais para a vacinação.[25]

Para atingir a chamada “imunidade de rebanho” para a COVID-19 é estimado entre 55% e 82% da população vacinada. A hesitação e recusa da vacina podem ser as principais barreiras a adesão à vacina.[25]

Pesquisa realizada na Austrália estimou que aproximadamente 4,9% da população recusariam e 9,4% são indiferentes em receber a vacina. Nos EUA, em 2020, pesquisadores estimaram que 20% das pessoas não aceitariam uma vacina, sendo a segurança a principal preocupação (70%). Outras razões para potencial recusa incluíram preocupação com a eficácia da vacina (30%), preocupação com o desenvolvimento de COVID-19 a partir da vacina (42%) e não se preocupar em adoecer do COVID-19 (31%). Na França, essa porcentagem foi de 26%, principalmente pessoas com renda mais baixa (37%), que são potencialmente mais propensas a doenças infecciosas; mulheres com idade <35 anos (36%), que desempenham um papel importante na vacinação infantil; e pessoas com idade> 75 anos (22%), que apresentam maior risco de contrair a doença por COVID-19.[26]

A educação inadequada em saúde e menor nível de educação foram associados à relutância à vacina. É importante entender quais informações os grupos-alvo da vacina prioritária precisam, como eles acessam as informações e quais fatores influenciam seus comportamentos.[25,27]

A vacinação infantil é uma das mais importantes ações de saúde pública. No entanto, nos últimos anos, muitos países têm enfrentado problemas crescentes com hesitação vacinal: o atraso na aceitação ou recusa da vacinação, apesar da disponibilidade de serviços de vacinação. Embora haja uma alta taxa de cobertura de vacinação na maioria dos países desenvolvidos ocidentais, grupos de indivíduos sub-vacinados contribuem para surtos de doenças anteriormente consideradas erradicadas ou controladas.[23]

Mesmo que a COVID-19 poupe as crianças, o ressurgimento de duas doenças evitáveis pela vacinação é particularmente temido nos países em desenvolvimento, devido à falta de acesso às vacinas: sarampo e poliomielite. Essa preocupação se intensifica porque em março de 2020 a OMS suspendeu

suas campanhas de vacinação em massa contra o sarampo para limitar a disseminação da SARS-CoV-2, resultando em mais de 120 milhões de crianças, em risco de não terem sido vacinadas contra o sarampo.[26]

Embora as razões para o declínio da confiança pública em torno da vacinação sejam muitas, um dos principais contribuintes é a comunicação. Entre algumas seções do público geral, o impacto da desinformação tem sido o de fomentar percepções errôneas sobre os fatos e os riscos da vacina.[23]

E, para finalizar esta temática, muito tem se discutido quanto a desigualdade de gênero, condição social e econômica em relação à vulnerabilidade ao COVID-19, e que isso precisa ser considerado durante o desenvolvimento da vacina.[28]

Por exemplo, em países sem assistência médica pública, a pobreza limitará o acesso de um indivíduo à assistência médica. Assim como, devido à situação cultural e socioeconômica tradicional, as mulheres encontram-se em uma situação especial em face da pandemia, causando assim um maior risco de infecção.[28]

Existem diferenças interessantes entre homens e mulheres quando o corpo é atacado por patógenos. As mulheres geralmente têm imunidade humoral mais forte do que os homens. A imunidade depende da produção de anticorpos pelas células B, especialmente para produzir mais anticorpos para alcançar a autoproteção. Ao considerar doenças infecciosas que requerem anticorpos para resistência, as mulheres tendem a apresentar incidências mais baixas e cursos mais fracos da doença quando em comparação com os homens, e o efeito da vacinação para produzir anticorpos protetores para prevenir doenças infecciosas é frequentemente melhor nas mulheres.[28]

O efeito dos hormônios na resposta imune há muito é observado no campo da biomedicina. Por exemplo, o estrogênio pode ativar células envolvidas em reações antivirais e a testosterona pode inibir a inflamação. Além disso, estudos evidenciaram que o gene TLR7 localizado no cromossomo X, e uma das funções da proteína produzida por esse gene é detectar vírus e iniciar respostas imunológicas e pode causar respostas imunológicas mais fortes em mulheres do que em homens.[28]

Ademais, o receptor ACE2 é a chave para o vírus SARS-COV-2 entrar nas células humanas. As evidências de um estudo em grande escala indicam que a concentração de ACE2 no sangue dos homens é maior do que nas mulheres, o que torna os homens mais suscetíveis ao COVID-19 do que as mulheres.[28]

A razão exata para isso ainda não é exatamente conhecida. Uma vez que as respostas imunológicas de ambos os sexos são diferentes, discute-se se o gênero deve ser considerado no desenvolvimento de vacinas.[28]

A Organização Mundial da Saúde defende a saúde como um estado de bem-estar geral completo, com boas condições físicas, mentais e sociais. O alcance da saúde física e mental plena depende não apenas das possibilidades oferecidas pelo Estado, mas da participação individual e coletiva, nas esferas assistenciais, sociais, terapêuticas, educacionais, epidemiológicas, psicológicas e assistenciais, associadas à garantia de qualidade de vida.[22]

A lei dos direitos humanos fornece uma base jurídica internacional para o acesso à vacina. A COVID-19 não só põe em perigo a saúde e a longevidade, mas também o faz de forma injusta, sobrecarregando os pobres, os doentes, os desfavorecidos e marginalizados.[20]

Reconhecendo a igual dignidade de todas as pessoas, a legislação de direitos humanos exige acesso equitativo a vacinas essenciais para a prevenção de doenças e promoção da saúde. Assim, o acesso a uma vacina COVID-19 exigirá o desenvolvimento de novas formas de governança global por meio da lei.[20]

Diante da relutância em enfrentar a vacinação, parece que resta um importante trabalho de informação e convicção com a população, se quisermos poder viver, no futuro, livres dos perigos da COVID-19, mas também outras doenças infecciosas virais continuam e continuarão a causar estragos em muitos países.[26]

5 Conclusão

A partir dos resultados encontrados pode-se concluir que o conhecimento sobre o direito do cidadão à vacinação contra a COVID-19 é complexo e minucioso pois refere-se ao direito universal de todo cidadão à

vacina, que acontece, na medida em que ela se apresenta acessível, disponível, equitável, aceitável e de qualidade.

Para isso, a comunicação de informações claras à população, desde o seu desenvolvimento, processo de aprovação, potenciais eventos adversos, compra, distribuição e efetivo programa de vacinação torna-se essencial à adesão coletiva e redução de grupos anti-vacina.

Proteger o direito à saúde, garantido constitucionalmente em quase todos os países, por meio do processo de vacinação, requer ação e harmonia entre os poderes, desenvolvimento de novas formas de governança global, sem direitos de propriedade intelectual. Esse bem público universal promove a saúde, evita a disseminação da doença, principalmente entre pessoas mais próximas e reduz os riscos de aumento de sua incidência, assim como, de outras doenças evitáveis, que pode vir a se agravar, diante do declínio da confiança pública em torno da vacinação.

Ressalta-se que outras pesquisas nesse âmbito precisam ser realizadas e disseminadas à toda população e, ainda, enquanto inúmeros questionamentos perpassam sobre os direitos e deveres, individuais e coletivos, acerca da vacinação, outros emergem sobre o período pós-vacinação contra COVID-19. Quando e como estaremos livres desse mal que avassala o mundo?

Referências

1. GORBALENYA, Alexander E.; BAKER, Susan C.; BARIC, Ralph S.; GROOT, Raoul J. de; DORSTEN, Cristian ; GULYAEVA, Anastasia et.al. Severe acute respiratory syndrome-related coronavirus: The species and its viruses – a statement of the Coronavirus Study Group**. Now published in *Nature Microbiology*,** v. 02, n. 07. 937862,2020.
2. CORTINOVIS, Monica; PERICO, Norberto; REMUZZI, Giusepe. Acompanhamento de longo prazo de pacientes recuperados com COVID-19. **Lancet,** Jan, 16, v. 397, n. 10270, p.173-175, 2021.
3. YUNG, Chee Fu ; KAM, Kai-Qian; WONG, Michele Sy.; MAIWALD, Matthias; TAN, Yian Kim; TAN, Boon Huan; THOON, Koh Cheng Environment and Personal Protective Equipment Tests for SARS-CoV-2 in the Isolation Room of an Infant With Infection. **Ann Intern Med**, v.173, n. 3, p.240-242, 2020
4. CHANG, Tu-Hsuan; WU, Jhong-Li; CHANG, Luan-Yin. Clinical characteristics and diagnostic challenges of pediatric COVID-19: A

systematic review and meta-analysis. **J Formos Med Assoc**, v. 119, n. 5, p. 982-989, 2020.

5. ZHOU, Peng; YANG, Xing-Lou., WANG, Xing-Gy. et al. Surto de pneumonia associado a um novo coronavírus de provável origem em morcego. **Nature** 579, p.270-273, 2020. https://doi.org/10.1038/s41586-020-2012-7.
6. AL-HAJJAR, Sami; MCINTOSH, Kenneth. Pediatric COVID-19: An update on the expanding pandemic. **Int J Pediatr Adolesc Med**, v.7, n.2, p.61-63.2020.
7. ARENTZ, Matt; YIM, Eric; KLAFF, Lindy, LOKHANDWALA, Sharukl; RIEDO, Francis X.; CHONG, Maria, LEE, Melissa. Characteristics and Outcomes of 21 Critically Ill Patients With COVID-19 in **Washington State**. JAMA, v. 323, n. 16, p.1612. 2020.
8. PRATHER, Kimberly A.; WANG, Chia C.; SCHOOLEY, Robert T. Reduzindo a transmissão de SARS-CoV-2. **Ciência***,* n. 6498, p. 1422-1424, 2020.
9. PAN, Mingming; LEDNICKY, John A.; Wu, Chang-Yu. Coleta, dimensionamento de partículas e detecção de vírus aerotransportados. **J Appl Microbiol***,* n. 127, p. 1596-1611, 2019.
10. BULUT, Cemal; KATO, Yasuyuki. Epidemiology of COVID-19. **Turk J Med Sci**. n. 21, v.50 (SI-1), p. 563-570, 2020.
11. GUAN, Wen-Hua; LING, We-Hua; ZHAO, Yi; LIANG Henry-Rui et al. Características clínicas da doença coronavírus na China. **New Engl Journal of Med.** n. 382, v. 18, p. 1708-1720, 2020.
12. ROTHAN, Hussin A.; BYRAREDDY, Siddappa N. The Epidemiology and pathogenesis of coronavírus disease (COVID-19) outbreak**. Journal of Autoimunology, n.february,** p. 102433, 2020.
13. MELGAÇO, Juliana Gil; CUNHA, Danielle Brito E.; AZAMOR, Tamiris; SILVA, Andrea Marques Vieira; TUBARÃO, Luciana Neves, GONÇALVES, Rafael Braga et al. Cellular and Molecular Immunology Approaches for the Development of Immunotherapies against the New Coronavirus (SARS-CoV-2): Challenges to Near-Future Breakthroughs. **J Immunol Res**. n. 19, 2020.
14. ROBBIANI, Davide F.; GAEBLER, Christian; MUECKSCH, Frauke; LORENZI, Julio C.C.; WANG, Zijun; CHO, Alice et al. Convergent antibody responses to SARS-CoV-2 in convalescent individuals. **Nature**. v. 584, n. 7821, p. 437-442,2020.
15. GRIFONI, Alba; WEISKOPF, Daniela; RAMIREZ, Sidney I.; MATEUS, José; DAN, Jennifer M.; MODERBACHER, Carolyn Rydyznski et al. Targets of T Cell Responses to SARS-CoV-2 Coronavirus in Humans with COVID-19 Disease and Unexposed Individuals. **J. Cell, v.** 181, n. 7, p.1489-1501, 2020.
16. FERREIRA, Leonardo G.; ANDRICOPULO, Adriano D. Medicamentos e Tratamentos para a Covid-19. **Estudos Avançados**, v. 34, n.100, p. 7-27, 2020
17. JACKSON, Lisa A.; ANDERSON, Evan J.; ROUPHAEL, Nadine G.; ROBERTS, Paul C.; MAKHENE Mamodikoe; COLER Rhea N.; MCCULLOUGH, Michele P.; CHAPPELL, James D. et al. Uma vacina de

mRNA contra SARS-CoV-2 - Relatório preliminar. **N Engl J Med.** v.14, n. 4, 2020.

18. BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde Departamento de Imunização e Doenças Transmissíveis Coordenação-Geral do Programa Nacional de Imunizações. PLANO NACIONAL DE OPERACIONALIZAÇÃO DA VACINAÇÃO CONTRA A COVID-19. Brasília, **Fundação Nacional de Saúde**. 7ª ed. 2021, 108 p.
19. MENDES, Karina Dal Sasso; SILVEIRA, R, Renata C.C.Pereira; GALVÃO, Cristina. REVISÃO INTEGRATIVA: MÉTODO DE PESQUISA PARA A INCORPORAÇÃO DE EVIDÊNCIAS NA SAÚDE E NA ENFERMAGEM. **Texto Contexto Enferm**, v. 17, n. 4, p. 758-64, 2008.
20. GOSTIN, Laurence O.; KARIM, Safura Abdool.; MASON MEIER, Benjamim. Facilitating Access to a COVID-19 Vaccine through Global Health Law. **Journal of Law, Medicine and Ethics**, v. 48, n. 3, p. 622–626, 2020.
21. SCHWARTZ, Jason L. Equitable global access to coronavirus disease 2019 vaccines Vaccines. **The BMJ**, v. 371, p. 1–2, 2020.
22. PAULA JÚNIOR, Valdemar; FERNANDES, Felipe Alves, ANDRADE, Marléia Chaves. The confrontation in the scenario of vaccines , health, and COVID-19. p. 39401, 2020.
23. CAMPOS ALVES, Sandra Mara; DELDUQUE, Maria Célia; LAMY, Marcelo Vacinação: direito individual ou coletivo? **Cadernos Ibero-Americanos De Direito Sanitário**, v. 9, n. 3, p. 8–11, 2020**.**
24. ROSSEN, Isabel; HURLSTONE, Mark J.; DUNLOP, Patrick D.; LAWRENCE, Carmem et al. Accepters, fence sitters, or rejecters: Moral profiles of vaccination attitudes. **Social Science and Medicine**, v. 224, n. June 2018, p. 23–27, 2019.
25. DANCHIN, Margie; BIENZEN, Ruby; MANSKI-NANKERVIS, Jo-Anne; KAUFMAN, Jessica; LEASK, Julie. Preparing the public for COVID-19 vaccines. **Australian Journal of General Practice**, v. 49, n. 10, p. 625–629, 2020.
26. BILLON-DENIS, Emmanuell. ; TOURNIER, Jean-Nicolas. COVID-19 e vacinação: uma ruptura global]. / COVID-19 et vacination: une dérégulation globale. **Med Sci** (Paris) *v.36, n.11, p. 1034-1037, 2020*
27. NAVIN, Mark C.; KOZAK, Andrea T.; DEEM, Michael J. Perspectives of public health nurses on the ethics of mandated vaccine education. **Nursing Outlook**, v. 68, n. 1, p. 62–72, 2020.
28. CHANG, Wen-Han et al.. A review of vaccine effects on women in light of the COVID-19 pandemic. n. January, 2020.

9. A ESSENCIALIDADE DO ADVOGADO PARA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA E A CONCRETIZAÇÃO DAS GARANTIAS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO

Samara Tavares Agapto das Neves de Almeida Silva
Mestre em Direito pelo Centro Universitário "Eurípides" de Marília (UNIVEM)
Graduada em Direito pelo Centro Universitário "Eurípides" de Marília (UNIVEM)
Conciliadora e Mediadora do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP)
Advogada, consultora jurídica e professora

1 Introdução

A advocacia é exercida por aqueles formados pelo curso de Direito mas é preciso compreender quem é o Advogado e qual o tratamento constitucional dado a esse profissional pela Constituição Federal de 1988.

O profissional da advocacia não é só um técnico da lei, mas também um sujeito social, um membro essencial à Administração da Justiça e um dos responsáveis por concretizar as garantias constitucionais e os Direitos Fundamentais dentro de sua principal atividade, o processo.

É cada vez maior a violação das garantias e dos Direitos Fundamentais previstos constitucionalmente na sociedade, e, o processo é o meio pelo qual busca-se sanar essas violações e concretizar os direitos dos cidadãos.

No entanto, é preciso entender que também há garantias e Direitos Fundamentais previstos na Constituição Federal que devem ser observados durante o trâmite do processo, como, o princípio do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, o princípio da inafastabilidade da apreciação jurisdicional, da razoável duração do processo, entre outros e todos eles previstos no artigo 5º deste diploma legal.

Diante dessa importância, o papel do Advogado ganha destaque, pois, detentor do *jus postulandi*, do conhecimento técnico-humanístico e agente social, é um dos responsáveis por concretizar os direitos e defender o Estado Democrático de Direito, e, sem ele, com certeza, o cidadão, ainda que diante

da permissão de defender seus direitos pessoalmente em casos específicos, sofre grande prejuízo por não conhecer e dominar o arcabouço jurídico padecendo de danos ainda maiores.

2 Quem é o advogado?

Essa não é uma profissão nova, há resquícios de sua existência desde as antigas sociedades. Com o passar dos anos, o Advogado foi recebendo destaque na sociedade, sendo sua principal característica desde os primórdios, a defesa, ou seja, o Advogado é tido como um defensor.

Pierre-Nicolas Berrye (*apud* Robert, 1997) proclamava uma frase ao iniciar todas as suas sustentações orais: “Trago para Convenção a verdade e minha cabeça. Ela poderá dispor de uma após ouvir a outra”. Época conturbada, tempos anteriores à Revolução, a frase traz o papel dos Advogados, qual seja, a defesa. Mesmo diante do terror, do medo e da multidão que muitas vezes julgavam não ser aquele indivíduo merecedor de qualquer defesa, estavam lá os profissionais, como Pierre-Nicolas Berrye, cumprindo o dever profissional de defensor.

Muitas coisas mudaram na sociedade desde essa época, entretanto, o Advogado continua presente. Mas quem é esse profissional?

> [...] o Advogado é um servidor da sociedade, permitindo a cada pessoa apresentar-se perante o Estado, bem como perante outras pessoas de Direito Privado, postulando suas pretensões jurídicas e exercitando seus direitos. É, portanto, um *protetor*, aquele que *defende e intercede a favor*. Um assistente, um consultor, um patrono, um protetor, um padroeiro. O Advogado é marcado, em sua atividade, por essa parcialidade: ela é essencial em sua atuação. Seu trabalho é justamente dar expressão técnica à pretensão de seu representado, permitindo que esta se revista de forma jurídica, hábil a ser aceita ou refutada pelo Judiciário. (MAMEDE, 2003, p. 30)

Ao analisar o conceito dado pelo autor, nota-se que o Advogado é aquele profissional responsável por representar os cidadãos diante do Poder Judiciário, isto é, por obter os conhecimentos técnicos e a argumentação adequada passa a ser o procurador daqueles que necessitam de uma resposta do Estado-juiz em uma demanda.

Dizer que o Advogado é apenas um operador de conhecimentos técnicos e argumentativos responsável somente por postular em juízo é muito

pouco. Hoje, exige-se muito mais desses profissionais, ele não é mais apenas um defensor daqueles que estão no banco dos réus, ele é um formador de opiniões, um defensor dos princípios, das garantias e direitos constitucionais, ou seja, é o defensor da essência da vida civilizada e ainda, de todos os parâmetros de respeito ao ser humano e suas liberdades.

> [...] é o Advogado um instrumentalizador privilegiado do Estado Democrático de Direito, a quem se confiam a defesa da ordem jurídica, da soberania nacional, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, bem como dos valores sociais maiores e ideais de Justiça; mesmo o pluralismo político tem, em sua atuação constitucional e eleitoral, um sustentáculo. Constituem seus conhecimentos, seu trabalho, sua combatividade, elementos indispensáveis para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, da erradicação da pobreza e do desrespeito aos pobres, aos marginalizados, da independência nacional, da prevalência dos direitos humanos. Em suma, o Advogado apresenta-se como condição necessária para a efetivação dos fundamentos, dos objetivos fundamentais e dos princípios da República (artigos 1º a 4º da Constituição Federal). O Advogado constitui meio necessário a garantir, no mínimo, o respeito à isonomia e a todos os direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, previstos no país, permitindo a todos a defesa de seu patrimônio econômico e moral. Nele confiam os que são obrigados a fazer o que a lei não obriga, os torturados, os submetidos a tratamento desumano ou degradante, os que são ilegitimamente calados, os que são ofendidos, que possuem sua liberdade de consciência e crença violada, os que são privados de seus direitos por qualquer motivo, os censurados, e as vítimas de inúmeras violações. É o Advogado que socorre os que são impedidos de livremente locomover-se, reunir-se ou associar-se, os expropriados ou privados da dignidade pela completa ausência de bens, os plagiados, entre outros. Sem o Advogado não há efetiva defesa do consumidor; o exame pelo Judiciário, de lesão ou ameaça a direito, bem como a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, assim como aos direitos dos acusados criminalmente, não se dariam de forma satisfatória. (MAMEDE, 2003, p. 28)

Com toda essa responsabilidade, não basta mais que esse profissional seja um simples técnico, operador de leis, mas sim, faz-se necessária uma formação humanista. Neste sentido, fazer dele um mero decorador de leis de nada mais adiantará, pois, suas responsabilidades são muito mais abrangentes tanto ao desempenhar sua função ou mesmo durante a postulação é preciso conhecimentos sociológicos, políticos, filosóficos e, principalmente, éticos, frente a grave crise moral pela qual atravessa o país.

Além dessa formação são necessárias, outras virtudes, pois, é preciso que atue com zelo nas causas por ele representadas, já que durante toda a demanda o cliente suporta sofrimentos e angústias, seja pela morosidade do Judiciário, seja pela necessidade do objeto em demanda, o que não deve ser desprezado pelo causídico, devendo esses fatos servir como estímulo para uma atuação melhor no processo e, ainda, atento à lealdade e respeito do profissional para com seus clientes, colegas, juízes, promotores, bem como com os serventuários da justiça (BORGES, 1997).

Couture (1983, p. 38) afirma:

> [...] ser Advogado significa haver renunciado a muitos sonhos e também haver sido esposado em alto encargo, pleno de grandes responsabilidades. O homem e o jurista – constituem uma unidade inseparável e não há uma linha de fronteira entre aquele e o profissional; encontram-se sempre entrelaçadas a dignidade do homem e a responsabilidade da profissão na luta pelo direito.

Ao abraçar essa carreira o profissional não deve se preocupar com o retorno financeiro que obterá, não lhe é facultado ter sua atividade como um negócio promissor e rentável. Hoje aquele antigo sonho dos universitários do curso de Direito de uma vida financeira estável, do enriquecimento com o exercício da profissão, infelizmente não é e talvez nunca tenha sido, realidade. Para aqueles que esperam esses resultados a frustração será enorme, sofrerão um grande desapontamento e, por que não, até um certo arrependimento pela escolha.

Isso ocorre porque a missão do Advogado é árdua, os riscos e o trabalho são grandes, não é uma profissão para aqueles que fazem o curso de Direito simplesmente por fazer. Esta é uma atividade para ser desenvolvida por aqueles que realmente gostam do Direito, se dedicam a ele, como também, se colocam a serviço da sociedade.

Para esses o exercício profissional não será uma obrigação, mas sim um prazer, uma recompensa e terão orgulho em dizer *sou Advogado*. Aqui estará presente a realização profissional, e, a financeira, com certeza, será apenas uma consequência.

Couture (1983) propõe algumas características necessárias ao profissional da advocacia, tal lista ficou mais conhecida como os Mandamentos do Advogado:

> 1º ESTUDA: o Direito se transforma constantemente. Se não seguires seus passos, serás cada dia um pouco menos Advogado. 2º PENSA: o Direito se aprende estudando, mas se exerce pensando. 3º TRABALHA: a advocacia é uma luta árdua posta a serviço da Justiça. 4º LUTA: teu dever é lutar pelo Direito, mas no dia em que encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça. 5º SÊ LEAL: leal com teu cliente, a quem não deves abandonar senão quando o julgues indigno de ti. Leal com o adversário, ainda que ele seja desleal contigo. Leal com o Juiz, que desconhece os fatos e deve confiar no que dizes. 6º TOLERA: tolera a verdade alheia na mesma medida em que queres que seja tolerada a tua. 7º TEM PACIÊNCIA: o tempo se vinga das coisas que se fazem sem a sua colaboração. 8º TEM FÉ: tem fé no Direito como o melhor instrumento para a convivência humana; na Justiça, como destino normal do Direito; na Paz, como substituto bondoso da Justiça; e, sobretudo, tem fé na Liberdade, sem a qual não há Direito, nem Justiça, nem Paz. 9º ESQUECE: a advocacia é uma luta de paixões. Se, em cada batalha, fores carregando tua alma de rancor, dia chegará em que a vida será impossível para ti. Terminado o combate, esquece tanto a vitória como a derrota. 10º AMA TUA PROFISSÃO: trata de considerar a advocacia de tal maneira que, no dia em que teu filho te peça conselho sobre o seu destino, consideres uma honra para ti propor-lhe que se faça Advogado.

Nota-se que ao elaborar as características descritas o autor passou por todos os campos, isto é, preocupou-se com o conhecimento, o trabalho, a ética, o psicológico (as emoções, angústias, sofrimentos, frustrações e conquistas), bem como, a realização com a atividade.

Ao olhar a lista elaborada parece tudo muito simples, mas no cotidiano obedecer a esses princípios pode se tornar difícil. Isso ocorre pelo desgaste que sofre o profissional, as crises pelas quais atravessam a sociedade, sejam elas econômicas, financeiras, sociais ou morais, mas que atingem diretamente sua atividade, principalmente, no que tange a descredibilidade pela prática de condutas éticas reprováveis por alguns desses profissionais. Porém, cabe ressaltar que não deve haver uma generalização, pois, apesar de alguns Advogados romperem com a missão a eles destinadas, outros honram a virtude própria de suas funções.

Agora que se sabe quem é esse profissional é preciso entender o que prevê a Carta de Direitos de 1988 sobre ele.

2.1 O Advogado na Constituição Federal de 1988

Ao dispor sobre o Advogado o texto constitucional demonstra a importância do Advogado para a manutenção do Estado Democrático de Direito e ainda, tal afirmação é possível, haja vista ser a Constituição Federal a lei maior do sistema jurídico e essa característica, faz com que as normas ali previstas tenham predominância dentro do ordenamento jurídico como um todo, pois, sendo reflexo da preocupação dos valores da sociedade, isto é, da sociedade civil, política e econômica. Dessa forma, constata-se que a Carta Maior traz em seu texto as normas mais relevantes do ordenamento de um país.

Dentro deste contexto, verifica-se a importância dada a atuação do Advogado, já que, em seu artigo 133, proclama: "O Advogado é ***indispensável*** à administração da justiça, sendo ***inviolável*** por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei" (Grifo nosso).

Através desse dispositivo afirmou-se o papel indispensável do Advogado na manutenção do Estado Democrático de Direito, e portanto, sua responsabilidade pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como pela busca do desenvolvimento social procurando reduzir as desigualdades.

Para atingir essas metas tais profissionais devem buscar a efetivação dos fundamentos do Estado Brasileiro, quais sejam, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, sendo todos estes pilares do Estado Democrático trazidos pela Constituição Federal (MAMEDE, 2003).

O Capítulo IV da Carta de Direitos de 1988 trata "Das Funções Essenciais à Justiça", sendo que a Seção I, dos artigos 127 a 130, versa sobre o Ministério Público responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. A Seção II versa sobre a Advocacia Pública a qual incumbe a representação da União, bem como as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder

Executivo, além das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal que exercem a representação judicial e a consultoria das respectivas unidades federativas. E, no mesmo capítulo na Seção III, mais precisamente, no art. 133 que a Constituição constituiu a importância do Advogado.

Com esse dispositivo a Magna Carta de 1988 elevou a Princípio Constitucional à indispensabilidade e a imunidade do Advogado, tal previsão legal entra em consonância e confirma a necessidade da participação dessa classe profissional no desenvolvimento do Estado Democrático de Direito (MORAES, 2003).

> A presença do Advogado no processo constitui fator inequívoco de observância e respeito às liberdades públicas e aos direitos constitucionalmente assegurados às pessoas. É ele instrumento poderoso de concretização das garantias instituídas pela ordem jurídica. (STF – 1ª T. – Petição nº 1.127-9/SP – Rel. Min. Ilmar Galvão, 01/04/1996)

O Advogado é quem detém o *jus postulandi*, ou seja, é ele que possui a capacidade de postular em juízo, pois, as complexidades, exigências técnicas, riscos das demandas, e, principalmente a análise do conteúdo e significado da lei, fazem do Advogado o profissional tecnicamente treinado para preservar direitos e impedir abusos. Entretanto, cabe lembrar que o princípio da indispensabilidade não é absoluto, tendo em vista, haver casos resguardados pela Magna Carta que se dispensa sua presença, isto é, a própria legislação confere a autorrepresentação.

Como já dito anteriormente, o artigo 133 da Constituição Federal de 1988, traz, além do princípio da indispensabilidade do Advogado, o princípio da inviolabilidade que alcança essa mesma classe de profissionais.

Neste parâmetro da inviolabilidade, há de se ter em mente que tal previsão é uma exceção à normalidade jurídica e isso quer dizer que as normas orientam condutas positivas e negativas, mais especificamente, estabelecem balizas onde são determinados o que é permitido (lícito) e o que é proibido (ilícito), algumas situações repreensíveis, mais precisamente ilícitas, são compreendidas como justificáveis, isto é, lícita, o que caracteriza a inviolabilidade (MAMEDE, 2003).

> O instituto da inviolabilidade traduz uma especialidade também no grau de proteção que é dado a uma situação, a revelar que

> o bem jurídico protegido é considerado muito valioso, que especial atenção lhe é dada pela ordem jurídica como forma de alcançar seus objetivos maiores. A proteção de tal bem deve ser maior, não apenas na definição normativa, mas principalmente na atuação dos agentes jurídicos, sejam autoridades administrativas, sejam cidadãos (desempenhando seu papel político, vital para a garantia do Estado Democrático de Direito). (MAMEDE, 2003, p. 73)

No entanto, cabe destacar que a inviolabilidade não é um privilégio dado a determinadas pessoas, o que é proibido pela própria Constituição ao estabelecer no art. 5º que *todos são iguais perante a lei*, caracterizar tal instituto como privilégio é o mesmo que violar o princípio da igualdade, um dos alicerces dos direitos e garantias fundamentais. O termo prerrogativa se enquadra melhor ao instituto, tendo em vista que a inviolabilidade é um instrumento jurídico que visa o desempenho de um direito ou de uma função.

> A inviolabilidade seria, assim, uma prerrogativa outorgada àqueles que estão envolvidos em determinadas situações, tendo por objetivo salvaguardar-lhes e, assim, garantir a atuação (ou omissão) a bem do Estado Democrático de Direito. Essa atuação, isto é, o comportamento protegido, é de importância vital para a sociedade política e juridicamente organizada, razão pela qual sua proteção é máxima, atingindo níveis conceituais de *sacralidade civil*: o Direito a considerar inviolável. (MAMEDE, 2003, p. 74)

Assim, pode-se afirmar que a prerrogativa da inviolabilidade no exercício da advocacia, não é da pessoa do Advogado, mas sim da função por ele desempenhada.

Por tal princípio tem-se que o profissional da advocacia é *inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão* e da mesma forma que o princípio analisado anteriormente (da indispensabilidade), o princípio da inviolabilidade também não é absoluto, pois, devem ser respeitados os limites impostos legalmente (BARROSO, 1999).

Assim se manifestou o Supremo Tribunal Federal quanto ao princípio da inviolabilidade:

> O art. 133 da Constituição da República consagra a inviolabilidade do Advogado por seus atos e manifestações no exercício da profissão. Assim deve ser para a postulação, em juízo, ser plena, inadmissível qualquer cerceamento. O princípio, porém, não se confunde com a conduta ilegal. Essa restrição, aliás, alcança qualquer pessoa, compreendendo

> também o Ministério Público e o magistrado. Ao Advogado cumpre exercer a profissão com o vigor reclamado, guardando, porém, limites, embora, com veemência, exercer a profissão respeitando a reputação, a dignidade e o decoro de outrem. (STJ – 6ª T. – HC nº 3.381-7/SP – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 24-04-1995)

Os limites impostos aos profissionais estão diretamente ligados à boa-fé, à pertinência técnica e temática (o nexo causal) e à proporcionalidade que devem ser respeitados no exercício de suas funções.

A boa-fé é um princípio que rege todas as relações jurídicas e as pessoas as quais, buscam o judiciário para postular um direito com resultados lícitos. A intenção que impulsiona a demanda deve ser reta e adequada sem o propósito de prejudicar outras pessoas.

Tal princípio também deve ser respeitado pelo Advogado, pois, não é porque esse profissional conta com a *inviolabilidade de seus atos no exercício da profissão* que poderá se utilizar da má-fé ou fazer o que bem quiser, não é por estar protegido pelo princípio da inviolabilidade que poderá agir de forma ilícita, maliciosa ou dolosa. O Advogado tem o dever de agir com urbanidade, lealdade e respeito, já que é um dos responsáveis por assegurar o cumprimento dos direitos e princípios que são bases do Estado Democrático.

A pertinência do ato está diretamente ligada a necessidade da presença do nexo causal, ou seja, deve haver uma relação de causalidade entre a conduta do Advogado e o exercício profissional. Caso a ofensa esteja vinculada à atividade profissional e for pertinente a causa defendida pelo procurador em juízo, constatar-se-á um excesso impunível, isto é, aplicar-se-á o princípio da inviolabilidade. Porém, não há que se falar em imunidade quando a ofensa estiver desvinculada do exercício da profissão e não houver nenhuma relação com a causa em juízo, isto é, aquela em que atua o Advogado (MORAES, 2003).

Também, é preciso que as atitudes e manifestações dos Advogados guardem uma proporção, ou seja, não devem eles exagerar em seus atos ultrapassando o razoável, o que caracterizará a ofensa. Entretanto, não pode o causídico deixar de ser veemente em seus argumentos na defesa de suas teses e direitos de seus clientes, mas essa veemência não significa

destempero em suas atitudes, isto é, o profissional não pode ter como meta o ânimo de ofender.

Para se constatar se há ou não a aplicação do princípio da inviolabilidade necessário se faz à análise do caso concreto, é o que consta dos ensinamentos de Vicente Greco Filho (1994, p. 10): “a análise de cada caso é que definirá se as palavras ou atitudes do Advogado representam mero abuso, sancionado pela disciplina da OAB, ou se extrapolam o *jus conviciand* e, portanto, são penalmente puníveis”.

Portanto, para verificar se ouve ou não a intenção do Advogado em realizar a ofensa, necessário se faz à análise do caso concreto que demonstrará os fatos e as razões que levaram o profissional a ter determinada atitude. Mas o mais importante é constatar que a Carta de Direitos se preocupou em dar garantias para que essa classe profissional pudesse desenvolver suas atividades, já que são eles considerados *combatentes* ao lado do Ministério Público na função de lutar pelo Direito, os responsáveis por fazer cumprir os pilares do Estado Democrático na busca de uma sociedade livre, justa e solidária minimizando as desigualdades por meio da concretização das garantias e Direitos Fundamentais.

2.2 O advogado como sujeito social

A Lei n.º 8.906 de 04 de julho de 1994 - Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, em seu art. 2º trata das características da advocacia:

> Art. 2º. O Advogado é indispensável à administração da justiça.
> § 1º. No seu ministério privado, o Advogado presta serviço público e exerce função social.
> § 2º. No processo judicial, o Advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público.
> § 3º. No exercício da profissão, o Advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.

Como se pode observar, o Estatuto da OAB reproduz o texto constitucional, ressaltando mais uma vez a indispensabilidade do Advogado para administração da justiça, bem como a inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão (§ 3º).

Os §§ 1º e 2º do artigo podem ter seu estudo dividido em três partes, pois, afirmam exercer o Advogado ministério privado e serviço público, representação de interesse das partes e múnus público.

Pois bem, ao dizer que o Advogado exerce um ministério privado necessário se faz estabelecer o que vem a ser um ministério. Ministério significa: cargo, função, profissão e dessa forma, tem-se que ministério privado é o exercício da profissão de forma privada, ou seja, o regime jurídico que estabelece as normas que regem os contratos dos serviços prestados a seus clientes, é de natureza Privada, trata-se de regras de Direito Privado. Assim, isto não acontece com outros profissionais como o promotor e o juiz que exercem um ministério de natureza pública (MAMEDE, 2003).

É claro que não se pode esquecer que apesar de exercer um ministério privado esse profissional não está dispensado do serviço público inerente à sua atividade como já demonstrado anteriormente e novamente lembrado pelo Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, *o Advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado Democrático de Direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce*, sendo um de seus deveres *contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis*.

Nota-se, portanto, que vários diplomas legais destacam a importância e o papel do Advogado dentro da sociedade, nos dizeres de José Oswaldo de Oliveira Leite em discurso proferido no Instituto dos Advogados de Minas Gerais tem-se que “o Advogado nunca deixa de ser, ao curso da mais longa rota profissional, aquele que empresta à ignorância ou à fraqueza o apoio de sua coragem ou de seu saber”.

A importância da atividade exercida pelo causídico e sua responsabilidade estão presentes não só quando atua por meio da assistência judiciária, como também na prestação de serviços aos particulares. Dizer que são *particulares em colaboração com o Estado,* significa que “são pessoas físicas que prestam relevantes serviços ao Poder Público, sem vínculos empregatício, remunerados ou não” (FAZZIO JUNIOR, 2003, p. 138).

A Ordem dos Advogados do Brasil ao selecionar aqueles que irão compor seus quadros exerce uma função pública, própria do Estado, dizendo quem são os profissionais aptos a desenvolver as atividades advocatícias, ou seja, é a responsável por declarar aqueles que estão habilitados a executar o serviço público.

Fato que faz registro é que o Advogado é parte da Organização Judicial, isto é, ele é o intermediário entre seu assistido e o juiz, há dois interesses envolvidos, quais sejam, o interesse de seu cliente em alcançar uma sentença que lhe favoreça e o interesse em obter uma sentença justa, sendo este o interesse público (AROUCA, 1981).

Mesmo sendo o Advogado um profissional preparado para exercer essa atividade, considerado integrante da organização judicial, apresenta em alguns casos dificuldades no desempenho de sua atividade, no caso de um leigo, sem nenhuma preparação o auxílio se torna ainda mais necessário, pois, se assim não fosse os problemas do Poder Judiciário triplicariam (MAMEDE, 2003).

Dessa forma, ao buscar uma sentença favorável a seu cliente e ao mesmo tempo alcançar o interesse público, terá ele que utilizar todas as garantias constitucionais, iniciando-se pelo devido processo legal, ampla defesa, contraditório e todos os outros princípios dados pela Carta de Direitos de 1988 e pelo ordenamento jurídico como um todo.

Outra característica da profissão está no âmbito da ~~é a~~ representação dos interesses das partes, e aqui o Advogado deve se manter parcial, buscando o benefício de seus clientes com total respeito aos limites legais e éticos. Assim, não cabe ao Advogado exercer o papel de julgar a demanda na qual atua, essa função pertence ao juiz, que formará sua convicção pelos fatos e provas narrados pelos Advogados das partes, e, é por isso, que cada um dos causídicos tem que argumentar os interesses de seu representado e a realidade que lhes favorece. Tudo isso porque haverá um equilíbrio na relação processual, já que cada parte será representada por seu patrono, onde cada qual deverá trabalhar para melhor convencer o magistrado.

Porém, não é porque a parcialidade deve estar presente na atuação do profissional da advocacia que ele poderá atuar sem nenhum cuidado ou

comprometimento, fazendo do processo uma espécie de “vale tudo”. Nesse sentido se manifesta Mamede (2003, p. 37):

> O Advogado exerce seu dever de defender os interesses do cliente no plano definido pela lei, ou seja, respeitando as regras legais e, mais do que a essas, respeitando as balizas éticas, entre as quais os princípios da moralidade e da boa-fé. Para convencer o julgador a decidir a favor de seu constituinte, o Advogado não está autorizado a fazer o que quiser, mas deverá atuar de forma lícita, moral e de boa-fé.

Assim, o causídico precisa se preocupar constantemente com suas condutas privando sempre pela ética no exercício de sua profissão, já que é um dos profissionais que compõem o Poder Judiciário e é um formador de opiniões.

Uma das características que a sociedade espera dos profissionais da área jurídica, incluindo-se aqui aqueles que exercem a advocacia, é a indispensável consciência da conduta ética combinada com a responsabilidade social e profissional.

A ética passou a inquietar toda a sociedade, que vem se atentando para os comportamentos humanos em todas as áreas, seja na política, na educação, nos meios de comunicação, em suma, no desenvolvimento dos exercícios profissionais de uma forma geral, haja vista a crise moral pela qual passa o país.

Diante desse fato – a crise pela qual atravessa o país – alguns profissionais deixam à desejar em seus comportamentos, frente à sociedade ou agem imprudentemente fazendo-se cúmplices ou se tornam indiferentes, tendo como atitude um comportamento passivo sem qualquer comprometimento com os problemas sociais. Verdadeira e legalmente não é essa postura que se espera de um Advogado, o senso crítico deve estar presente em suas atitudes, comportamentos e palavras. A falta desse senso crítico prejudica sua atividade intelectual tornando-a vazia.

Marilena Chauí (1997, p. 170) pergunta:

> Por que os seres humanos não se reconhecem como Sujeitos Sociais, políticos e históricos, como agentes e criadores da realidade na qual vivem? Por que, além de não se perceberem como sujeitos e agentes, os humanos se submetem às condições sociais, políticas, culturais, como se elas tivessem vida próprias, poder próprio, vontade própria e os

> governassem, em lugar de serem controladas e governadas por eles? Por que os homens se deixam dominar pela sua obra ou criação histórica?

O que se clama nesse questionamento é a participação da sociedade como um todo, no exercício de uma cidadania participativa, e, ao lado dos cidadãos devem estar os profissionais da advocacia, já que são responsáveis pela defesa da cidadania, porém esse auxílio tem que aparecer desde a conscientização da população até nas batalhas judiciais que poderão se originar pela defesa dos Direitos Fundamentais de cada um, bem como de toda coletividade.

As noções de neutralidade, de um sistema coerente e sem lacunas trazidas pela dogmática que não permite que o profissional produza seu próprio conhecimento e consequentemente o senso crítico os tornam distante das discussões dos problemas e da responsabilidade social das quais fazem parte. Mas o que se espera é que o Advogado, como sujeito social, opte em avocar um compromisso de arquitetar um projeto social e político que vise uma sociedade melhor.

O profissional aqui tratado deve ter em mente e assumir que suas ações repercutem efeitos tanto no âmbito político como no social, suas atividades produzem efeitos diretos na sociedade. Isso significa que se a sociedade em que vivem e atuam encontra-se em um embate eles também estão inseridos nele e devem, assim, posicionar-se diante desse fato.

Já foi demonstrado que cabe ao atuante da advocacia defender a ordem jurídica democrática, dessa forma está ele vinculado aos valores políticos e sociais. Para que ele seja o *defensor do Estado Democrático de Direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social* é preciso conhecimento de cada um desses institutos, inclusive aos valores e problemas que englobam cada um deles, sem esse domínio ele sequer terá consciência de seu papel.

E, aqui, mais uma vez se confirma a insuficiência do paradigma dogmático, Padilha (2006, p. 17), ainda, afirma:

> O universo jurídico atravessa um momento especialmente desafiador e intrigante, alicerçado sobre fundamentos superados pela velocidade incontrolável e desmedida da

> crescente complexidade do mundo contemporâneo, aliado à singularidade de seus conflitos, que impõe um novo ritmo e uma nova face a todos os horizontes da vida social, relegando ao passado conceitos e institutos modelados em fórmulas estanques e modelos fechados, que não comportam a flexibilidade e o ritmo da dinâmica dos atuais conflitos da era da globalização e da informatização.

É nítida a necessidade de mudança na formação e na mentalidade dos profissionais que atuam na área, pois, tanto a formação como o pensamento dos juristas devem sofrer uma transformação, formar sujeitos sociais capazes de pensar e produzir as transformações que cada um dos institutos pode produzir para beneficiar a sociedade.

Há, portanto, necessidade de uma reconstrução, ou melhor, uma maior conscientização, principalmente, no que tange ao instituto da cidadania para que se consiga uma maior participação política, porém é necessário frisar que ser cidadão não é apenas votar, é muito mais, é ter uma participação ativa na sociedade de modo a mobilizar e atuar na vida política e social.

Bonavides (2001, p. 31) afirma que “a democracia participativa é direito constitucional progressivo e vanguardeiro. É direito que veio para repolitizar a legitimidade e reconduzi-la às suas nascentes históricas, ou seja, àquele período em que foi bandeira de liberdade dos povos”.

E continua o autor (2001, p. 51):

> Não há democracia sem participação. De sorte que a participação aponta para as forças sociais que viabilizam a democracia e lhe assinam o grau de eficácia e legitimidade no quadro social das relações de poder, bem como a extensão e abrangência desse fenômeno político numa sociedade repartida em classes ou em distintas esferas e categorias de interesse.

Logo, viver em uma democracia com uma cidadania participativa, isto é, com cidadãos ativos em seus papéis, significa eliminar ou ao menos amenizar os mecanismos de exclusão. Isso trará uma consonância entre individual e coletivo, onde os sujeitos sociais que detém direitos e deveres conseguirão uma maior participação política e uma melhor atuação na sociedade.

A Carta de Direitos de 1988 já possibilitou essa maior atuação, tanto no âmbito individual como no coletivo, na defesa dos Direitos Fundamentais. Uma

das formas de buscar a concretização desses direitos, por ela prevista, é a Ação Civil Pública, instrumento que vem sendo cada vez mais utilizado, não deixando de lado a Ação Popular meio hábil nas mãos de cidadãos conscientes.

Portanto, não há mais lugar para o Advogado que leva em consideração apenas os interesses individuais, pois, esse profissional agora deve se preocupar também com a coletividade e as transformações pela qual passa a sociedade em seu cotidiano.

Porém, como afirma Machado (2000, p. 20) a legalidade pode estar intrínseca ao agente do direito seja pela prática da reprodução seja pelo modelo de ensino:

> [...] a legalidade operada pelo jurista liberal – jamais questionada nos seus fundamentos sociais, econômicos e culturais -, e o conhecimento dessa legalidade, reproduzido dogmaticamente pelo ensino jurídico, com todo o seu caráter idealista, pode até mesmo sobrepor-se ao conteúdo social da atuação do operador do direito.

No entanto, o Advogado deve ser o primeiro a se conscientizar de seu verdadeiro papel dentro da sociedade democrática, sendo um lutador pelo fim da desigualdade e da opressão, buscando uma humanização o que justificaria o múnus público, característica de sua profissão.

Aguiar (1999, p. 24) diz que:

> A origem da advocacia enquanto representação está ligada a necessidades públicas, como às da liberdade, tutela ou qualquer ameaça aos direitos da sociedade. Logo, a advocacia, além de vicária e monopolista, é um exercício originariamente público. A privatização histórica da advocacia foi efeito das práticas políticas e econômicas da Europa e suas colônias.

Portanto, a consciência do Advogado está diretamente ligada a como ele irá manusear a norma, pois, o emprego da mesma regra jurídica pode gerar efeitos diferentes, ou seja, conseguirá ele obter a desigualdade ou a justiça, dependendo de como aplicá-la. Por isso, o resultado produzido está sob o controle e a responsabilidade desse profissional.

Assim, a postura que a sociedade espera do Advogado é que ele assuma e conjugue sua responsabilidade social com uma conduta ética que se darão quando os valores no conteúdo e no exercício profissional prezarem pela

igualdade cívica, a justiça, a dignidade da pessoa, a democracia, a solidariedade, o desenvolvimento integral de cada um e de todos. E, aí, é ele quem estabelecerá sua trajetória. Pelo visto, não há um melhor lugar para essa conduta, já que para a sociedade o Poder Judiciário está diretamente ligado à realização da Justiça, a concretização das garantias e Direitos Fundamentais que a todo momento são desrespeitados, e, o Advogado é um de seus participantes.

3 O advogado e o cumprimento das garantias e direitos fundamentais no processo

O processo é uma das atividades desempenhadas pelo Advogado, além de todas as outras funções já demonstradas anteriormente. Porém, pode-se afirmar que a atuação do profissional no processo é seu principal trabalho, já que suas demais funções se realizam por meio dessa.

É por meio do processo que o Advogado defende o Estado Democrático, os Direitos Fundamentais, a cidadania, a ordem jurídica, a dignidade da pessoa humana, dentre outros.

A finalidade do art. 133 da CF foi fazer com que a participação do Advogado se tornasse obrigatória no processo, pois sem essa atuação não há uma prestação jurisdicional adequada ou até mesmo válida.

O país vive sob a égide do paradigma democrático de direito como se pode verificar desde o preâmbulo constitucional, bem como no art. 1º da Carta de Direitos de 1988, que diz:

> Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos:
> I- a soberania;
> II- a cidadania;
> III- a dignidade da pessoa humana;
> IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
> V- o pluralismo político.
> Parágrafo único: Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (grifo nosso)

Soares (2004, p. 75) faz algumas considerações sobre tal paradigma:

> Estado Democrático de Direito é a qualificação do Estado com duas ideias indissociáveis: a prévia regulamentação legal e a democracia. Constituindo uma organização política onde a vontade popular é soberana e onde são verificáveis a dignidade da pessoa humana e a eficácia dos direitos e liberdades fundamentais, perfazendo uma sociedade justa, solidária e igualitária, o Estado Democrático de Direito assim o é em virtude da unificação daquelas duas citadas componentes, que constituem, respectivamente, o Estado de Direito e o Estado Democrático.

A escolha do Estado Democrático de Direito pela Constituição Federal, sob a ótica do processo, significa uma busca constante pela legitimidade das decisões por meio das garantias e Direitos Fundamentais que são dadas às partes com destaque para o princípio do devido processo legal.

Assim, com a Carta de Direitos de 1988, torna-se impossível trabalhar o processo separadamente do Direito Constitucional, o que originou a chamada *teoria constitucionalista do processo*[1], que priva pelo cumprimento dos princípios constitucionais, tais como, devido processo legal, ampla defesa, contraditório, isonomia e todos os outros trazidos pela Constituição Federal.

E essa é uma das razões que justificam a presença do art. 133 na Carta Maior, pois, o Advogado é aquele que será o responsável por garantir a legitimidade da decisão judicial, já que é o responsável por criar um diálogo judicial por meio da técnica que origina uma relação com simétrica paridade, em que se garante os princípios do contraditório e da ampla defesa.

> Nesse paradigma democrático, a participação do Advogado como efetiva garantia do contraditório entre as partes no processo jurisdicional é fundamental para a garantia dos Direitos Fundamentais. [...] É, o Advogado pressuposto para garantia dos Direitos Fundamentais, sendo ele o agente que estabelece, via procuração, o efetivo contraditório para a realização da jurisdição no processo jurisdicional com bases paradigmáticas jurídico-democráticas, garantindo o devido processo legal e o efetivo *acesso à justiça*. (SOARES, 2004, p. 72)

O processo, então, não é composto único e simplesmente pela decisão do magistrado, a Constituição Federal por meio do Estado Democrático deu aos litigantes garantias de um amplo espaço de atuação durante o ato decisório do juiz. Isso ocorre graças à estrutura processual oferecida por tal

[1] Sobre o assunto consultar: ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamnti constituzionali della giustizia civile*. Torinho: G. Giappichelli, s.d. Ambos são os principais defensores da teoria.

diploma legal, que priva por todas as garantias do processo. Dessa maneira, o Advogado é aquele que irá assegurar a observância dessas garantias durante o procedimento processual, atento ao fato de que desrespeitado qualquer um deles a decisão é considerada nula.

Como o processo é uma das principais atividades do Advogado necessário entender como ele funciona e quais são garantias e Direitos Fundamentais que o envolve.

O direito processual é o responsável por disciplinar as normas que devem ser seguidas durante o processo, nos ensinamentos de Cintra, Dinamarco e Grinover (1996, p. 40-41) se observa que:

> [...] o direito processual é, assim, do ponto-de-vista de sua função puramente jurídica, um instrumento a serviço do direito material: todos os seus institutos básicos (jurisdição, ação, exceção, processo) são concebidos e justificam-se no quadro das instituições do Estado pela necessidade de garantir a autoridade do ordenamento jurídico. O objeto do direito processual reside precisamente nesses institutos e eles concorrem decisivamente para dar-lhe sua própria individualidade e distingui-lo do direito material.

Dessa forma, o processo é meio, o instrumento, pelo qual o Estado exerce seu dever de equilibrar os interesses e é por intermédio dele que se intervém na vida da sociedade e nas relações de cada cidadão objetivando a busca da paz social.

Marques (1990, p. 40-41) afirma que:

> [...] o direito processual, ao reverso do que geralmente se sustenta, não tem caráter instrumental, nem serve apenas para restabelecer, fora do processo, a observância do direito objetivo material. A finalidade nas normas processuais é regular a composição do litígio, a fim de ser dado a cada um o que é seu. E se é certo que esse objetivo acaba atingido mediante aplicação *in concreto* do direito material, a conclusão a tirar-se é a de que este constitui instrumento do órgão jurisdicional, meio e modo que é para solucionar-se a *lide secundum ius*.

O processo não é um meio de se dar efetividade ao direito material, na realidade para o autor ele é instrumento da jurisdição.

O processo apresenta uma forma que deve ser obedecida, então, pode-se afirmar que processo e procedimento estão correlacionados. Ao

examinar as normas processuais tem-se que o processo é uma espécie do gênero procedimento. Assim diz Soares (2004, p. 153):

> A diferença específica entre procedimento em geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do elemento que o especifica: o contraditório. O processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento; é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos.

O que se tem, então, é que o processo é composto por vários sujeitos que agem através dos atos processuais na busca de uma decisão. As partes têm, portanto, ao seu lado o princípio do contraditório, tendo ambas o direito de igualdade de se expressarem nas diversas oportunidades.

Gonçalves (1992, p. 69) ensina que "[...] processo é espécie e que procedimento é o gênero, sendo que o processo é procedimento que se realiza em contraditório", e Soares (*apud* Fazzalari, 1992, p. 81) conclui: "[...] o que caracterizará o processo é o fato dele se constituir por uma pluralidade de sujeitos que possuem uma característica própria, qual seja, um modo especial de participação nos atos que conduzirão ao processo".

Ao se falar em contraditório o que se busca é a garantia de participação dos sujeitos processuais em simétrica paridade, pois todos deverão suportar as consequências da decisão ao final do processo. Portanto, o que se defende é a igualdade de oportunidades para a manifestação durante o processo, bem como o tratamento igualitário entre eles.

Logo, o contraditório não está diretamente ligado com defesa, mas sim "como direito ou possibilidade de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado do processo", conforme os ensinamentos de Silva (2002, p. 139), sendo o contraditório, então, uma atividade de intervenção das partes.

No entanto, cabe ressaltar que o princípio do contraditório é apenas uma das garantias processuais dadas pela Carta de Direitos de 1988, além desse, vários outros princípios e normas constitucionais estão relacionados a esse instituto, quais sejam, a isonomia, a ampla defesa, o devido processo legal, informação, decisão fundamentada, entre outros.

Nessa teoria constitucional do processo recorre-se aos ensinamentos de Leal (1999, p. 82):

> [...] o Processo, com os estudos dos doutrinadores Baracho e Ítalo Andolina, tiveram novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresentando-se como necessária instituição constitucionalizada que pela principiologia do instituto constitucional do devido processo legal que compreendem os princípios da reserva legal, da ampla defesa, isonomia e contraditório, convertem-se em direito-garantia impostergável e representativo de conquista referente constitucional lógico-jurídico, de interferência expansiva e fecunda, na regência axial das estruturas procedimentais nos segmentos da administração, legislação e jurisdição.

Toda proteção oferecida pela Constituição Federal ao instituto do processo priva, principalmente, pelo respeito à dignidade das pessoas que devem contar com iguais condições de participação no desenrolar desse procedimento, tendo as mesmas oportunidades para ao final obter um provimento estatal satisfatório.

Assim, nos dizeres de Soares (2004, p. 161) “o processo, portanto, no paradigma democrático, é o procedimento discursivo, participativo, que garante a geração de decisão participativa”.

Com a conceituação dada pelo autor, o processo conta com à participação de vários sujeitos, pois se sabe que são as partes responsáveis por formar a convicção do juiz por meio de suas participações através dos atos processuais.

Cabe, agora, conceituar quem são esses sujeitos que fazem parte do processo:

> *Parte* se constitui de pessoa legitimada pela lei a atuar a lei. A *parte* é que vai operacionalizar o processo constitucional, que é o arcabouço fundamental de implantação do devido processo constitucional, que se constitui na garantia de realização desses procedimentos nos planos do direito constituído, mediante instalação do contraditório, observância de defesa plena, isonomia e direito ao Advogado. (SOARES, 2004, p. 172)

Como bem se nota pela conceituação apresentada, todos têm direito a um Advogado para representá-los durante um processo, então, as partes ou sujeitos atuam no procedimento processual por meio de seu causídico, ressaltando-se, assim, mais uma vez a indispensabilidade desse profissional

para a administração da justiça, já que sem ele o provimento jurisdicional passa a ser um ato ilegítimo por desrespeito ao art. 133 da CF.

Mas, para que uma decisão seja legítima não basta a participação das partes devidamente representadas pelos seus patronos, o respeito aos princípios do contraditório e da ampla-defesa, faz-se necessário que o provimento dado pelo juiz seja fundamentado.

> O que garante a legitimidade das decisões são antes as garantias processuais atribuídas às partes e que são, principalmente, a do contraditório e da ampla defesa, além da necessidade de fundamentação das decisões. A construção participativa da decisão judicial, garantida num nível institucional, e o direito de saber sobre quais bases foram tomadas as decisões dependem não somente da atuação do juiz, mas também do Ministério Público e fundamentalmente das partes e seus Advogados. (OLIVEIRA, 2001, p. 107)

Observa-se, portanto, que todas as garantias constitucionais devem caminhar conjuntamente, isto é, não basta o contraditório sem uma decisão fundamentada e vice-versa, bem como os demais princípios que envolvem o devido processo legal.

Isso acontece porque a lei sozinha não é capaz de oferecer solução a uma lide, haja vista a necessidade de um amparo social nas decisões. Tal observação consta dos ensinamentos de Mendonça (2000, p. 19-20):

> [...] as decisões judiciais perseguem legitimação, como de resto o fazem as demais instâncias do poder do Estado (políticas, administrativas, assistenciais, etc.), e essa legitimação não resulta pura e simplesmente das normas jurídicas positivas, mas também do **respaldo social de tais decisões**. Por mais detalhada que seja a sua disciplina, a lei sozinha não é capaz de tornar aceita uma decisão judicial, sendo indispensável uma fundamentação convincente, para torná-la legítima. (grifo nosso)

Logo, é notório que além do profissional da advocacia dominar a técnica necessária para atuar em um processo judicial, precisa também de conhecimentos humanísticos, ou seja, sociais. E, é por isso que hoje não basta uma formação tecnicista, é preciso formar alunos aptos a lidar com a realidade social e para que isso aconteça além da formação técnica é indispensável uma formação humanista.

Portanto, no paradigma do Estado Democrático de Direito o Advogado é um dos responsáveis por dar legitimidade à decisão judicial, já que é ele quem deve atuar no processo utilizando seus conhecimentos técnico-jurídicos e humanísticos para que se constitua uma decisão que prive pelos preceitos constitucionais dispostos na Carta de Direitos de 1988.

4 Conclusão

Conforme demonstrado, o Advogado é o responsável por representar a parte durante o processo, por deter a capacidade postulatória que lhe é dada pela Constituição Federal, e, está apto a atuar na demanda após ser devidamente constituído pela vontade da através da procuração.

A capacidade postulatória é tida como um Direito Fundamental, sendo dado ao causídico o direito de exercer a postulação em juízo representando a parte que teve seu direito lesado ou ameaçado (LEAL, 1999).

Apesar de a legislação permitir em casos específicos que as próprias partes façam a postulação sem o profissional, isso não é comum e na maioria das vezes, aqueles que tem uma pretensão a ser levada ao Estado-juiz recorrem ao Advogado, principalmente, por terem conhecimentos próprios para atuação judicial.

A presença do Advogado garante o aprimoramento da prestação jurisdicional com qualidade, bem como, socorre os desprotegidos para que não sejam prejudicados na defesa de seus direitos, legitimando a eles o direito à cidadania, em especial, aqueles que contam com pouca instrução e não tem conhecimentos aptos a lhes garantir seus direitos que podem ser lesados irreversivelmente sem a devida representação.

Por isso, reforça-se o argumento de que o Advogado é um dos responsáveis pelo direito à cidadania, pois, cabe a ele instruir seu cliente e conscientizar de forma geral aqueles que se encontram próximos para que conheçam, busquem e exerçam os direitos, tornando-se cidadãos participativos.

Assim, a ausência do profissional traz a parte, em sua grande maioria, danos irreversíveis com o desrespeito a uma das principais garantias constitucionais, a ampla defesa, o que confirma sua essencialidade como

defensor do Estado Democrático, da ordem jurídica e das garantias constitucionais e Direitos Fundamentais.

A falta do Advogado em uma demanda causa uma inferioridade processual para a parte, uma questão mal articulada, sem fundamentação adequada pode levar aquele que detém o direito a seu lado perdê-lo, pois, se tem ciência que a decisão do magistrado se baseia no que foi demonstrado no processo, mais precisamente, na produção de provas e é notório o prejuízo de um leigo ao desempenhar essa função.

Dessa forma, não se pode negar que o Advogado é indispensável para a postulação, que muitas vezes é dificultosa até para ele mesmo, exigindo-lhe mais esforços e dedicação. No caso de um leigo que não possui os conhecimentos necessários a missão seria desastrosa em todos os sentidos (técnico, fático, probatório, no mérito, lógica etc.).

Por todos os fatos aqui descritos fica demonstrada e caracterizada a necessidade do profissional da advocacia no desenrolar de uma ação judicial, os prejuízos que sua ausência pode causar, bem como a sua indispensabilidade para a concretização dos ditames constitucionais, a construção de uma sociedade melhor e com menos desigualdades, como também, a sua responsabilidade como um dos administradores da justiça.

Referências

AGUIAR, Roberto. *A crise da advocacia no Brasil: diagnóstico e perspectivas*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1999.

AROUCA, Ricardo. A função social do Advogado. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 274, abr/jun, 1981.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada e legislação complementar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORGES, Danilo Pereira. *Sentimentos de um Advogado: crônicas deontológicas*. Belo Horizonte: Inédita, 1998.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 1997.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

COUTURE, Eduardo Jorge. Homens e Juristas. Trad. Jacy de Assis. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 38, p. 63-68, 2º trim. 1983.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Fundamentos de direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2003.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRECO FILHO, Vicente. Imunidade do Advogado. *Boletim Informativo Saraiva*, out. 1994.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MAMEDE, Gladston. *A advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

PADILHA, Norma Sueli. *Colisão de Direitos Metaindividuais e Decisão Judicial*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006.

ROBERT, Henri. *O advogado*. Trad. Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Martins Fontes,1997.

SILVA, Nanci de Melo. *Da jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SOARES, Carlos Henrique. *O Advogado e o processo constitucional*. Belo Horizonte: Decálogo, 2004.

10. JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Clarita Terra Rodrigues Serafim
Doutora e Mestre em Enfermagem pela Universidade Estadual Paulista - UNESP
Especialista em Gestão Hospitalar pelo Centro Universitário Internacional - UNINTER
Docente da Faculdade Galileu (Botucatu/SP) e Faculdade Gran Tietê (Barra Bonita/SP)

Viviane Mattos Pascotto
Doutora e Mestre em Patologia pela Universidade Estadual Paulista - UNESP
Especialista em Análises Clínicas pela Universidade Estadual Paulista - UNESP
Docente da Faculdade Galileu (Botucatu/SP) e Faculdade Gran Tietê (Barra Bonita/SP)

1 Introdução

A saúde, reconhecida como direito humano, foi conceituada em 1946 pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como completo bem-estar físico, social e mental e não apenas ausência de afecções e enfermidades. Essa definição foi criticada desde a sua criação. Assim esse conceito evoluiu, pois em uma perspectiva mais ampla, a saúde é o resultado de condições adequadas de alimentação, moradia, educação, meio ambiente, trabalho e renda, transporte, lazer, liberdade e, principalmente, acesso aos serviços de saúde (OMS, 1946; MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1986; SIQUEIRA, 2009).

O adoecimento de uma pessoa pode ser ocasionado por um ou mais fatores acima citados, entre outros. A busca por explicações de causas do processo saúde-doença resultou no surgimento da História Natural das Doenças (HND), o modelo foi delineado por Leavell e Clark em 1976 e visa o acompanhamento e compreensão das inter-relações do agente causador e do hospedeiro da doença, do meio ambiente e do processo de desenvolvimento da mesma (LEAVELL E CLARK, 1976 *apud* ALMEIDA FILHO; ROUQUAYROL, 2002).

O processo saúde-doença, bem como as práticas de cuidado como espaços de interação entre os sujeitos sociais em seu contexto de vida, as concepções de saúde, doença e cuidado partem de teorias biologistas até as holísticas (DIAS, 2007).

O processo natural da doença pode ser compreendido em dois períodos sequenciais: o pré-patogênico e o patogênico. No primeiro, também considerado período epidemiológico, diz respeito à interação entre os fatores do agente, do hospedeiro e do meio ambiente, onde o sujeito após a exposição a agentes químicos, físicos ou biológicos, ou alterações nutricionais, genéticas, culturais e psicossociais, ainda não manifesta a doença. Esse período está designado no nível de atenção primária, porque pode-se atuar coletivamente agindo com ações de prevenção, promovendo a saúde (ex. com educação) e fazendo a proteção específica da saúde, por meio de vacinas oferecidas a população.

O segundo, corresponde ao momento quando o homem interage com um estímulo externo, apresenta sinais e sintomas e submete-se a um tratamento, envolve a prevenção secundária e a prevenção terciária (PUTINI, 2010).

A saúde é um direito público subjetivo, bem jurídico constitucionalmente tutelado. O Brasil, até a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, não oferecia saúde a todos, pois dispunha de um sistema privado à trabalhadores com carteira de trabalho assinada. Com a redemocratização do estado, passou-se a discussão ampla quando aos direitos sociais e a universalização dos serviços públicos de saúde (LARA, 2021).

Estabelecendo assim, em 1988, no texto da Lei Maior, contando com previsão expressa no caput do Art. 6º da Carta Magna, bem como na Seção II do Capítulo II do "Título VIII –Da ordem social" da mesma norma.

O Art. 196 da Constituição Federal estabelece (BRASIL, 1988):

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

Assim, o Sistema Único de Saúde (SUS) foi criado com o objetivo de atender as necessidades locais da população e de cuidar de questões que influenciam na verificação da saúde, como o meio ambiente, a vigilância sanitária, a fiscalização de alimentos, entre outros.

O direito à saúde esbarra na escassez de recursos e na escolha de prioridades do administrador público. Associando-se a escassez de recursos na área da saúde e a estreiteza existente entre o direito à vida e o direito à saúde, o cidadão, hoje mais consciente de seus direitos, busca a tutela jurisdicional para ter sua necessidade atendida.

Diante dessa realidade, tem conduzido o Poder Judiciários à formulação de políticas públicas, por meio de decisões que obrigam o Poder Executivo atender a pretensão do litigante, quer fornecendo-lhe medicamentos, quer oportunizando a realização de exames, cirurgias e tratamentos diversos. Se o Estado não pode proporcionar diretamente um tratamento ou, quando um procedimento não é assegurado pelo SUS, ou ainda, não está contemplado nas leis, deve, com base no princípio da isonomia, à Administração Pública, por meio da aplicação de critérios médico-científicos (através de laudos médicos e exames), promover e financiar cuidados essenciais por outros meios, sempre com vista a garantir a segurança, a eficácia terapêutica e a qualidade necessária inerentes à política nacional de saúde.

Assim, este capítulo, pretende refletir quanto as questões referentes ao direito a saúde como direito fundamental e a judicialização desta, frente ao panorama atual vivenciado no Brasil.

2 A saúde como direito fundamental

Os direitos fundamentais, podem ser considerados como “direitos históricos que são frutos da construção humana, dos embates e lutas por direitos em diversas sociedades” (MAGALHÃES, 2008, p.10).

Segundo Sarlet, 2006, *“os termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais” sob o ponto de vista material possuem equivalente conteúdo, pois se referem a um conjunto de normas que objetivam proteger os bens jurídicos mais sensíveis na proteção da dignidade humana [...]”* (*apud* MACHADO, 2010)

Com o fim da Segunda Grande Guerra, os países do Ocidente, firmaram movimentos políticos liberais, dos quais surgiu o conceito de *Welfare State*, ou Estado de Bem-Estar Social, que evidencia que todos os indivíduos,

têm direito a um conjunto de bens e serviços fornecidos pelo Estado, direta ou indiretamente (CIARLINI, 2013).

Dentre os bens e serviços, atendidos pelo Estado de Bem-Estar Social, estão a educação, a saúde, a garantia de uma renda mínima, auxílio aos desempregados, entre outros. Em meio aos princípios estabelecidos pelo Estado de Bem-Estar Social, destaca-se a universalização dos direitos sociais, dentre eles o direito à saúde (CIARLINI, 2013).

No Brasil, este sistema não foi conceitualmente implantando, entretanto é inegável que seu modelo influenciou e ainda influencia as políticas sociais nacionais, afim de atender a população menos favorecida.

À exemplo disto, temos a criação do SUS, visto como um dos maiores movimentos de inclusão social do país, porém é importante mencionar que o mesmo resultou de um conjunto de ações mundiais e nacionais anteriores a sua implantação.

Em 1978, a Conferência Internacional sobre Cuidados Primários à saúde, realizada em Alma-Ata (Cazaquistão), propôs assegurar a saúde como um direito humano fundamental, e destaca o papel do Estado como responsável por garantir este direito, através da Declaração de Alma-Ata:

> I - A Conferência reafirma enfaticamente que a saúde - estado de completo bem estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade - é um direito humano fundamental, e que a consecução do mais alto nível possível de saúde é a mais importante meta social mundial, cuja realização requer a ação de muitos outros setores sociais e econômicos, além do setor da saúde.
> (...)
> V - Os governos têm pela saúde de seus povos uma responsabilidade que só pode ser realizada mediante adequadas medidas sanitárias e sociais. Uma das principais metas sociais dos governos, das organizações internacionais e de toda a comunidade mundial na próxima década deve ser a de que todos os povos do mundo, até o ano 2000, atinjam um nível de saúde que lhes permita levar uma vida social e economicamente produtiva. Os cuidados primários de saúde constituem a chave para que essa meta seja atingida, como parte do desenvolvimento, no espírito da justiça social (Declaração de Alma-Ata, 1978).

Paralelamente, no ano de 1986, ocorreu a 8º Conferência Nacional de Saúde, em meio as inúmeras manifestações populares e a luta pelo fim do

governo militar no Brasil, a população brasileira a enfrentava altos índices de desemprego, e se via imersa as desigualdades sociais.

Considerada o marco da Reforma Sanitária Brasileira, a 8º Conferência Nacional de Saúde, previa essencialmente a separação da previdência e da saúde, de forma que fosse garantida pelo Estado, igualitária e de acesso universal, além de propor um Sistema Nacional Único, como descreve em seu relatório final:

> (...) Direito à saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação e saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano e em sua individualidade.
> (...) A reestruturação do Sistema Nacional de Saúde deve resultar na criação de um Sistema Único de Saúde que efetivamente represente a construção de um novo arcabouço, institucional separando totalmente saúde de previdência, através de uma ampla Reforma Sanitária. (BRASIL, 1986)

O relatório final, desta Conferência, foi utilizado como subsídio para elaboração da Constituição Federal de 1988, implementada em um momento permeado por dúvidas e incerteza, garante em seu texto inicial, os direitos sociais como a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância e à assistência aos desamparados (BRASIL, 1988).

Ainda em seu texto original, a Constituição Federal de 1988, destaca a saúde como parte integrante também, do sistema de seguridade social:

> Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

E institui o SUS, como um sistema complexo e abrangente nos artigos 196 à 201, que em conjunto com a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8080) e a Lei nº 8142, ambas de 1990 (SOUZA, 2010).

A Lei nº 8080, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, descrevendo de forma objetiva suas competências e

atribuições, assim como as funções de todas as esferas do governo, União, Estados e Municípios (BRASIL, 1990a).

Enquanto que, a Lei nº 8142, dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde (BRASIL, 1990b)

Dentro os princípios organizativos do SUS, a descentralização da gestão, coloca os munícipios como os principais executores das ações de saúde, com a intencionalidade de atender de forma mais objetiva os anseios próprios da população atendida, visto a extensão do país e as diferentes características, e necessidades de saúde de cada região.

Entretanto, isso não exime a responsabilidade da União e dos Estados, que junto aos munícipios devem zelar pela saúde e assistência adequadas aos cidadãos brasileiros.

Associado ao financiamento da saúde, a Ementa Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000, tinha por objetivo assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde, delimitando o *modus operante* do sistema de financiamento do SUS, de forma a definir a participação financeira de cada esfera do governo: União, Estados e Munícipios (BRASIL, 2000).

Dentre os países que garantem a saúde como direito, o Brasil é o que menos investe no setor. Países como França e Reino Unido investem cerca de US$ 3000,00 *per capita* em saúde por ano, enquanto no Brasil, em 2013, gastou cerca de US$ 591 *per capita*, evidenciando o sub financiamento da saúde no país (ROMÃO, 2019).

Cabe ainda citar que os recursos da saúde têm sido repetidas vezes reduzido, a Ementa Constitucional nº 86, de 17 de março de 2015, altera os artigos 165, 166 e 198 da Constituição Federal, para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica (BRASIL, 2015).

Por meio desta EC, não há a possibilidade de variação da aplicação em razão das alterações econômicas, ou seja, o percentual repassado à saúde não será mais reajustado de acordo com o Produto Interno Bruto (PIB), e ainda os recursos obtidos pela exploração de petróleo e gás natural, não serão mais

adicionais, e sim passão a compor o montante vinculado, ações essas que reduzem, ainda mais o investimento à saúde (ROMÃO, 2019).

Com vistas a reequilibrar as finanças públicas, a Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016, altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal (Brasil, 2016), que visa impor um teto de gastos primários, que incluem exatamente os gastos com saúde e educação, pelos próximos 20 anos, resultando em uma depreciação clara do sistema de saúde do país.

Os recursos para saúde, no Brasil, são historicamente escassos, frente as novas condições legais, os mais afetados serão a população menos favorecida, que consequentemente necessitam mais do SUS, aumentando a desigualdade social e regional, em todo país (ROMÃO, 2019).

Assim, a redução de recursos, resulta na não efetivação dos princípios da universalidade, integralidade e equidade, previstas na Constituição Federal de 1988, refletindo negativamente na garantia do acesso a saúde como direito fundamental e resultando em vias alternativas para garantia do direito.

> Desde os tribunais estaduais até o STF o pensamento é o mesmo “O Direito à Saúde, além de qualificar-se como Direito Fundamental que assiste a todas as pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida”. (GUIMARÃES, 2014, p.580)

3 A judicialização do direto a saúde

Em muitos países onde há um sistema de saúde universal, o que se garante é o direito aos serviços de saúde, enquanto no Brasil, se prevê que a saúde é direito de todos (RAMOS, 2016).

Apesar dos grandes avanços das políticas de saúde no Brasil, nos últimos 30 anos, ao garantir o direito à saúde, o Estado tornou-se responsável por oferecer proteção e promoção a saúde no âmbito individual e coletivo, além fornecer bens e serviços de saúde necessários para efetivação do cuidado e recuperação da saúde de toda população (VENTURA, 2010).

Frente as dificuldades historicamente já descritas neste capítulo, e as diversas modificações legais nos últimos anos, o acesso universal a saúde não

atende a toda população como previsto, resultando no fenômeno denominado judicialização (D'ÁVILA, 2017).

A judicialização da saúde, consiste nas decisões impostas pelo Judiciário, tendo o SUS como alvo dos litígios que obrigam o Estado a atender as demandas de saúde solicitadas e que não estão previstas nos programas já existentes ou não conseguem ser cumpridas, como a oferta de medicamentos, insumos, instalações, assistência à saúde, entre outras demandas que perfazem o direito à saúde (DINIZ, 2014; RAMOS, 2016; WANG, 2014).

A partir da criação do SUS e sua efetivação, no início dos anos 90, os processos judiciais individuais e coletivos tornaram-se uma questão relevante às políticas públicas. Considerando que, neste interim, com os recentes tratamentos descobertos, principalmente para o HIV/Aids, houve um significativo avanço das reivindicações fundamentando-se no direito à saúde, como direto fundamental.

As reivindicações realizadas no âmbito do HIV/Aids, abriu portas para as mais diversas ações referentes à saúde, visto que tratando-se de uma doença grave e de tratamento de alto custo, e melhora significativa da qualidade de vida quando o tratamento é realizado de forma efetiva, a luta por meios legais, resultou na implantação de políticas públicas efetivas, que atualmente atendem gratuitamente e de forma universal aqueles acometidos pela doença (VENTURA,2010).

Após os avanços das políticas públicas, possíveis devido a ações judiciais, no tratamento de pessoas com HIV/Aids, o país e o mundo, tem vivenciado um crescimento exponencial das ações judiciais, em buscas de melhores tratamentos e condições de saúde, seja por meio coletivo, através dos das organizações não-governamentais (ONGs), seja de forma individualizada (VENTURA, 2010).

Se por um lado, a judicialização da saúde configura um ato de cidadania e direitos sociais, que desperta a necessidade de atualizar as políticas públicas de acordo com as demandas coletivas, por outro pode interferir nas ações coletivas, pois o impacto financeiro não planejado pode limitar a oferta de novas tecnologias, estruturação e implantação de novas políticas (COSTA, 2020; BRASIL, 2020).

De acordo com um estudo realizado no estado de São Paulo, o Poder Judiciário atende de forma favorável ao usuário em cerca de 85% das solicitações, contra o sistema de saúde. A literatura ainda indica que, de 2007 à 2016, houve um crescimento de 5000% nos gastos públicos com a judicialização da saúde, passando de 26 milhões em 2007, para 1325 bilhões de reais em 2016, no âmbito da União (WANG, 2014; CARVALHO, 2020).

É importante considerar que o impacto orçamentário destas ações, pode refletir no contexto coletivo, em detrimento do direito individual, sendo potencialmente prejudicial ao sistema de saúde, sobre isso Wang et. al. menciona que:

> O Judiciário brasileiro também tende a desconsiderar o impacto orçamentário de uma decisão judicial que obriga o sistema de saúde a fornecer um determinando tratamento. Para os juízes, em geral, questões relativas ao orçamento público, como a escassez de recursos e a não previsão de gasto, bem como o não pertencimento do medicamento pedido às listas de medicamentos do SUS, não são razões suficientes para se denegar o pedido de um tratamento médico, dado que este encontra respaldo no direito à saúde assegurado pela Constituição Federal. (WANG et. al, 2014, p. 1193)

O ato da judicialização não se limita ao SUS e ao Estado, a saúde suplementar representada pelos planos de saúde também têm sido alvo das ações no judiciário na busca por atender demandas não previstas, mas arbitradas pelo poder judiciário.

> Evidentemente não se cogita de mecanismos artificiais de restrição a garantias judiciais, como já se tentou no período autoritário. Num contexto democrático, eventual medida de repressão ou contenção das demandas sem satisfazer razoavelmente o direito por trás delas seria uma saída ilegítima e indesejável. Positivo, nesse cenário, seria o oferecimento de caminhos que privilegiassem vias mais diretas entre o usuário e o sistema de saúde, minimizando a importância do sistema de justiça como via intermediária. Ambos integram o Estado e se legitimam em função dos interesses do povo. (BUCCI, 2017, p.39)

Na busca por estratégias para redução da judicialização no Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF), realizou uma audiência pública com o objetivo de levantar as principais dificuldades encontradas pelos magistrados, como resultado constituiu-se a Recomendação nº 31/2010 do Conselho

Nacional de Justiça (CNJ), que “Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”.

Entre as recomendações, temos a contratação de médico e farmacêutico para subsidiarem suas decisões, evitar a autorização de medicamentos não registrados pela ANVISA, e o estimulo ao diálogo entre o Judiciário e os gestores de saúde, antes de deferirem suas sentenças (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010a).

Ainda em 2010, criou-se o Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde por meio da Resolução nº 107 do CNJ, “com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010b).

Desde então, os estados e municípios têm criado Núcleos de Assessoria Técnica (NATs), compostos por equipes multidisciplinares, com o objetivo de dar suporte técnicos aos magistrados, por meio de parecer técnico que deve apresentar as políticas públicas existentes e aspectos clínicos envolvidos na ação judicial em questão.

Anjos et. al. destacam ainda:

> outros ganhos importantes desde a criação do Fórum da Saúde, tais como: o aprimoramento regulatório sobre os insumos pelo Ministério da Saúde (MS) e pela Anvisa; a formulação de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas (PCDT), publicados pelo MS para atrelar a concessão de alguns insumos estratégicos mediante o cumprimento de critérios calcados em evidências científicas em saúde; além de recomendações do CNJ em favor do diálogo institucional intersetorial sobre a judicialização da saúde e em prol do uso dos PCDT como forma de mitigação de deferimentos que envolvam insumo não autorizado pela Anvisa e MS e como forma de prevenção de eventual interferência da indústria farmacêutica. (ANJOS, 2020, p. 121)

Quanto a natureza das solicitações é predominante o número de processos judiciais por medicamentos, seguido de solicitações de vagas de

unidade de terapia intensiva (UTI), cirurgias, consultas e exames, alimentos e insumos e tratamentos (COSTA, 2020).

É importante destacar, que dentre os fármacos solicitados através de processos judiciais, cerca de 30% estão incluídos nas listas oficiais do SUS, entretanto deve-se considerar que estar incluído não significa a garantia do fornecimento para o paciente, uma vez que é necessário respeitar os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas (WANG, 2014)

Entre o direito à saúde, e as questões sociais que envolvem o financiamento e alinhamento das ações públicas de saúde, há outro debate a ser considerado, estudos demonstram que a judicialização tem potencial de elevar as desigualdades na prestação de serviços de saúde (CARVALHO, 2020; MADURO, 2020).

Ferraz (2009) defende que as classes mais favorecidas podem ter mais acesso as vias judiciais do que os grupos socioeconômicos mais baixos, uma vez que a grande maioria dos pacientes no Brasil é beneficiada por advogados ou médicos particulares nos processo litigiosos, assim é possível que nem todos que necessitam de bens e serviços por meios legais tenham a mesma oportunidade, colocando em questão o princípio da equidade previsto pelo SUS.

Neste contexto, ressurge a problemática dos custos da judicialização que podem afetar os interesses coletivos, com custos não previstos, sendo necessário o remanejamento de recursos em detrimento de demandas individuais daqueles que necessitam menos, apesar de sabermos que o SUS não se detém apenas aos menos favorecidos, uma vez que é direito de todos e de acesso universal.

Destarte, a judicialização da saúde, deve ser analisada sob uma ótica complexa, que envolve a importância em atender o direito fundamental à saúde de todos, respeitando os princípios da universalidade, integralidade e equidade, assim como atendendo aso interesses públicos para que não ocorra a malversação dos recursos públicos.

Ressalta-se a importância do diálogo efetivo entre os poderes Judiciário e Executivo, como forma de aliviar as questões judiciais, sem negar o direto irrevogável do povo.

4 Considerações finais

Ante todo o exposto, é evidente que o direito à saúde é um direto fundamental ao ser humano, assim definido desde a Declaração de Alma-Ata, garantido no Brasil através da Constituição Federal de 1988.

A questão se mostra relevante visto as inúmeras emendas e normas constituídas no decorrer dos anos, entretanto, fica claro o investimento insuficiente em saúde e a consequente judicialização desta, na busca por efetivar o direito dos cidadãos.

É inteligível que se almeje reduzir os gastos imprevistos com saúde considerando que o coletivo pode estar sendo prejudicado em detrimento de direitos individuais, entretanto é necessário avançar neste debate, uma vez que não atender uma solicitação individual pode ferir a prerrogativa da Constituição e cumpri-la pode prejudicar mais vidas do que salvar.

Referências

ALMEIDA FILHO, N; ROUQUAYROL, M. Z. *Modelos de saúde-doença: introdução à epidemiologia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Medci Ed., 2002. p. 27-64.

ANJOS, E.C.S.; RIBEIRO, D.C.; MORAIS, L.V. Judicialização da saúde: uma revisão sistemática de literatura das iniciativas de diálogo institucional intersetorial. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. Brasília, v.10, n.1, p: 113-128, 2021. https://doi.org/10.17566/ciads.v10i1.640. Disponível em: https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/640/794. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Relatório final da 8ª Conferência Nacional de Saúde*. Brasília, DF, 1986. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf. Acesso em: 30 jun. 2021.

BRASIL. *Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da Saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 30 jun. 2021.

BRASIL. *Lei n. 8.142, de 28 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as

transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da Saúde e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm. Acesso em: 30 jun. 2021.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 29, de 13 de setembro de 2000*. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm. Acesso em: 30 jun. 2021.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 86, de 17 de março de 2015*. Altera os arts. 165, 166 e 198 da Constituição Federal, para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc86.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 95, de 2016*. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.html. Acesso em: 30 jun. 2021.

BRASIL, Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia, Inovação e Insumos Estratégicos em Saúde. Departamento de Ciência e Tecnologia. *Síntese de evidências para políticas de saúde: judicialização da saúde*. Brasília. 2020. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sintese_judicializacao_saude.pdf. Acesso em: 29 jun. 2021.

BUCCI, M.P.D.; DUARTE, C.S. *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017.

CIARLINI, Alvaro Luis de Araujo. S. *Direito à saúde – paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, A.L.B.; DINIZ, A.M.S.; BATISTA, B.N.M.; BARBOSA, D.S.; et. al. Determinantes da judicialização da saúde: uma análise bibliográfica. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. Brasília, v.9, n.4, p. 117-134, 2020. https://doi.org/10.17566/ciads.v9i4.670. Disponível em: https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/670/784. Acesso em: 29 jun. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação nº 31 de 30 de março de 2010*. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/877. Acesso em: 30 jun. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 107 de 06 de abril de 2010*. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução

das demandas de assistência à saúde. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/173. Acesso em: 30 jun. 2021.

COSTA, K.B.; SILVA, L.M.; OGATA, M.N. A judicialização da saúde e o Sistema Único de Saúde: revisão integrativa. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. Brasília, v.9, n.2, p. 149-163, 2020. http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v9i2.635. Disponível em: https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/635. Acesso em: 30 jun 2021.

D'ÁVILA, L.S.; SALIBA, G.R. A efetivação do direito à saúde e sua interface com a justiça social. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v.17 n.3. p. 15-38. Nov. 2016.fev,2017. http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v17i3p15-38. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/127772/124770. Acesso em: 30 jun 2021.

_____. *Declaração de Alma Ata sobre Cuidados Primários 1978*. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_alma_ata.pdf. Acesso em: 30 jun. 2021.

DIAS, G.; FRANCESCHINI, S.C.C.; REIS, J.R.; REIS, R.S; et. al. A vida nos olhos, o coração nas mãos: concepções e representações femininas do processo saúde-doença. *Hist. ciênc. saúde-Manguinhos*, v.14, n.3, p.779-800, 2007.

DINIZ, D.; MACHADO, T.R.C.; RENALVA, J. A judicialização da saúde do Distrito Federal. Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, v.19, n.2, p.591-598. 2014. https://doi.org/10.1590/1413-81232014192.23072012. Disponível em: https://scielosp.org/pdf/csc/2014.v19n2/591-598/pt. Acesso em: 30 jun. 2021.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequities? *Health and Human Rights: An International Journal*, v.11, n.2, p:33-45, 2009. Disponível em: https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/20845840/. Acesso em: 01 jul. 2021.

GUIMARÃES, M.; PILAU SOBRINHO, L.L. O Direito à Saúde sob a Ótica do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível. *Revista Eletrônica de Iniciação Científica*. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v.4, n.4, p. 574-594, 4º Trimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/ricc - ISSN 2236-5044. Acesso em: 01 jul. 2021.

LARA M.; FERNANDES C.M.S.; PENTEADO V.P.; SERRA M.C. Direito à saúde e judicialização no acesso a tratamentos de média e alta complexidade pelo Sistema Único de Saúde (SUS). *Research, Society and Development*, v. 10, n. 3, e16010313091, 2021. http://dx.doi.org/10.33448/rsd-v10i3.13091. Disponível em: https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/13091. Acesso em: 01 jul. 2021.

MACHADO, D.H.G.; MATEUS E.N. Breve reflexão sobre a saúde como direito fundamental. *Âmbito Jurídico*. Direito Constitucional. n.83, 2010. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/breve-reflexao-sobre-a-saude-como-direito-fundamental/. Acesso em: 03. Jul. 2021.

MADURO, L.C.S.; PEREIRA, L.R.L. Processos judiciais para obter medicamentos em Ribeirão Preto. *Revista Bioética*, Brasília, v.28, n.1, p: 166-

172, 2020. https://doi.org/10.1590/1983-80422020281379. Disponível em: https://www.scielo.br/j/bioet/a/CNg9nhQn7wHpkhz7tvs3Qnn/?lang=pt. Acesso em: 30 jun. 2021.

MAGALHÃES, José Quadros de. *Direito Constitucional. Curso de Direitos Fundamentais*. 3ed. ver. e atual. São Paulo: Método, 2008, p.10.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946*. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html. Acesso em: 01 jul. 2021.

PUTTINI, R.F.; JUNIOR, A.P.; OLIVEIRA, L.R. Modelos explicativos em Saúde Coletiva: abordagem biopsicossocial e auto-organização. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v.20, n.3, p.753-767, 2010. https://doi.org/10.1590/S0103-73312010000300004. Disponível em: https://www.scielo.br/j/physis/a/fGQr7m9LdpmHqh4fwmhCrpc/?lang=pt&format=pdf. Acesso em: 29 jun 2021.

RAMOS, R.S.; GOMES, A.M.T.; OLIVEIRA, D.C.; MARQUES, S.C.; et. al. Access the Unified Health System actions and services from the perspective of judicialization. *Revista Latino-Americana de Enfermagem*. 2016; 24:e2797. http://dx.doi.org/10.1590/1518-8345.1012.2689. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rlae/a/y3DGz745rw8HbWnHfGNcgWG/?lang=en. Acesso em: 30 jun. 2021.

ROMÃO, Ana Luisa Pereira Agudo. O financiamento da saúde frente ao novo regime fiscal. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo v.20, n.1, p. 86-106, mar./jun. 2019. http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v20i1p86-106. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/164206/157584. Acesso em: 30 jun 2021.

SIQUEIRA, M. M.; MORAES, M. S. Saúde coletiva, resíduos sólidos urbanos e os catadores de lixo. *Ciência & Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, v.14, n.6, p.115-2122, 2009.

SOUZA, G.C.A.S; COSTA, I.C.C.C. O SUS nos seus 20 anos: reflexões num contexto de mudanças. *Saúde e Sociedade*, v.19, n.3, p.509-517, 2010. Disponível em: https://www.scielo.br/j/sausoc/a/RxgpDxBNj6HKvVrwTHxC5sH/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 29 jun. 2021. http://dx.doi.org/10.1590/S0104-12902010000.

VENTURA, M.; SIMAS, L.; PEPE V.L.E.; SCHRAMM, F.R. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v.20, n.1, p.77-100, 2010. Disponível em: https://www.scielo.br/j/physis/a/35xXdQXR9JrdvpPmtkktL9F/?lang=pt&format=pdf. Acesso em: 28 jun 2021.

WANG, D.W.L.; VASCONCELOS, N.P.; OLIVEIRA, V.E.; TERRAZAS, F.V. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, v.48, n.5, p.1191-1206, set./out. 2014. http://dx.doi.org/10.1590/0034-76121666. Disponível em:

https://www.scielo.br/j/rap/a/5YcctKRJTVmQnp5mRHkBBcj/?lang=pt. Acesso em: 01 jul. 2021.

11. O VALOR DA IGUALDADE

Amanda Raquel de Menezes
Mestranda em Tecnologias Emergentes da Educação pela MUST UNIVERSTY - Flórida/ USA
Docência do Ensino Superior – Faculdade Alfa América.
Especialista em Psicopedagogia Educacional e Clínica pela Faculdade de Itápolis – FACITA
Licenciada em Arte, Educação e Terapia pela Faculdade do Litoral Paranaense – Isespe
Licenciada em Pedagogia pela Universidade Nove de Julho – UNINOVE
Licenciada em Filosofia pelo Centro Universitário de Araras "Dr. Edmundo Ulson"
Licenciada em Letras pelo Instituto Municipal de Ensino Superior de São Manuel
Professora PEBII na Rede Estadual de Ensino e da Faculdade Galileu (Botucatu/SP)

Lucélia Cristina da Costa Carmo
Mestranda em Tecnologias Emergentes da Educação pela MUST UNIVERSTY - Flórida/ USA
Especialista em Docência do Ensino Técnico e Superior pela Faculdade Galileu- Botucatu
Graduada em Letras/Inglês pelo Instituto Municipal de Ensino Superior de São Manuel (IMESS)
Professora das Faculdades Galileu, Dom Ricardo, Gran Tietê e Van Gogh

1 Introdução

Valores de igualdade em todo o mundo ou mesmo restritos ao Brasil, inexistem historicamente e mesmo atualmente. Porém, faz-se necessário a compreensão do termo igualdade, que "ocorre quando não existem divergências entre dois elementos que são comparados. Ou seja: duas coisas são iguais porque não é possível observar, entre elas, nenhuma diferença" (DIVERSO UFMG, 2021).

Logo, claramente não é esse o ponto origem deste trabalho, a comparação de igualdade e sua valorização no mundo e nos indivíduos não necessita da inexistência de diferenças entre dois elementos como diz a citação, exigir outra igualdade, mesmo a gêmeos, é impossível materialmente (TAVARES JUNIOR, PRATES, 2019).

Porém faz-se necessário a igualdade entre as raças, nesta discussão a de seres humanos.

Segundo Frischeisen (2006),

> princípio da não-discriminação, ou seja, reconhece-se que todos são iguais perante a lei, e, portanto, não pode haver discriminações que excluam determinadas pessoas ou grupos do exercício de determinado direito por terem realizado

> determinadas escolhas de modo de vida, como a opção religiosa, ou possuírem determinadas características intrínsecas, como as de gênero.

Desta forma, entende-se como valor da igualdade, o sentimento de que todas as pessoas, independente de suas escolhas pessoais, religiosas, políticas ou de qualquer outra espécie e ou natureza, não sejam discriminadas em nenhum momento.

Discriminação e desigualdade caminham juntos, quando existe qualquer tipo de discriminação ou preconceito, valor da igualdade está sendo ferido de alguma forma.

Seria basicamente o mundo ideal, a Pasárgada retratada em poema por Manuel Bandeira, lugar utópico e imaginário onde tudo efetivamente ocorre como o previsto.

Mas, como podemos medir, ou conhecer o valor da igualdade se, efetivamente não experimentamos tal feito?

Temos que retomar a história e entender o que era igualdade ou desigualdade e como esses conceitos atingiam as populações, para que possamos compreender o mundo atualmente.

2 Contexto histórico de igualdade no mundo

Historicamente, baseando-se no cristianismo o conceito de igualdade surge desde os primórdios. Como no livro de Gênesis, capítulo um, versículo vinte e sete: “Criou Deus o homem à sua imagem, à imagem de Deus o criou; homem e mulher os criou”.

Porém com o avanço da história, como por exemplo na Grécia antiga, mais precisamente em Atenas há registros documentais que provam que a cidadania era apenas exercida por cidadão livres, os quais para atingirem tal critério necessitava ser maiores de vinte anos de idade. Excluindo-se desta situação, mulheres, escravos e estrangeiros, em uma clássica situação de pré conceito já nos tempos antigos.

Na Roma antiga, o princípio de igualdade era ferido no que tange às classes sociais, existiam os abastados chamados de patrícios e os que sofriam as desigualdades, os plebeus (TAVARES JUNIOR, PRATES, 2019).

Ainda na Roma antiga, existe um dos primeiros registros de tentativa de conceitos de implantação de igualdade, expresso na Lei das Tábuas, que dizia: “Que não se estabeleçam privilégios em leis”.

Obviamente que esse era somente um ensejo inicial, e que a priori não conseguia por si só lograr êxito em seu princípio básico.

Na revolução francesa do século XVIII, atenta-se à criação do princípio de igualdade, nos ideais de igualdade, fraternidade e liberdade, princípios básicos do cidadão incorporados ao pensamento mundial (TAVARES JUNIOR, PRATES, 2019).

Com a catástrofe de duas grandes guerras mundiais, percebeu-se a necessidade de rever os conceitos de igualdade no mundo. Através de um esforço conjunto mundial, a fim de evitar novas guerras criou-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos pela ONU (Organização das Nações unidas) que em seu primeiro e segundo artigos preconiza:

> Art. 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.
> Art. 2º Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. (ONU, 1948, p. 4 e 5)

Existem ainda inúmeros outros relatos e experiências de desigualdade catalogadas a nível mundial, tais como, os povos nórdicos excluindo as mulheres, povos espartanos que matavam bebês deficientes, pois os mesmos não conseguiriam se tornar bravos guerreiros, tribos africanas que perseguiam, acusavam de bruxaria e matavam pessoas nascidas albinas, povos árabes que creem que mulheres são objetos destinados ao uso próprio do homem, e muitos outros.

A tal ponto, podemos nos questionar se atualmente o valor da igualdade é sentido entre os povos, pois os maiores exemplos que temos são de desigualdades.

Claro que o mundo, ainda mais colocado em uma linha temporal as diferenças se extrapolam. Existem casos, os quais não podemos criar nenhum

tipo de comparação. Mas o conceito de igualdade mantem-se inalterado, valendo-se de algum pequeno detalhamento em algumas situações.

3 Contexto histórico de igualdade no Brasil

E no Brasil, nossa pátria mãe, como foi o surgimento do conceito de igualdade ou desigualdade em nossa história?

Analisando historicamente essa igualdade inexistia. Desde a época do descobrimento, vários grupos e etnias foram considerados puros e sempre foram privilegiados. Logo no início, os portugueses que invadiram terras populadas por indígenas, escravizaram os mesmos e a negros pelo simples fato de serem diferentes.

Quem não aceitava tal destino, simplesmente era assassinado e substituído por outro. A igreja neste tempo tem um aspecto de apoiadora do estado, tentando catequizar os índios e outros povos a fim de facilitar a dominação do estado português em solo brasileiro. Claro tudo sobre às ordens do clero português.

Ou seja, nos primórdios do Brasil, o conceito de igualdade não existia em nenhum aspecto.

Nessa mesma época ainda, as mulheres não possuíam os mesmos direitos e privilégio dos homens, não tinham o mesmo direito a circulação e não podiam realizar os mesmos trabalhos que os homens.

Não somente as mulheres eram consideradas não merecedoras de alguns direitos, existiam ainda os não portugueses e os escravos que padeciam de perda de direitos total ou parcialmente, constituindo uma grande desigualdade.

Com o tempo, houve a abolição da escravatura que culminou com o fim da ideia de escravos, porém gerou muitos pobres, em sua maioria negros que com sorte conseguiam trabalho apenas em troca de um dinheiro para poder alimentar-se.

As mulheres também continuavam a serem consideradas desiguais, muitos trabalhos e inclusive o direito de votar não eram prerrogativas válidas.

Em 1967, a Constituição é alterada e anuncia categoricamente em seu artigo 150, § 1º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça,

trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei". E ainda outro avanço, estabelecido em seu art. 168, *caput*, que:

> A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola; assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana. (BRASIL, 1967)

Então, pode-se afirmar que o conceito de igualdade finalmente existe no Brasil, mas é aplicado realmente?

4 O conceito de igualdade no Brasil moderno

A aplicação do conceito de igualdade independe de leis específicas ou diretrizes acordadas, nota-se com o tempo que é uma questão cultural.

Ao discriminar o lixeiro pelo simples fato de na espiral de profissões da humanidade, o mesmo pertencer aos mais baixos níveis, existe o cerceamento do conceito de igualdade, ao se excluir um candidato tatuado de uma entrevista de emprego pelo simples fato de o mesmo possuir marcas notórias de tinta na pele, estamos promovendo ato de no mínimo desigualdade social.

Para estas situações, o poder legislativo prevê sanções, porém a questão é cultural e velada. Ninguém em sã consciência validará os termos de desigualdade fronte ao desnivelamento social ou aspectos físicos.

Outro aspecto importante no Brasil, é também que pelo fato do seu tamanho continental, a regionalidade faz com que existam vários "Brasis", e o nível de desigualdade entre todos é muito grande, porém daquela mesma forma sempre de uma forma escondida.

As desigualdades entre homens e mulheres no mercado de trabalho sofreram alterações no decorrer da história recente no Brasil e observa-se tanto conquistas quanto permanências na distinção da valorização da força de trabalho relacionada a gênero (MONTEIRO, ALTMANN, 2019).

A mulher já conseguiu muitos avanços, direito a voto, direito a diversos benefícios trabalhistas, equiparação salarial mediante as mesmas condições de trabalho, além de outros aspectos. Porém, de forma velada ainda existe muita desigualdade somente pelo gênero, barreira esta já transposta pelos aspectos legais, necessitando serem transpostas de forma cultural.

Alguns exemplos de desigualdades são mais recentes, esportivos, políticos, religiosos (novas religiões), comportamentais e até mesmo hierárquicos.

Obviamente, a situação de desigualdades apresenta uma tendência de queda através dos tempos, sejam por motivos diversos, mudança de cultura, maior rigidez nas leis, maior nível de comunicação e troca e conhecimentos o que com certeza é muito bom.

Em diversas empresas vemos quebras de paradigmas, com conceitos de cultura organizacional cada vez mais abertos, valorizando o conceito de igualdade.

Existem atualmente índices de medição quanto a felicidade do trabalhador em determinadas empresas, índices estes que contemplam o conceito de igualdade.

Em uma época de pandemia, de uma maneira triste, podemos aferir que o vírus sim, detém o conceito de igualdade, atualmente não distingue pessoas em nenhum aspecto.

De uma maneira positiva, várias ações governamentais, empresariais e mesmo pessoais nessa pandemia, visaram a integração e valorização da igualdade, trazendo benefícios a todos.

Auxílios governamentais a todos que necessitavam, empresas criando estruturas para o trabalho remoto, derrubando barreiras e valorizando o empregado, ações pessoais para a criação de ajuda aos necessitados.

No mundo moderno, desvios de conduta como a massificação de conceitos de desigualdade tendem a ser classificados cada vez mais como algo fora do comum e necessitam ser combatidos.

Uma das vantagens do mundo moderno, está na quantidade e velocidade da informação, praticamente hoje, o mundo está nas palmas das mãos.

Atualmente o conceito de igualdade está em alta, seja para respeitar a pluralidade seja de gêneros, questões políticas, gostos ou qualquer outro parâmetro que possa ser fator de distinção.

Diversas campanhas visam a integração global e com isso o conceito de igualdade ganha cada vez mais força, e a medida que analisamos, é algo

tão irracional haver desigualdade por qualquer fator que, não conseguimos entender o porquê isso não ser via de regra.

Toda a modernidade existente atualmente contribui para a melhoria do conceito de igualdade e consequentemente, é uma ótima ferramenta para disseminação de práticas de combate às desigualdades ainda existentes tanto em nosso país como no mundo.

A questão de afirmação social tão necessária nos tempos atuais advém do conceito de igualdade para com aquela sociedade. Um estudante em uma escola nova por exemplo, só conseguirá se sentir confortável, após a admissibilidade social e consequente aceitação dos outros estudantes, e isso não é possível se ele não provar que pertence á mesma cultura e sociedade dos antigos alunos.

A quebra desse paradigma de aceitação vem ganhando força, pois com a pandemia, o estudo presencial perdeu muito campo frente ao estudo à distância, e essa consequente aceitação ficou deveras mais tranquila. Atualmente o estranho da sala nem é mais visto e permanece com a câmera fechada nas aulas.

5 Conclusão

Historicamente fomos perdendo o conceito de igualdade até um determinado momento em que ele se torna muito necessário. O ser humano precisa de padrões a seguir, é uma característica de bando. A aceitação do grupo ainda é algo fundamental, mesmo com a consciência de que cada ser é único em sua existência e responsável pelos seus atos.

O conceito de igualdade não é mais apenas importante, é vital. Em uma sociedade completamente interligada, com diferentes anseios e perspectivas, devemos considerar o outro como a nós mesmos.

Em um mundo interligado e com todas as facilidades advindas das tecnologias, o conceito de igualdade regride aos tempos da criação humana e começam a sobrepor os conceitos de desigualdade.

Distinguir e consequentemente criar a desigualdade, seja ela por qualquer critério, deixou de ser uma opção tolerada com outrora.

Diversas situações e casos que há pouco tempo seriam considerados normais, já não são, e os mesmos causam estranheza e revolta no mundo atual.

Caminhamos para um mundo com um nível de desigualdade muito baixo, o qual nenhum tipo de desigualdade tende a ser tolerada.

Seja desigualdade por orientação sexual, atualmente o mundo tem diversos programas e atitudes visando a igualdade entre todos. Obviamente todos os lados devem ser escutados, mas o ideal de cada indivíduo deve prevalecer, desde que isso não cause danos a outros indivíduos.

Fatores de exclusão como diferenças entre classes sociais, lembrando até mesmo Ariano Suassuna (quem nunca foi para a Disney), eram comuns há pouco tempo. Pessoas eram preteridas por detalhes e falta de opções de vida.

Outros critérios como os corporais, desigualdade pelo fato da pessoa ser obesa, usar aparelho ortodôntico excêntrico, manchas pela pele e o mais relevante deles, a cor da pele, atualmente são compelidos e combatidos diariamente, seja por campanhas mídias sociais e também, a própria mudança cultural, mudança essa muito ajudada pela expansão de tecnologia mundial que nos cerca.

Uma pessoa que sofre algum tipo de desigualdade não é uma pessoa completamente feliz, existem vários estudos e comprovações de casos de estudantes que sofreram bullyng, sofrendo desigualdades sociais com consequências realmente desastrosas.

Desde casos de estudantes que reagiram aos seus agressores, causando violência, a até mesmo suicídios de estudantes por não mias tolerarem tais abusos.

A desigualdade é força motriz em algumas das piores atitudes humanas, tais como: desprezo, racismo, indiferença entre outras, e isso sim deve ser combatido.

Referências

BÍBLIA ONLINE. Gênesis. Disponível em: <https://www.bibliaonline.com.br/nvi/gn>. Acesso em 29 jun. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 01 jul. 2021.

DIVERSO UFMG. NÚCLEO JURÍDICO DE DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO. *O que é Igualdade?* UFMG, Belo Horizonte, 01 de jul. 2021. Disponível em: <http://www.diversoufmg.com/o-que---igualdade-.html>. Acesso em 02 jul. 2021.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Igualdade. *Dicionário de Direitos Humanos*, ESMPU, 07 de ago. 2006. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-index.php?page=Igualdade>. Acesso em 01 jul. 2021.

MONTEIRO, Mariana Kubilius; ALTMANN Helena. Ascensão na carreira docente e diferenças de gênero. *Educar em Revista*, v. 37, Setor de Educação da UFPR, 10/05/2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0104-4060.70432>. ISSN 1984-0411. Acesso em 12 jul. 2021.

ONU. *Declaração universal dos direitos humanos*. Paris. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em 02 jul. 2021.

TAVARES JUNIOR, Dionísio Paradelas; PRATES, Lucas Ribeiro Baptista. O Princípio da Igualdade em Perspectiva Histórica. *SCIAS: Direitos Humanos e Educação*, Belo Horizonte, v.2, n.2, p. 05-16, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://revista.uemg.br/index.php/sciasdireitoshumanoseducacao/article/view/4229/pdf>. Acesso em 03 jul. 2021.

12. QUEM NÃO SE COMUNICA, SE TRUMBICA: A SABEDORIA POR TRÁS DO BORDÃO DO “VELHO GUERREIRO”

Marco Aurélio D´Angelo Luque
Especialista em Administração de Marketing pela FAAP
Especialista em Docência em Ensino Técnico e Superior pela Faculdade Galileu
Graduado em Design pela Unesp de Bauru
Graduado em Artes Cênicas pela USC
Consultor na Promec Projetos Educacionais
Professor universitário

Giovanni Silva D’Angelo Luque
Estudante do 4º ano do curso de Jornalismo da UNESP de Bauru

A cidade de Surubim, no interior de Pernambuco, deu ao Brasil uma das maiores figuras da comunicação “espontânea” que pudemos conhecer: José Abelardo Barbosa de Medeiros, o “Chacrinha”.

Por conta de uma cirurgia do apêndice, que o fez perder um ano da Faculdade de Medicina, em 1936, aceitou tocar num navio numa viagem à Europa, e, quando retornou ao Brasil, nunca mais seguiu a carreira da medicina. Depois, em 1944 assumiu o nome de “Chacrinha”, o qual o acompanhou durante toda a sua vida, trabalhando em várias emissoras de rádio e televisão, e se tornando a figura conhecida de todos com um pouco mais de cabelos brancos.

Mas, o que afinal, o “Velho Guerreiro” tem a nos ensinar com relação a um dos direitos fundamentais de terceira geração do ser humano, **a comunicação**? É isso que buscaremos esclarecer nesse capítulo.

Criador de vários bordões, um deles ficou muito conhecido e é repetido por várias pessoas e personalidades até hoje. Utilizado para chamar a atenção quanto à importância de se comunicar, diz que, caso não o façamos, podemos nos “trumbicar” ou “estrumbicar” (se dar mal), numa tradução mais informal.

Todos sabemos que a comunicação é uma das ferramentas mais poderosas que o ser humano, e mesmo os animais, possuem para expressar seus sentimentos, desejos e necessidades. O ato de não se comunicar de

maneira efetiva e adequada, limita o entendimento e, consequentemente, a interpretação da mensagem.

Os direitos fundamentais do ser humano, originado primeiramente no final do século XVII, junto à Independência dos Estados Unidos, fazia referência aos “Direitos Fundamentais do Homem e do Cidadão”.

A ideia principal àquela época era a questão da liberdade individual, concentrada nos direitos civis e políticos, mas esses direitos só poderiam ser conquistados se houvesse a abstenção do controle do estado, já que os direitos faziam referência ao indivíduo. Eles buscavam proteger a integridade humana, física, psíquica e moral, de qualquer forma de arbitrariedade do estado. Os direitos políticos asseguravam a participação do cidadão na organização e administração do estado, simbolizado aí pelo direito ao voto, com o qual os indivíduos escolheriam seus governantes.

Os direitos humanos fundamentais de segunda geração, que surgem depois da Primeira Guerra Mundial, vieram com o intuito de fortalecer o “Estado do Bem-Estar Social”, donde se previa que o estado garantiria a oportunidade de igualdade para todo e qualquer cidadão, pela via das políticas públicas que garantiriam o acesso à educação, habitação, lazer, trabalho, saúde, entre outros.

Essa segunda geração, portanto, está ligada ao conceito da igualdade, onde o estado deveria ser o garantidor desses direitos através de um conjunto de obrigações atualizados pela execução de políticas públicas e normas constitucionais. Aqui no Brasil, esses direitos sociais aparecem no artigo 6º da Constituição:

> São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988)

Os direitos culturais, também da segunda geração, são aqueles que permitem o acesso de qualquer cidadão às fontes de cultura nacional, valorizando a difusão das manifestações culturais, proteção às culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, bem como a proteção ao patrimônio cultural brasileiro: bens de natureza material e imaterial, portadores de

referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, determinados nos artigos 215 e 216 da constituição brasileira.

O nosso assunto, ao qual Chacrinha menciona em seu bordão, referem-se aos Direitos Humanos de terceira geração, ou *transindividuais*, que são aqueles exigidos em ações coletivas por um grupo, beneficiando a todos e sua violação também afeta a todos. Esses direitos começaram a surgir a partir dos anos 60, comandados pelo ideal da fraternidade e da solidariedade, presente nos movimentos hippies e na cultura da liberdade, sendo uma das principais preocupações os direitos difusos, - aqueles em que não se pode mensurar o número de beneficiários - e os direitos coletivos, que possuem um número determinado de titulares. Podemos utilizar como exemplo grupos de proteção ao meio ambiente, grupo de proteção a moradores de rua, entre outros.

Como exemplos de direitos de terceira geração pelo mundo, podemos citar o direito ao desenvolvimento, à paz, direito à comunicação, direito à defesa de ameaça da purificação racial e genocídio, autodeterminação dos povos, direito à proteção contra as manifestações de discriminação racial e a proteção durante conflitos armados.

No Brasil, citamos o direito ambiental, direito do consumidor, da criança e do adolescente, dos idosos, dos portadores de deficiência e de proteção ao patrimônio artístico, histórico e cultural, paisagístico, estético e turístico.

A comunicação, foco principal desse capítulo, é uma ferramenta poderosa, uma habilidade, que se não for desenvolvida adequadamente, pode levar qualquer um de nós ao insucesso. Muitas pessoas afirmam que a habilidade de saber se comunicar é um dom, que nascemos com ela, mas isso não é verdade. Comunicação é uma questão de prática, de estudo, de encontrar a forma mais adequada para cada um de nós. Portanto, não é uma receita de bolo, mas uma receita em que cada um pode colocar a sua pitada de sabor. Mas, é fato que saber se comunicar permite a você não se “trumbicar”.

Para saber se comunicar, é preciso lapidar suas habilidades e refletir sobre quais as formas mais efetivas que você utiliza e que dão resultados. É preciso trabalhar seus diferenciais, pois a comunicação é aquilo que fazemos

todos os dias, pois todos nós somos comunicadores no nosso dia-a-dia. Às vezes, as pessoas pensam que comunicar-se é fazer uma apresentação perfeita, gravar um vídeo que tenha muito sucesso, mas comunicação não é (só) isso. Aa comunicação está presente em todos os nossos relacionamentos, quando utilizamos nossa voz, nosso corpo, nossas expressões, como emissores, para sinalizar nossas necessidades, desejos, sensações aos receptores, e, portanto, as falhas de comunicação são de responsabilidade exclusiva dos emissores.

Comunicar-se mal não é apenas ter atitudes negativas, como arrogância, agressividade, má postura, mas também exagerar nas formas de se expressar, falando em demasia, usar expressões inadequadas para a situação, completar a frase do outro, não deixando o outro se expressar, ou mandar a sua mensagem de forma completa, tratar o receptor com radicalidade, não respeitando seus limites ou sua velocidade de se comunicar. Outra forma de se comunicar mal é o silêncio, ou a ausência da resposta, processando somente para si o que deveria e gostaria de informar, deixando o emissor sem o insight necessário para prosseguir a comunicação. Essa forma de não comunicação sinaliza descaso, desinteresse pelo outro.

Comunicar-se mal também, correndo o risco de “trumbicar-se”, é tratar seu possível receptor por meio de rótulos pré-concebidos, sem praticar a empatia necessária para se estabelecer a ligação e a boa comunicação, cometendo gafes, faltando com o respeito, excluindo.

A comunicação é uma arte, e, como toda arte, necessita de dedicação, estudo e conhecimento, para combinarmos os melhores elementos e agradar a quem está recebendo as informações dessa arte. A comunicação deve estar todo dia no topo da nossa lista de tarefas, para que, mesmo nas atividades cotidianas mais simples, possamos utilizar toda nossa habilidade e sermos entendidos. É uma construção que vai se desenvolver de acordo com a dedicação que se propõe investir nessa construção.

Nesse processo, não há nenhuma mágica que possa nos auxiliar a sermos efetivos na nossa comunicação, é necessário estar atento, com olhos, ouvidos e mente abertos, atentos para perceber a si mesmo e aos outros,

identificando assim possíveis falhas que necessitem de correção ou adequação.

Como na comunicação existem sempre duas ou mais pessoas, todo o esforço que eu fizer para me comunicar adequadamente não me garantirá o sucesso na minha expressão, pois pode “bater” no outro ou outros de forma equivocada e não terei o sucesso esperado. Mas isso não deve nos impedir de continuar tentando, buscar outros caminhos para acessar e informar de maneira correta, e também é necessário permitir o acesso do receptor para conosco, pois se não deu certo num momento, não significa que sempre será equivocado, é necessário tentar de outras maneiras, sempre assertivamente.

A comunicação não é uma via reta, fácil de chegar ao destino. Ela sempre exigirá do emissor um estudo de como se chegar ao seu objetivo de forma mais rápida, o que, às vezes, não acontecerá na primeira viagem, por isso não se deve desistir.

Mas como ser compreendido de forma clara, objetiva, sem correr o risco de ser mal interpretado? Bem, será que eu estou me comunicando com clareza? Será que estou entoando as palavras com uma boa dicção de forma que o meu ouvinte compreenda integralmente meu código, minha mensagem, sem ruídos de comunicação?

Normalmente, para uma boa comunicação é necessário, também, utilizar palavras simples e especificar o que se deseja conseguir, porque muitas vezes faltam palavras na mensagem. Respostas curtas, sem a devida quantidade de informações, podem ocasionar mal-entendido por parte do receptor.

Alguns exemplos que podem gerar falhas de comunicação:

1. Ambiguidade – Quando a mensagem provoca duplo sentido de interpretação. Ex.: “Pedro disse ao amigo que havia chegado”. (Quem chegou, Pedro ou o amigo?)
2. Redundância – Quando a repetição desnecessária de termos na mensagem interfere na sua clareza. Ex.: “Subir para cima”
3. Incoerência – Perda de sentido da mensagem. Quando uma informação contradiz a outra alterando a lógica interna do texto, na qual as ideias devem fazer sentido ao receptor. Ex.: “Estão derrubando muitas árvores, e por isso a floresta consegue sobreviver”.

4. Obscuridade – Quando a mensagem não tem clareza, não possui inteligibilidade, é confusa ou tenta esconder algum outro significado. Ex.: “O caráter polivalente dos estrategistas em campo maximizará a performance da equipe”.
5. Eco – Quando o emprego de termos de características fonéticas sonoramente parecidas. Ex.: “O procedimento para o desenvolvimento do empreendimento, nesse momento, está em fase de conhecimento”.
6. Hipérbole – Figura de linguagem que dá ênfase exagerada ao significado da mensagem. Ex.: “Morrendo de sede”.
7. Cacófato – Quando a união dos sons de duas ou mais palavras vizinhas e que produzem um som não agradável, impróprio ou com sentido equívoco. Ex.: “Nunca mais eu acho uma como ela”.
8. Hiato – Sequência de sons vocálicos idênticos. Ex.: “Daqui há meia hora a água vai acabar”. Na comunicação oral, o hiato acontece quando há um silêncio entre os interlocutores, geralmente com algo que ficou sem explicação.
9. Preciosismo - Quando a mensagem possui expressões rebuscadas prejudicando a naturalidade do estilo de comunicação, também se considerando aqui a prolixidade – quando se fala demais. Ex.: “Magnífico excelentíssimo magnânimo voluptuoso ministro...”.
10. Barbarismo – Quando se faz emprego de palavras com erro de pronuncia. Ex.: “Rúbrica, ao invés de rubrica”.
11. Solecismo – Quando se cometem erros quanto às normas de concordância, regência ou colocação. Ex.: “Os pessoal já foram?”
12. Vulgarismo – Quando se faz uso linguístico popular em contraposição a linguagem culta da região. Ex.: “Dois quilo”; “Eu vi ela”. (MMAMARKETING, 2016)

O bordão do “velho guerreiro”, sem ele saber, tem toda a relação com o novo mercado de comunicação, totalmente conectado e globalizado que vivenciamos hoje, e que, a cada instante, pode gerar ou acabar com oportunidades. Dependendo, você pode se comunicar ou se “trumbicar”.

A falta de clareza ao falar, por exemplo, pode prejudicar profissionais em negociações ou pessoas que buscam recolocação profissional, numa entrevista de emprego. Afinal, comunicar é mais que simplesmente dizer algo, é preciso fazer com que o outro entenda a mensagem. Falar de maneira simples, com informações objetivas e comunicar apenas o essencial é o caminho para que sua mensagem seja assimilada e entendida.

Usar incorretamente o idioma também pode afugentar bons resultados num processo de comunicação. Erros gramaticais muitas vezes são

imperdoáveis, e dominar o idioma, seja ele qual for, é fundamental para gerar credibilidade e confiabilidade. Mas, se por ventura, no seu processo de comunicação, você ficar com dúvida na mensagem que recebeu, não tenha medo de perguntar, afinal perguntar não ofende e gera confiança na tomada de decisão. Peça detalhes da informação, não se intimide em pedir ajuda, isso é essencial no processo comunicativo.

Entoar as palavras com uma dicção adequada, sem comer letras ou sílabas, especificando o que se deseja informar. Outra informação importante para a comunicação clara e objetiva são os substantivos. Eles dão nome às pessoas, objetos, lugares, mas, muitas vezes, quando se fala um desses substantivos nominais, cria-se uma imagem, e essa imagem pode estar apenas na sua cabeça, necessitando de um maior detalhamento.

Por exemplo: suponhamos que você ligue para a sua casa porque esqueceu a chave do seu escritório. Seu filho, que atendeu o telefone, recebe a seguinte informação: “Filho, por favor, pegue a minha chave que está em cima da mesa, estou indo buscá-la”. A informação recebida gerou dúvidas: qual chave? Qual mesa? Está vindo de onde para buscar? Quanto tempo vai demorar para chegar? Dê detalhes que complementem sua comunicação. A tarefa do receptor fica mais fácil.

Na comunicação, o óbvio nem sempre é óbvio. Toda vez que você julga que quem recebeu sua mensagem “obviamente” a entendeu, você o responsabiliza pelo entendimento que você deveria ter facilitado, afinal as mensagens têm o papel de orientar, esclarecer, inspirar, e nem sempre o óbvio é tão óbvio assim. Numa época de pandemia como a que estamos atravessando, por exemplo, é lógico que é fundamental tomar vacina para se imunizar, certo? Bem, se é assim, porque tanta gente ainda se recusa a tomar, apesar da obviedade? O desafio na comunicação é explicar, fundamentar com dados e números, para que se haja o convencimento. E mesmo que seja repetida em profusão, não há certeza da clareza do entendimento porque muitas vezes ela se torna invisível, se torna comum, inaudível e sem eficácia. É por isso que, em algumas oportunidades, as pessoas não fazem as tarefas, se para elas não está clara a mensagem, elas simplesmente não a realizarão.

Um exercício muito simples que podemos fazer é nos colocarmos no lugar do outro, de quem recebeu a mensagem. Será que o receptor entendeu perfeitamente a mensagem enviada, não ficou com dúvidas? De que forma eu posso melhorar o entendimento, afinal a empatia na comunicação tem papel fundamental na recepção das mensagens enviadas? A comunicação não é o que você fala, mas o que o outro "entende" do que você fala. Por isso, a comunicação exige um aprimoramento contínuo de cada um que deseja melhorar a sua forma de se comunicar para não se "trumbicar", buscar novas formas de aprender o que se julga saber, afinal uma coisa é falar, outra é se fazer entender.

Mostrar-se disponível para explicar novamente, tirar dúvidas, variar na forma de enviar a mensagem, ter e dar *feedback* do processo de comunicação que aconteceu ou acontecerá, são algumas dicas para a boa comunicação e dos bons resultados dela.

Comunicar-se de maneira eficaz ao falar em público é também um grande desafio para muitas pessoas, portanto, merece um destaque nesse nosso capítulo. Dois aspectos que diversas vezes podem atrapalhar uma boa comunicação em público são a vergonha, que pode ter sido gerada por algum trauma anterior, e a sensação de estar vulnerável diante de uma plateia desconhecida e imprevisível.

Uma dica muito útil é se conhecer, saber entender e administrar suas emoções, saber o que as motiva e procurar ter controle sobre elas. Autoconhecimento é peça chave nesse ato de falar em público, saber o que me faz sentir a vergonha ou insegurança. Muitas vezes, a pessoa não se acha suficiente, não se acha capaz de expor seus conhecimentos, não se acha bonito, elegante e inteligente o necessário, e, assim, se auto sabota. Nega fazer apresentações, não se expõe nas reuniões, se cala. E, pelo contrário, a pessoa tem muito conhecimento e acha que aquilo não é importante, não merece ser exposto. Na verdade, a tendência é que esse tipo de atitude seja comportamental, uma questão de autovalorização e de caráter emocional. Portanto, não é uma questão técnica, é necessário se autoconhecer, reconhecer e estabelecer seus limites, enfrentar seus medos e se desafiar.

Busque seus aspectos positivos, aqueles que são enaltecidos pelas outras pessoas, se aceite, reforce esses pontos e os valorize. Busque saber se sua limitação não está ligada a alguma situação específica que aconteceu e que alguém supervalorizou, criando em você uma crença de não ser capaz de realizar tal tarefa. Questione seus pensamentos limitadores que te levam a inibir suas ações, leve em conta o tempo que se preparou, o quanto se dedicou e estudou para tal ação e "vire a chave" da limitação.

Realizada essa virada de chave, é fundamental saber que, quando nos expomos, devemos ter consciência da nossa imagem, sabendo e nos permitindo errar, afinal o erro pode acontecer em qualquer situação. Mas o que fazer caso o erro aconteça? Improvise.

Improvisar, muitas vezes, nos permite sair de situações negativas de forma inteligente, bonita, assertiva, superar a situação adversa de maneira positiva, não impactando negativamente nosso receptor, nos permitindo sentir satisfação em relação àquilo que fizemos. Quando nos apresentamos em público, estamos propensos à improvisação e a sair do roteiro pré-determinado.

Seguir um roteiro é sempre mais seguro, mais confortável, mas, às vezes, isso não acontece e a arte da improvisação entra em cena como uma alternativa para situações desconfortáveis. A improvisação nos permite seguir um caminho diferente, estarmos abertos para o novo, e, com isso, estimular nossa inteligência diante de situações inusitadas. Não é necessário ter medo da improvisação, pois todos os dias existem situações em que a improvisação é necessária e constante. No trânsito, por exemplo, lidamos com isso o tempo todo. Ficar preso em busca da perfeição total nos fará perder oportunidades e limitar nossa possibilidade criativa de improvisar.

Porém, o improviso tem suas limitações, já que não é possível fazer isso sempre, principalmente num ambiente onde o improviso pode ser ruim para sua imagem para a imagem da sua empresa. Estou falando do ambiente das mídias sociais, onde a *hiperexposição* improvisada pode ser fatal. Minha presença nas redes sociais está sendo enxergada e compreendida de que maneira pelo meu ouvinte? Qual a mensagem real que está chegando até eles? Será que é aquela que eu quis passar? Vejamos.

A quantidade de informações que são postadas diariamente nas redes sociais nem sempre ou, na maioria das vezes, tem o resultado esperado pelo emissor, isso porque o mais importante na comunicação pelas mídias sociais não é a quantidade de informação, nem a diversificação, mas o relacionamento que elas vão ocasionar, gerando um vínculo emocional com quem você pretende atingir com ela. Verificar o interesse do seu público, de quem receberá sua informação, e não pensar apenas no seu interesse, saiba ouvir mais.

Nas redes sociais, para se comunicar adequadamente, são necessários alguns cuidados elementares, mas nem sempre levados em consideração pelos comunicadores. Entender a particularidade de cada mídia social disponível é básico. Quer mostrar seu cotidiano? Use o Instagram, com fotos ou vídeos curtos, abusando das # associadas ao que você quer comunicar. Fez um vídeo um pouco maior e quer mostrar? Use o YouTube, uma das mídias sociais mais consumidas atualmente. Quer interagir mais com as pessoas? Use o Facebook, mas, se quer agilidade e respostas rápidas, o caminho é o WhatsApp. Deseja criar engajamento e gerar credibilidade, use o Twitter ou o LinkedIn. Mas não se esqueça, os materiais que você produzir deverão seguir todas as regras que vimos até agora, associadas com imagens de excelente qualidade, certo?

Comunicar-se de maneira criativa também é uma alternativa para não se "trumbicar" nessa época de *hiperexposição*. Inovar na maneira de se comunicar requer alguns cuidados, mas, via de regra, funciona muito bem. As ações de comunicação criativas e inovadoras geram engajamento e fidelização, seja do seu ouvinte ou mesmo do seu cliente. E, por falar em ouvinte, uma das regras de ouro da comunicação criativa é ser um bom ouvinte, principalmente nos momentos mais delicados. Saber assimilar uma crítica ou uma sugestão, é uma alternativa para melhorar bastante a sua forma de comunicar-se, que pode não estar sendo assertiva. A impaciência, a arrogância e a ignorância das informações são erros fatais.

Interaja com as pessoas, não as deixe esperando por uma resposta ou um contato. O seu ouvinte espera o mesmo nível de interesse que demonstra por você quando faz um contato. Responda – o, mesmo que, para isso, precise

ser econômico nas palavras, mas não deixe de responder. Lembre-se: empatia é tudo na comunicação e mostra respeito com o seu receptor.

Crie informações e conteúdos criativos, use a imaginação, mas respeite os limites que a sociedade impõe. Procure entender a necessidade do seu ouvinte antes de comunicar sua resposta, seja fisicamente, por telefone ou por qualquer mídia social. Não é necessário ser inovador e criativo a todo instante, mas é preciso sempre ser natural, espontâneo e real.

Sempre que possível, utilize a tecnologia para se comunicar, afinal, ela está presente no nosso dia-a-dia e todos estamos conectados. Seja autêntico na forma de se comunicar, use a formalidade apenas quando ela for necessária, no mais seja espontâneo.

E, por falar em espontaneidade, nada melhor para você se comunicar de forma adequada do que contar histórias, não acha? Todos nós adoramos ouvir histórias, assim, o seu ouvinte também gosta. Uma novidade muito utilizada atualmente, nas mídias sociais ou na comunicação informal é o *storytelling*. Mas, afinal, o que é isso?

Storytelling é basicamente a arte de contar histórias de maneira criativa, através de sons e imagens. Ou seja, é gerar vida a um cenário normalmente frio, criando significados, cativando seu público ouvinte. Quando o *storytelling* é utilizado, sensações como paz, êxtase, tristeza ou alegria ficam mais acentuados e a interação é intensificada.

Na comunicação através das mídias sociais, a utilização dessa ferramenta aumenta o engajamento e, na criação de marketing de conteúdo, é fundamental para criar significado nas publicações. Afinal, as pessoas estão perdendo o hábito de ler as postagens, elas geralmente “passam os olhos” sobre elas e são cativadas por imagens ou sons, e caso sintam atratividade nelas, aprofundam a busca pela informação. Uma história contada de maneira simples, objetiva e que cria interação com o público ouvinte, trará maior engajamento.

Um título bem formatado e construído, é o primeiro passo para atrair a atenção do público ouvinte. Depois, boas fotos e vídeos para ilustrar sua história vão continuar prendendo a atenção. A veracidade dos fatos e como eles ocorreram também é fundamental, caso sua história seja verdadeira, é

claro. Alguns elementos do *storytelling* são a chave para ter sucesso na sua utilização: elementos de persuasão, gatilhos emocionais e momentos da verdade.

Enfim, a boa comunicação não é uma tarefa simples, seja na comunicação pessoal - olho no olho - ou na comunicação digital. Em qualquer uma dessas situações, treino e foco são elementos fundamentais para se ter efetividade no resultado, e, para isso, a prática constante é fundamental também.

Como cada um de nós é único, as formas e maneiras de comunicação também o são. E, mesmo antes de começarmos a comunicação com o outro, ou seja, com um ouvinte, aquele que receberá nossa mensagem, precisamos afinar o nosso diálogo interno, como atribuímos significado às nossas experiências diárias e como funciona minha recepção àquilo que vivencio diariamente.

Se pegarmos ao acaso, duas pessoas que assistiram ao mesmo jogo de futebol, no mesmo estádio, e perguntarmos como foi o jogo, certamente teremos versões distintas do mesmo cenário e atores. E isso acontece pela forma como funciona nosso cérebro diante das situações, cada um à sua maneira.

A cada novo evento que vivenciamos, recorremos à nossa memória para desenvolver o raciocínio e a lógica diante de tal situação, ou seja, minha interpretação estará restrita às minhas experiências, portanto, é natural que cada um de nós tenha uma visão única e exclusiva sobre o mesmo assunto. Assim, quando o comunicarmos, a forma e o conteúdo também o será.

Cada um, na sua individualidade, aprende de maneira diferente. Preparar-se adequadamente para informar ao seu público ouvinte fará com que você fique mais seguro e organize melhor o seu pensamento, a fim de alcançar seu objetivo na comunicação assertiva. Da mesma maneira, a naturalidade e a espontaneidade também o farão não ficar amarrado ao roteiro, como num filme.

Sua linguagem verbal e corporal completará esse cenário, afinal, sabemos que o corpo e as expressões faciais entregam o que está sentindo. Coloque-se no lugar do outro; perceba se ele está entendendo o que você está

transmitindo ou se só você está compreendendo; amplie sua percepção do ambiente de comunicação. Observe as reações, aceite feedbacks, corrija se necessário e continue.

Para não se “trumbicar”, portanto, é preciso ter uma comunicação pessoal efetiva, ou seja, aprender a filtrar as informações que você utilizará para se comunicar e buscar qual o melhor meio de fazê-la. Existem maneiras de desenvolver essa comunicação efetiva. Ser objetivo é uma delas, conforme comentamos acima, falar sem rodeios ou meias palavras, ir direto ao ponto desejado. Sem dúvida, isso é fundamental para uma comunicação mais efetiva e rápida, ajudando as pessoas a entenderem seu recado.

Desenvolva seu poder de persuasão, ou seja, busque influenciar algumas pessoas com as quais deseja se comunicar para que elas ajudem no processo de assimilação das informações aos demais ouvintes, caso existam. Isso o tornará mais confiável.

Pratique o ato de ouvir, de escutar ativamente, afinal, quando ouvimos, conseguimos subsídios e informações fundamentais para continuarmos nos comunicando, criando conexões, estando abertos a novos contatos. Busque ouvir mais do que falar sobre suas experiências, talvez elas não sejam tão importantes quanto imaginamos.

Para uma boa comunicação, é preciso bons argumentos, logo, procure falar sobre o que você sabe, ou busque todas as informações disponíveis antes de iniciar um processo de comunicação. E seja sincero. Caso não tenha conhecimento suficiente sobre determinado assunto, diga que buscará informações e, efetivamente, informe depois. Não deixe seus ouvintes esperando pela informação, assim, você obterá mais confiança do seu público ouvinte.

E tenha empatia. Já falamos sobre isso, mas é necessário retomar essa informação tão essencial no processo de comunicação, pois, nem sempre conseguimos nos colocar no lugar do outro, prática tão importante nos dias atuais. Entender seu ouvinte e buscar compreender seus anseios e expectativas, tornará a comunicação muito mais efetiva, fazendo com que eles entendam sua mensagem mais facilmente. Procurar não debater ou menosprezar os seus ouvintes é fundamental no processo de comunicação.

Mas lembre-se, ser empático não é aceitar tudo o que seu ouvinte lhe diz, mas é se colocar no lugar dele e entender o seu ponto de vista. As pessoas têm histórias diferentes e, portanto, visões diferentes sobre o mesmo assunto. Não abra mão da sua posição, mas respeite a posição do outro.

O segredo da boa comunicação, então, não está nesse ou naquele canal de comunicação, mas na forma e na eficácia em que nos comunicamos, se somos ou não capazes de manter abastecidos com informações relevantes aqueles que sempre, ou quase sempre, estão à disposição para nos ouvir.



Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 23/07/2021.

MMAMARKETING. *Vícios, falhas e ruídos na Comunicação: saiba quais são os mais comuns e como evitá-los*. Rio de Janeiro, 17/11/2016. Disponível em <https://mmamarketing.com.br/vicios-falhas-e-ruidos-na-comunicacao-saiba-quais-sao-os-mais-comuns-e-como-evita-los/>. Acesso em 23/07/2021.

13. DIREITO AO ESPAÇO ARQUITETÔNICO COMO UM ESPAÇO EDUCADOR E ESTIMULADOR DA CRIATIVIDADE NAS ESCOLAS PÚBLICAS DE BAURU/SP

Ludmilla Tidei de Lima
Mestre e doutoranda em História e Fundamentos da Arquitetura e do Urbanismo pela USP
Especialista em Projeto e Pós-Modernidade pela Universidade Estadual de Londrina - UEL
Arquiteta e professora

Giovana Marin Querubim Rodrigues
Especialista em Certificações Ambientais e Perícias em Engenharias pela UNESP
Engenheira civil

Mariana Polidoro da Silva
Graduada em Arquitetura e Urbanismo pela UNISAGRADO
Arquiteta

1 Introdução

O estudo que ora se apresenta, surgiu em decorrência de trabalhos desenvolvidos pelas autoras, como funcionárias da Secretaria Municipal de Educação (SME), de Bauru, SP, e em trabalho de especialização referente à Avaliação Pós-Ocupação, que teve como objeto de estudo uma unidade escolar do município. O presente artigo tem como objetivo apresentar conclusões parciais relacionadas à criação de um novo modelo de escolas, visando a qualidade dos espaços escolares e consequentemente, uma maior interação entre pedagogia e arquitetura.

A metodologia utilizada seguiu, primeiramente, a busca por um conhecimento referente às pedagogias empregadas nas escolas municipais de educação infantil e a relação de sua aplicação no ambiente escolar. Outro fator que orientou os trabalhos, foi a compreensão das experiências vivenciadas pelas diretoras das escolas, funcionários e usuários das unidades escolares. Em um segundo momento, buscou-se um entendimento das referências bibliográficas que tratam de arquitetura escolar, como o livro *Arquitetura Escolar: o projeto do ambiente de ensino*, de Doris Kowaltoviski, que aponta

para a relação fundamental entre arquitetura e educação e o livro *Crianças, Espaços, Relações*, de Giulio Ceppi, que discorre sobre a experiência realizada nas escolas do município de Reggio Emília, na Itália, cuja pedagogia considera o espaço como um "terceiro professor", assim como outros trabalhos que abordam o assunto. Também foi embasado em textos que abordam a percepção do ciclo do projeto através da avaliação pós-ocupação, tal como o livro *Avaliação pós-ocupação: na arquitetura*, *no urbanismo e no design: da teoria à prática*, de Rosaria Ono, Sheila Walbe Ornstein, Simone Barbosa Villa, Ana Judite Galbiatti Limongi França, e o livro *Observando a Qualidade do Lugar: procedimentos para a avaliação pós-ocupação*, de Paulo Rheingantz, Giselle Azevedo, Alice Brasileiro, Denise de Alcantara e Mônica Queiroz.

No âmbito da pesquisa de campo, foram desenvolvidos levantamentos de escolas municipais, na cidade de Bauru, SP, a fim de analisar a qualidade do projeto arquitetônico pensado para cada uma, a qualidade da construção executada no contexto da engenharia e da arquitetura e os problemas encontrados em cada uma delas, buscando sempre estabelecer uma relação de causa e efeito. Por fim, consolidada a pesquisa bibliográfica e de campo, concluiu-se quais eram os principais problemas que afetavam as unidades escolares municipais, sua origem e, em consequência, desenvolveu-se um novo modelo de arquitetura escolar a ser implantado no município de Bauru, com vistas para a qualidade dos espaços escolares, a melhoria do processo de execução de obras e uma proposta de utilização por parte do usuário.

O título proposto para esse artigo, *Direito ao Espaço Arquitetônico como um Espaço Educador e Estimulador da Criatividade nas Escolas Públicas de Bauru, SP,* resume o que se propõe neste estudo, já que entende-se por espaço educador e estimulador da criatividade, um espaço criado a partir de um projeto de arquitetura condizente com a pedagogia a ser aplicada, construído com qualidade técnica, através de um processo de execução que respeite as normas e as boas práticas de obras e utilize materiais de qualidade reconhecida. Além disso, o fator da utilização dos espaços é um dos fatores primordiais para a manutenção do bom desempenho deste tipo de construção.

2 As escolas municipais hoje: realidade

Devido ao atual sistema, seja social, econômico ou cultural, impõe-se a necessidade de inserção das crianças cada vez mais jovens na rede educacional, as quais ficam até 8 horas por dia no ambiente escolar. Grande parte da personalidade e da aprendizagem de uma criança, são moldados nos primeiros sete anos de sua vida, tendo o intenso desenvolvimento físico, afetivo, cognitivo e social. Partindo desse raciocínio, esta é a fase em que, a qualidade do ambiente, impacta diretamente na formação da criança (ELALI, 2002).

> Dentre os fatores que contribuíram para o aumento da demanda do atendimento da educação infantil no país, podem-se citar o avanço científico sobre o desenvolvimento infantil, a crescente inserção da mulher no mercado de trabalho e o reconhecimento da criança como sujeito de direitos, especialmente em seus primeiros anos de vida. (ANDRADE, 2010)

É preciso destacar, que até a Primeira República, espaços especificamente planejados para a aprendizagem não eram considerados necessários no Brasil, foi apenas, então, que os prédios escolares começaram a ser projetados com o objetivo de enaltecer a alfabetização e a democratização da educação brasileira (DICK, 2006). Os padrões da época, se apropriaram das tipologias arquitetônicas e construtivas em vigor, para desenvolver grandes edifícios com a tipologia de porão alto, escadarias na fachada frontal, arquitetura com traços do ecletismo, pés-direitos altíssimos, longos corredores, espaços com pisos de assoalho e forros de madeira, que se impunham diante das crianças sem a menor relação com o mundo infantil.

> Em cada fase da luta pela educação nacional, constroem-se escolas cuja arquitetura reflete, talvez melhor do que qualquer outra categoria de edifícios, as passagens mais empolgantes da nossa cultura artística; os recursos técnicos que tivemos à disposição; as ideias culturais e estéticas dominantes. (ARTIGAS, 1986; Apud. ELALI 2002, p.117)

Aproximando da realidade do município de Bauru - SP, existem 66 escolas de educação infantil e 16 escolas de ensino fundamental, municipais, tais unidades estão distribuídas em prédios com características arquitetônicas distintas, desde prédios com mais de 70 anos, casas adaptadas a escolas, até padrões nacionalmente implantados como os do FNDE (Fundo Nacional de

Desenvolvimento da Educação). Escolas que demandam adaptações, ampliações e até mesmo reconstruções, são uma realidade enfrentada todos os dias, no âmbito municipal, e a diversidade de tipologias construtivas e arquitetônicas é entendida como um empecilho ou uma dificuldade para a implantação do novo padrão a ser adotado. Ademais, as questões relacionadas ao processo de desenvolvimento de projeto e, posteriormente, de execução, do mesmo modo, criam dificuldade para que as melhorias ocorram com maior rapidez. Os trabalhos ligados á arquitetura e à engenharia, no âmbito da administração pública, requerem processos licitatórios que, quando ocorrem sem intercorrências, precisam de no mínimo 6 meses para produzirem resultados. Portanto, a evolução das melhorias nas unidades escolares é processo lento, demorado e necessita de um planejamento rigoroso a médio e longo prazo, de modo a garantir que as adaptações, ampliações e ou reconstrução efetivamente aconteçam.

3 Análises de avaliação pós-ocupação

A avaliação pós-ocupação (APO) é um mecanismo de controle de qualidade e desempenho, que utiliza ferramentas e metodologias para estudar o ambiente construído. Através da soma de diferentes perspectivas, em especial do usuário, esse processo deve gerar dados de referência para o aperfeiçoamento de espaços, através de futuros projetos e do desenvolvimento de planos de manutenção (ELALI, 2010; ONO, 2018).

Sob a perspectiva dos estudos de APO, foi realizada a aplicação de uma avaliação em Escola Municipal de Educação Infantil Integral (EMEIl), localizada no município de Bauru - SP, que apresenta o padrão pro-infância - Tipo B, praticado pelo FNDE. Tal unidade foi escolhida, justamente, devido ao seu padrão arquitetônico ser aplicado em escala nacional, sendo a análise realizada a partir da perspectiva do usuário. Para que houvesse a inserção na realidade da cidade, o recorte definido para a pesquisa em questão, considerou o padrão FNDE implantado em Bauru e na periferia do núcleo urbano. As características carentes dessas comunidades, normalmente localizadas “a margem” da urbanização, demandam uma atenção maior por produzirem efeitos, em grande maioria, maléficos tanto para os usuários, quanto para a

conservação das unidades escolares. A intenção é que tal pesquisa produza impactos na melhoria de futuras implantações de projetos e na elaboração de métodos de manutenção.

Com base na metodologia da APO, as ferramentas adotadas foram fundamentadas nos trabalhos do autor Rheingantz *et al*. (2009), utilizando as técnicas adaptadas à realidade da pesquisa. O distanciamento e as restrições na participação de usuários, impostas pela pandemia de SARS-COV-2, fizeram com que participassem do trabalho somente os servidores da unidade escolar, objeto de estudo em questão, seguindo todas as recomendações de biossegurança. Para tanto, foram adotadas três ferramentas para a aplicação do estudo:

Walkthrough: técnica baseada na soma de elementos, em visita guiada por usuários do ambiente, enquanto são somados fatores como fotos, diálogos, entrevistas, gravações de vídeo, áudio, elaboração de croquis, ou seja, a utilização de diversas ferramentas que permitam captar com maior riqueza de detalhes todas as perspectivas do espaço, de acordo com o usuário (BAPTISTA, 2009).

Questionário: instrumento que permite identificar padrões e perfis, através da comparação de respostas, podendo compreender a interação entre o ambiente e o usuário, interpretando a identidade e o significado do espaço. Uma vez ciente dos efeitos que o espaço traz ao psicológico dos usuários, entender que problemas se tornaram invisíveis por serem rotineiros, é o primeiro passo para a melhoria da qualidade dos ambientes (SANOFF, 2001).

Entrevista: ferramenta com perguntas estruturadas, ou não, baseada em um diálogo, que visa obter a opinião do entrevistado em relação ao ambiente em pesquisa.

Com os resultados analisados, a partir, da aplicação destas três ferramentas, foi possível elaborar uma “matriz de descobertas”, somada à um quadro de recomendações. Ambos são ferramentas que visam sintetizar informações, de forma simples e dinâmica, criando um “banco de dados”, que permite verificar as principais etapas do ciclo da construção e de uso que precisam ser melhorados.

No âmbito da arquitetura, após o levantamento destas informações, foram verificadas necessidades como: adaptações das construções ao clima da cidade, com projetos que considerem o conforto ambiental dos espaços, replanejamento das estruturas de lazer destinadas ao uso das crianças, visando sempre a diversidade de experiências, planejamento de ambientes destinados aos servidores, que atendam às necessidades do dia a dia de trabalho e aperfeiçoamento nas medidas de segurança, visando maior proteção de usuários e patrimônio edificado. Tais dados permitem o planejamento de melhorias na implantação dos próximos projetos de unidades escolares no município.

Na perspectiva da manutenção e uso, a necessidade de atividades periódicas que visem a melhor conservação de estruturas e materiais, ficou evidente, tais como a revisão de coberturas e seus elementos de composição, a repintura geral das edificações, tratamento e polimento de pisos, reposição de telas, e outras atividades, que ainda que produzam pequeno impacto, são vitais para a conservação da unidade.

4 O novo modelo de escola municipal

A criação de uma equipe técnica para a SME, a partir da contratação de um engenheiro e posteriormente de uma arquiteta, possibilitou, no âmbito da administração pública, o desenvolvimento de estudos para aprimorar os projetos das escolas municipais, a fim de estabelecer um diálogo mais efetivo entre PEDAGOGIA e ARQUITETURA. Essa especialização somente foi possível, uma vez que a equipe técnica esteve voltada, exclusivamente, para o estudo da arquitetura escolar e sua concretização.

Em sua tese de doutorado, ALVARES (2016) destaca a necessidade de se repensar a arquitetura escolar de acordo com as novas relações que vão se estabelecendo. A autora menciona o ensino interacionista, dentro do qual se enquadram as pedagogias de Montessori, Waldorf e Reggio Emília e, embora este trabalho tenha se debruçado mais nesta última, algumas das soluções apresentadas podem ser aplicadas às demais.

> Com a criação de novos métodos de ensino e aprendizagem, as relações entre professor e aluno, aluno e aluno, escola e

> comunidade se alteraram, nascendo a necessidade de se repensar o espaço físico escolar para se adaptar as novas relações que se estabeleceram. O ensino interacionista que privilegia a interação do aluno com o meio que o envolve, passa a dar prioridade às atividades de interação do aluno com o mundo. Esse fato proporciona ao ambiente de aprendizagem uma nova função, a de contribuir positivamente para o aprendizado de crianças e jovens. (ALVARES, 2016, p. 171)

Desta maneira, a partir do entendimento das necessidades da pedagogia já adotada na Secretaria Municipal da Educação e em constante aperfeiçoamento, aliada ao aprofundamento dos profissionais sobre a temática da arquitetura escolar, foi desenvolvido um novo "modelo" para os espaços escolares municipais. Os conceitos que nortearam esse novo modelo de edificação estão embasados no entendimento das demandas pedagógicas no contexto municipal, conforme já mencionado, na experiência prática da equipe de manutenção, ao longo dos últimos 3 anos, que atua atendendo as escolas mais diretamente, assim como nas dificuldades apresentadas pelos fiscais de obras, da Secretaria de Obras, durante o processo de execução das edificações.

Os conceitos norteadores do novo modelo de arquitetura escolar incluem pensar o espaço, a partir do projeto de arquitetura, como um elemento que vai educar e estimular a criatividade das crianças. As ideias desenvolvidas visam uma maior interação entre a filosofia pedagógica e a arquitetura e englobam:

1. A busca por **espaços mais agradáveis e flexíveis,** que possibilitem a aplicação da pedagogia de maneiras diferentes;
2. A busca por **ambientes de empatia** para ouvir as crianças e suas linguagens;
3. A busca por espaços com **mais forma e identidade**.

O ambiente escolar deve ser um local *"caracterizado pelas relações que consegue estimular ou possibilitar: um espaço relacional"* (CEPPI, 2013, p. 21). O que se entende por espaço relacional é o proposto por Ceppi (2013):

> No espaço relacional, o aspecto predominante é a **relação que ele possibilita**, as **várias atividades** que podem ser conduzidas nele e os **filtros de informação e cultura** que podem ser ativados neste espaço. (CEPPI, 2013, p. 20, *grifo nosso*)

O “espaço relacional” deve possibilitar ao usuário, no caso as crianças, experiências diversas inseridas na realidade do mundo e filtradas por um projeto que vise a formação completa do usuário, intelectual, sensorial e física. “*Uma escola não deve ser uma espécie de contramundo, mas a essência da realidade. A realidade atual pode, e deve, estar presente na escola, filtrada no projeto cultural de interpretação que serve como membrana e interface”* (CEPPI, 2013, p. 23).

A busca pela qualidade do ambiente escolar engloba não somente as questões técnicas relacionadas aos projetos de arquitetura, que precisam considerar ambientes acessíveis a todos, com conforto ambiental, com o uso de materiais duráveis e que atendam aos requisitos para a boa construção.

> A qualidade de um ambiente é resultado de muitos fatores. Ela é influenciada pelas formas dos espaços, por sua organização funcional, e pelo completo conjunto de percepções sensoriais (iluminação, cor, condições acústicas e microclimáticas, efeitos táteis). (CEPPI, 2013, p. 25)

Portanto, no contexto das escolas municipais de educação infantil, parcial e integral, foram definidos os seguintes pontos a serem considerados no momento do desenvolvimento do projeto de arquitetura:

Identificabilidade: Visa a criação de uma identidade para cada escola relacionada diretamente com seus usuários e com a comunidade onde está inserida.

A noção de identidade pode ser aplicada tanto à esfera macro (comunidade), através da inserção de elementos que remetam à história, memória e cultura de cada lugar, quanto à esfera micro (alunos e funcionários), identificando os ambientes através do uso de cores e formas diferenciadas, prevendo espaços para exposições e apresentações. Essa noção pode vir também através do incentivo a uma participação mais efetiva da comunidade escolar, assim podem ser previstos espaços que eventualmente se abram a ela, como os voltados à realização de eventos.

Para ALVARES (2016), muitas das soluções projetuais amplamente adotadas no Brasil, não consideram questões relacionadas ao contexto físico-ambiental e sociocultural, tal como os anseios da comunidade escolar:

> As soluções projetuais para os edifícios escolares brasileiros continuam muito vinculadas à padronização, colocando de lado questões relacionadas ao contexto físico-ambiental e sociocultural, bem como os desejos e os sonhos da comunidade escolar. Consequentemente, o espaço da escola acaba ficando desconectado tanto das questões pedagógicas como das relações entre pessoa e ambiente. (ALVARES, 2016, p. 62)

Por fim, a criação de espaços acessíveis e inclusivos, ambientes que proporcionem conforto enquanto local de trabalho, cuidado e de aprendizado e uma escola que contemple a multiplicidade dos indivíduos, proporcionando uma vivência positiva, também, pode fazer com que a comunidade escolar crie uma relação mais afetiva e de cuidado com cada unidade. A escola infantil deve dialogar com seu tempo, com a sociedade e com a atuação da criança na comunidade, paralela ao desenvolvimento de sua autonomia, identidade, competência, responsabilidade e aprendizagem (MACHADO, 2008, p. 19).

> Deve construir formas de integração a partir da pluralidade destes conhecimentos e experiências e, assim, estar em permanente transformação. E deve, ainda, integrar-se à comunidade e à cidade, buscando construir o que hoje se coloca como a “cidade educadora”. (MACHADO, 2018, p. 19)

Horizontalidade: Os ambientes educativos no âmbito da educação infantil são espaços onde as crianças criam *“redes de socialização e interagem com seus pares e com os adultos”*, configurando-se como *“cenários para a produção e reprodução de culturas infantis”* (ANDRADE, 2010, p. 154).

De acordo com MACHADO (2008) sobre a experiência das escolas municipais de Reggio Emilia, uma organização nuclear do espaço, evitando corredores, torna-o mais fluído e integrado, estimulando um ambiente relacional, livre de hierarquias e com mais liberdade. Assim a horizontalidade espacial é entendida como a manifestação física da democracia de funções, dignidade e sociabilidade. A organização de forma horizontal busca ainda reconhecer cada indivíduo como uma parte importante da estrutura que integra a escola, embutindo valores como respeito e colaboração e contribuindo para uma melhor autoestima dos usuários.

A praça central: Na maioria das escolas reggianas as salas de aula se organizam em torno de uma praça central, cada sala possui materiais, equipamentos e brinquedos próprios e no geral constituem um ponto de

referência para cada turma. Todas elas utilizam os espaços comuns da escola, *"estabelecem intercâmbios entre si"* e *"as atividades de cada turma também são desenvolvidas em diferentes ambientes, não se restringindo ao uso das salas de aula"* (MACHADO, 2008, p. 66).

Neste sentido, a ideia de um pátio coberto como uma "praça central" funciona como um local de encontro, espaço coletivo, lugar para início da aquisição de uma identidade pública, do senso de coletividade e da vida em sociedade pelas crianças. Ele atua ainda como um elemento de integração entre os diversos ambientes do espaço escolar, canalizando as várias atividades desenvolvidas na escola, tanto do ponto de vista educativo, quanto do laboral, contribuindo ainda com o conceito de horizontalidade enquanto organização espacial.

O pátio coberto funciona, também, como um local alternativo para a realização de atividades externas às salas de aula, de celebrações e eventos coletivos, de circulação e de transição entre interior e exterior da unidade escolar, exercendo múltiplas funções, como a de integração e recreação.

Transformabilidade e flexibilidade: o ambiente escolar deve ser passível de receber manipulações e transformações de adultos e crianças, tornando-o mais versátil e diversificando seu uso.

De acordo com NASCIMENTO (2012) os projetos arquitetônicos, além de atender às demandas atuais, devem prever espaços que se adequem às inovações pedagógicas e das ferramentas de ensino.

> Os espaços devem permitir o controle de suas propriedades físicas (acústica, iluminação natural e artificial etc.) e a reorganização de seu layout de modo a poder abrigar novas atividades. Suas instalações também devem estar preparadas para o avanço tecnológico. (NASCIMENTO, 2012, p. 114)

Para NASCIMENTO (2012), em se tratando de incremento da vida útil do edifício e atendimento satisfatório a que este se propõe, a flexibilidade dos espaços é um ponto que deve ser considerado. É *"importante que seus ambientes possam ser utilizados de maneiras diversas, e que os educadores não fiquem presos aos "rótulos" que os espaços recebem"* (NASCIMENTO, 2012, p. 36). Assim, uma edificação escolar com menor rigidez em sua forma e que possibilite uma maior adaptabilidade nos aspectos físicos e funcionais,

além de diversificar e otimizar o uso do espaço, pode ter seu ciclo de vida prolongado em função de uma maior capacidade de se adaptar a diferentes demandas e "evoluções" culturais.

Ateliê: são espaços que devem ser usados para pesquisa e experimentação, visando apresentar possibilidades aos alunos, explorar suas potencialidades e identificar áreas de interesse.

De acordo com MACHADO (2008), nas escolas municipais de Reggio Emilia, o ateliê, diferente de como é comumente identificado no Brasil, não se trata de uma sala de artes apenas, mas também um espaço onde são exploradas inúmeras linguagens e realizados diversos experimentos atrelados à projetos maiores, desenvolvidos de forma conjunta entre crianças e professores.

O conceito de ateliê pode ser embutido em outros ambientes da escola, como salas de artes, de leitura, de informática e multiusos, estimulando assim, o caráter experimental e exploratório nos alunos. Pode ser estendido no uso de outros ambientes da escola, conforme descrito abaixo no tópico *"escola como um laboratório"*, que trata de um uso mais ativo dos ambientes escolares pelas crianças. Para MACHADO *"mais do que um espaço de experimentação, representa um espaço de coletividade e troca, por onde as crianças de todas as idades circulam e têm contato com projetos e propostas de trabalhos de naturezas e níveis diferentes"* (MACHADO, 2008, p. 78).

Escola como um laboratório: cada espaço da escola deve ser equipado e composto por materiais que promovam a experimentação, agucem a curiosidade, a criatividade e criem ambientes oportunos às brincadeiras das crianças. Para Andrade (2010) a discussão sobre o tempo e o espaço para brincar é fundamental nas instituições de educação infantil.

> Os jogos e as brincadeiras devem ser introduzidas na rotina institucional como estratégias fundamentais no processo de aprendizagem das crianças pequenas e não meramente como atividades para "ocupar" um determinado espaço de suas rotinas. (ANDRADE, 2010, p. 125)

Na experiência das escolas municipais reggianas, estão estabelecidos os conceitos de *"escola como laboratório"* e *"oficina de saber e conhecimento"*, onde a criança é vista como construtora do conhecimento, vivenciando

processos cognitivos e o conhecimento enquanto prática (MACHADO, 2008, p. 60).

> Acredita-se que as crianças têm uma força inata que as impulsiona, mas que esta força se multiplica ainda mais quando se dão conta que ação e ideias são um recurso importante. Por isso, a presença das outras crianças e dos professores, em um trabalho conjunto de elucubração, imaginação, experimentação e descoberta, é também considerado essencial para o processo de aprendizagem. (MACHADO, 2008, p. 60)

Visando desenvolver um caráter exploratório e estimular a experimentação enquanto ocupação do espaço, o novo padrão de escolas, pensado para Bauru, propõe ambientes como jardins sensoriais, parquinhos, hortas e pomares, além de inserir elementos lúdicos em diversos ambientes do espaço escolar. Estes, não necessariamente, apresentam estruturas complexas podendo se configurar em pinturas nos pisos e paredes, mini casas ou casas nas árvores, de acordo com a realidade de cada instituição, apresentando, portanto, fácil aplicabilidade a variados contextos. As "condicionantes" do lugar, podem e devem criar espaços lúdicos que aproveitem elementos como taludes, grandes árvores, paredes, corredores, entre outros.

Relação interior – exterior: a escola deve ser lugar que "sente" o que está acontecendo do lado de fora, refletindo o contexto urbano. Essa ponte entre interior e exterior da unidade escolar pode ocorrer através de espaços que atuam como "filtros" e do uso intenso dos ambientes externos.

Para NASCIMENTO (2012) assim como a edificação enquanto ambiente escolar adquire funções pedagógicas, sua localização e inserção no contexto urbano também possuem estas configurações. *"Ou seja, a localização da instituição possuiria a mesma importância pedagógica e o mesmo potencial educativo que o traçado arquitetônico, seus elementos simbólicos e outras características do projeto"* (NASCIMENTO, 2012, p. 35). Em sua dissertação de mestrado, o autor ainda destaca que *"estudos apontam para a necessidade do envolvimento do entorno no processo educativo"* (NASCIMENTO, 2012, p. 35). Assim, a escola configura-se também como um reflexo de seu tempo e do meio em que está inserida e neste ponto é possível resgatar parte do foi

fundamentado acima no tópico “identificabilidade”. A escola é parte de um todo, um organismo pertencente a determinado contexto e por isso deve estar integrada à esfera urbana e às dinâmicas da sociedade.

NASCIMENTO (2012) versa que o modo com que a escola se relaciona com seu entorno pode ser de “continuidade” ou de “ruptura” e exemplifica ambas situações. *“Nas escolas implantadas em regiões consolidadas da cidade, uma relação de continuidade pode significar a ausência de intenção de que a implantação do edifício dê início a um processo de renovação urbana do entorno”* (NASCIMENTO, 2012, p. 74). Já em se tratando de uma relação de “ruptura” entre a escola e seu entorno, o edifício pode representar o rompimento com uma certa precariedade existente e uma intenção de melhorias no local. *“Certos casos em que a relação entre a escola e o entorno é de ruptura, no entanto, sinalizam a intenção de melhoria de uma condição preexistente”* (NASCIMENTO, 2012, p. 74). Sob a ideia de “continuidade” ou “ruptura”, o edifício escolar adquire características de manutenção ou transformação de determinadas estruturas, tanto pelo uso e função do espaço em si quanto pelo valor simbólico que ele pode representar no contexto espacial.

Transparência: a transparência visa a sucessão de espaços visíveis, a visualização de um através de outro, além de uma maior conexão entre as dimensões micro e macro, interior e exterior, escola e cidade.

Nas escolas reggianas a transparência é bastante explorada e em sua dissertação de mestrado MACHADO (2008) diz que isso se dá pela tomada dos eventos cotidianos como objeto de pesquisa e base para o que é desenvolvido com as crianças nas escolas. *“A própria arquitetura denuncia essa postura, tendo a maior parte de seus fechamentos em vidro, permitindo, assim, a interação constante com a natureza e seu tempo, seus ritmos e suas variações”* (MACHADO, 2008, p. 69). O uso de transparência possibilita também que se projete pensando nos aspectos lúdicos, lançando mão de cores e formas geométricas, que podem se projetar de acordo com a incidência solar, e de conforto ambiental, projetando aberturas e transparências em busca de ambientes mais confortáveis principalmente nos aspectos térmico e visual.

Embora seja mencionado o uso do vidro, outros materiais podem ser inseridos ao projeto com esta mesma propriedade de interação entre interior e exterior, como os cobogós, que além de introduzirem a ideia de sucessão de espaços, caracterizam-se como um elemento regional, reforçando a ideia de pertencimento.

Comunicação: ela deve ocorrer dentro e fora da escola, através de espaços nas paredes, nas áreas de circulação, nas salas de aula, nas portas, etc. A comunicação busca valorizar o que é realizado e desenvolvido na escola, assim como apresentar a quem não está diretamente inserido nela.

Para MACHADO (2008), a arquitetura constitui uma primeira camada, e a segunda é formada pelos trabalhos que são desenvolvidos pelas crianças e ali expostos. Essa segunda camada, onde a interferência das crianças não acontece de forma definitiva em nenhum elemento arquitetônico, se sobrepõe à elementos fixos ou modifica apenas os semifixos e móveis.

> Desenhos, fotos, trabalhos em argila, pinturas, móbiles, painéis de papel, tecido, plástico, etc. são alguns dos elementos que recobrem a arquitetura do edifício, estabelecendo um diálogo com esta, às vezes direto e pontual, às vezes indireto ou apenas estrutural. (MACHADO, 2008, p. 72)

A apropriação da escola pelos alunos enquanto forma de comunicação, confere ainda mais uma camada à “transformabilidade” aos edifícios escolares, aferindo-lhes caráter mutável e de certa forma, acompanhando as mudanças que ocorrem nas manifestações dos alunos.

Cores: na experiência reggiana, são aplicadas cores mais delicadas e discretas nos espaços, enquanto os objetos podem ser mais coloridos. Já as cores do teto devem ter o objetivo de controlar a luz. Esta opção se dá por conta da utilização dos trabalhos dos alunos como uma segunda camada, conforme descrito acima, tratando sobre “comunicação”.

> Por isso, mais uma vez, a arquitetura é projetada de forma neutra (“intencionalmente neutra”, por isso não indiferente ou sem identidade), permitindo que os ambientes sejam modificados frequentemente, de acordo com seus usuários. Parede claras (nem sempre brancas, porém), janelas e portas de vidro, esquadrias, batentes testeiras e elementos estruturais aparentes e neutros, com superfícies lisas, tudo isso serve como suporte para intervenções diretas das crianças e dos professores, ou é ainda complementado por painéis semi-fixos,

> ganchos e outros elementos que são utilizados para intervenções indiretas. (MACHADO, 2008, p. 72)

Desta forma, as cores mais intensas dos ambientes acabam sendo conferidas pelos materiais utilizados pelas crianças na realização das atividades, ganhando maior destaque.

Microclima: é obtido através do uso de sistemas de ventilação, possibilitando o controle de entrada e saída de ar e da criação zonas intermediárias, criando ambientes mediadores entre as áreas interna e externa como jardins de inverno, varandas e pátios abertos.

Em sua análise das escolas do município de Reggio Emilia, MACHADO (2008) diz que a escola *"não se esgota em um único olhar"*, seus espaços são desvendados aos poucos. Em especial para as crianças, "a *escola é feita de inúmeros cantos e esconderijos, que proporcionam experiências e sensações diversas"* (MACHADO, 2008, p. 68).

Iluminação: tal como a escolha de cores, a iluminação tem a capacidade de estimular e desestimular determinadas sensações. Para MACHADO, a respeito das escolas municipais de Reggio Emília, *"as sensações de conforto, intimidade e estimulo à imaginação não se dão de forma figurativa, mas sim por meio do trabalho, de cores, luzes, formas, etc."* (MACHADO, 2008, p 81).

Assim, a iluminação deve ser diferenciada, variada e complexa, alternando luzes quentes e frias, criando um ar dinâmico, que permita a manipulação por crianças e adultos e proporcione espaços ricos em meia-luz e luz texturizada, o que pode ser obtido através de elementos de arquitetura que filtrem e criem desenhos com a luz natural e artificial e do uso de materiais que modifiquem sua cor.

Experiências sensoriais: durante o período que compreende entre os 2-3 e 7 anos da criança, coincidindo com a fase em que usualmente as crianças frequentam as escolas de educação infantil, ocorre o estágio de desenvolvimento infantil chamado de "intuitivo", cuja exploração sensório-motora é intensificada (MACHADO, 2008). De acordo com a autora:

> ao pensar em projetos de qualquer natureza para a infância, deve-se ter em mente a relevância da contínua experimentação sensorial como mecanismo de descoberta do mundo, e a

> intrínseca relação desta com o processo de compreensão e reflexão sobre o mesmo. (MACHADO, 2008, p. 23)

A exploração do espaço no projeto arquitetônico, enquanto objeto de experimentação e estimulo sensoriais, tende a enriquecer a proposta no que tange sua função educativa. *"Todos os sentidos, portanto, contribuem para uma maior riqueza da experiência perceptiva, e daí novamente a necessidade de se trabalhar os ambientes de forma polissensorial"* (MACHADO, 2008, p. 27). Desta forma, busca-se um projeto que visa promover estímulos sensoriais diversos, proporcionando aos alunos experiências múltiplas. Para isso, deve-se fazer uso de elementos como jardins sensoriais, tal como explorar o uso de materiais e vegetações diversas. Assim, além da visão, os demais sentidos devem ser estimulados:

- **Tato:** pode ser estimulado através da inserção da ideia de multiplicidade tátil, propiciando experiências sensoriais complexas através do uso de diversos materiais, nos pisos e revestimentos, por exemplo;
- **Olfato:** o projeto deve levar em consideração as experiências olfativas, isso pode acontecer por intermédio do uso de plantas e materiais caracterizadores de odor;
- **Audição:** deve-se considerar sons e os cenários acústicos como parte integral do cenário visual, através dos materiais e formas.

5 Conclusão

Considerando a complexidade dos espaços escolares, o projeto deve contemplar diversos aspectos e agentes, visando uma edificação com desempenho mais satisfatório, não só no que tange sua estrutura física, como também no que se almeja enquanto uso e função do ambiente. Sob essa ótica, além de ouvir diversos agentes envolvidos nos processos educativos, os profissionais de projeto devem aprofundar seus conhecimentos em outras áreas, conforme versa Alvares:

> O arquiteto, por sua vez, precisaria conhecer e aprofundar seus estudos em outras áreas do conhecimento para projetar espaços de aprendizagem que deem suporte ao processo de ensino e aprendizagem, trabalhando, assim, como o "Terceiro

> Professor". Isso porque ter acesso às informações que relacionam Pedagogia, Arquitetura e Psicologia Ambiental ajudaria nas tomadas de decisões durante o desenvolvimento do projeto, minimizando erros projetuais e, consequentemente, proporcionando mais qualidade aos espaços de aprendizagem projetados. No entanto, para ter acesso a tais informações, o projetista precisaria realizar extensas pesquisas bibliográficas. (ALVARES, 2016, p. 18)

Ao mesmo tempo em que a integração entre os diversos agentes enriquece o processo de projeto, torna a tarefa de levantar necessidades arquitetônicas ainda mais complexa e desafiadora (DELIBERADOR; KOWALTOWSKI, 2018, p. 274). Neste sentido as avaliações pós-ocupacionais fornecem dados que possibilitam o entendimento do uso do espaço, assim como, das necessidades de melhoria no projeto, sob a perspectiva de diversos profissionais que vivenciam o cotidiano escolar. Ou seja, somada a visão de usuários diretos, como as crianças e funcionários das unidades, ou indiretos, como os pais, supervisores de ensino, arquitetos e engenheiros, o processo de projeto pode se apropriar das análises e resultados da APO, para tornar a tarefa de projetar mais clara e objetiva.

Uma vez que o ambiente físico escolar é considerado o segundo professor, e está diretamente ligado ao desenvolvimento do aluno, a sua saúde, seus momentos de lazer ou sua consciência de pertencimento, é de suma importância a aplicação do APO, que permite compreender o nível de desempenho atual de um local, e detectar quais são as necessidades para fornecer um ambiente satisfatório às pessoas que ocupam (SANOFF, 2001). Embora na experiência mencionada não tenha sido possível concretizar esta avaliação com a comunidade e com os alunos, os profissionais envolvidos no processo de projeto entendem esta como uma importante ferramenta no aprimoramento dos projetos educacionais, visto que estes exercem grande impacto no usuário e na comunidade em que se insere.

A inclusão da comunidade escolar ao processo de projeto traz uma perspectiva de quem usufruirá do edifício mais ativamente, possibilitando uma melhor compreensão sobre as dinâmicas que ali acontecem, além de considerar suas necessidades e desejos (DELIBERADOR; KOWALTOWSKI, 2018, p. 278). Ainda que, as expectativas destes nem sempre possam ser

atendidas de forma integral, é possível que haja uma mediação entre elas e as possibilidades projetuais:

> A inclusão desses agentes traz dificuldades relacionadas com as expectativas criadas, que nem sempre podem ser atendidas em sua totalidade. Assim, ferramentas de apoio à participação podem colaborar para direcionar as discussões e organizar as informações obtidas de modo a estarem sustentadas na realidade possível de ser obtida pelo projeto final. (DELIBERADOR; KOWALTOWSKI, 2018, p. 278)

As avaliações pós-ocupacionais configuram-se em mecanismos que visam melhorias na satisfação dos usuários e no desempenho do edifício, tal como projetos que contemplem mais amplamente as necessidades de utilização do espaço enquanto elemento educativo. Desta forma, em momento oportuno, pretende-se valer das APO's sob um recorte mais amplo, que inclua também alunos e comunidade, como maneira de enriquecer os processos de projeto e aprimorar a qualidade dos ambientes construídos.

Encarar o processo de projeto dos espaços escolares como uma tarefa multidisciplinar pode comprometer a celeridade do processo, no entanto visa pode atingir um resultado mais satisfatório e em maior consonância com as expectativas das diversas partes envolvidas.

Em se tratando de projeto público, vale mencionar também os processos licitatórios que, embora visem uma maior transparência na execução de obras de engenharia e arquitetura, muitas vezes acabam fazendo com que os processos de desenvolvimento de projetos complementares ao arquitetônico e a execução das obras aconteçam com menor agilidade. As decisões e especificações de projeto são entendidas no contexto deste estudo como de crucial importância para o bom andamento dos trabalhos, desde a licitação da obra até finalização da construção. Quando os projetos não contemplam, adequadamente, as condicionantes do lugar, as informações técnicas relativas à materiais e procedimentos construtivos, criam-se obstáculos para uma execução de qualidade e, consequentemente, uma edificação com o desempenho esperado.

Como ainda nenhum modelo foi implantado, esta é uma conclusão parcial. No entanto, as diretrizes definidas pelos profissionais envolvidos no processo de criação de um novo padrão para as escolas municipais de Bauru,

não visam enrijecer os processos de projeto, encarando-os como passíveis de alterações e adaptações, com a finalidade principal de definir diretrizes e nortear projetos educacionais futuros. Estes profissionais acreditam também que, embora em um primeiro momento este processo possa ser bastante complexo, demandando bastante tempo, energia e dedicação de quem participa dele, posteriormente ele pode otimizar, agilizar e servir como base para projetos similares.

Dada a importância do espaço para o processo educativo, justifica-se o empenho na obtenção de projetos que atendam as necessidades das edificações escolares de forma mais efetiva. *"Para o educador, a escola se materializa pelo uso cotidiano, pela experimentação diária do lugar, pelas recordações e pela imaginação. E é a arquitetura escolar que possibilita a vivência dessas experiências"* (NASCIMENTO, 2012, p. 39).

Referências

ALVARES, Sandra Leonora. *Programando a Arquitetura Escolar:* a relação entre Ambientes de Aprendizagem, Comportamento Humano no Ambiente Construído e Teorias Pedagógicas. 2016. Tese (Doutorado em Arquitetura) – Faculdade de Engenharia Civil, Arquitetura e Urbanismo, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2016.

ANDRADE, Lucimary Barnabé Pedrosa de. *Educação infantil:* discurso, legislação e práticas institucionais. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2010.

BAPTISTA, Cristianne Assis de Abreu. *Metodologia para avaliação pós ocupação em Centros Municipais de educação infantil de Vitória.* Dissertação (Mestrado em Engenharia Civil) – Programa de Pós-Graduação em Engenharia Civil, Universidade Federal do Espirito Santo, Vitória, 2009.

DICK, Sara Marta. História da educação, arquitetura e espaço escolar. In: BENCOSTA, Marcus Levy Albino (org.). *Revista Entreideias Educação Cultura e Sociedade*, Salvador, n. 10, p. 297-299, ago./2006.

CEPPI, Giulio; ZINI, Michele (org). *Crianças, Espaços, Relações.* Porto Alegre: Penso, 2013. Clearinghouse for Educational Facilities, 2001.

DELIBERADOR, Marcella Savioli; KOWALTOWSKI, Doris Catharine Cornelie Knatz. Importância dos agentes para a arquitetura escolar: aplicação de jogo de apoio ao processo participativo. *Ambiente Construído*, Porto Alegre, v. 18, n. 2, p. 273-288, abr./jun. 2018. ISSN 1678-8621 Associação Nacional de Tecnologia do Ambiente Construído. http://dx.doi.org/10.1590/s1678-86212018000200254.

ELALI, Gleice Virginia Medeiros de Azambuja. Avaliação pós-ocupação e responsabilidade social: Uma relação a ser sempre (re)discutida. *Gestão & Tecnologia De Projetos*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 3-17, nov./2010.

ELALI, Gleice Virginia Medeiros de Azambuja. *Ambientes para educação infantil:* um quebra-cabeça? Contribuição metodológica na avaliação pós-ocupação de edificações e na elaboração de diretrizes para projetos arquitetônicos na área. 2002. Tese (Doutorado em Estruturas Ambientais Urbanas) – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

KOWALTOVISKI, Doris Catharine Cornelie Knatz. *Arquitetura Escolar*: o projeto do ambiente de ensino. 1ª ed. São Paulo: Oficina de Textos, 2011.

MACHADO, Tatiana Gentil. *Ambiente Escolar Infantil*. 2008. Dissertação (Mestrado em Projeto, Espaço e Cultura) – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

NASCIMENTO, Mario Fernando Petrilli do. *Arquitetura para educação:* a construção do espaço para a formação do estudante. 2012. Dissertação (Mestrado em História e Fundamentos da Arquitetura e do Urbanismo) – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

ONO, Rosaria. et al. *Avaliação pós-ocupação: na arquitetura, no urbanismo e no design:* da teoria à prática. 1ª ed. São Paulo: Oficina de Textos, 2018.

RIBA Architectura. *Better spaces for learning.* Written and researched by Emilia Plotka. Edited by Andrew Forth & Clare Corbett. Royal Institute of British Architects (RIBA), May 2016.

RHEINGANTZ, Paulo Afonso. et al. *Observando a Qualidade do Lugar:* procedimentos para a avaliação pós-ocupação. Rio de Janeiro: Coleção PROARQ/FAU/UFRJ, 2009.

SANOFF, Henry. *School Building Assessment Methods*. Washington: National Clearinghouse for Educational Facilities, 2001.

14. ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA NO COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES

Rita de Cássia Barbuio
Doutoranda do Programa de Pesquisa e Desenvolvimento de Biotecnologia Médica pela Universidade Estadual Paulista
Mestre em Biotecnologia Médica pela Universidade Estadual Paulista
Especialista em Direito Público pela ITE – Instituição Toledo de Ensino
Professora e advogada

1 Introdução

A violência está presente na história humana desde os primórdios. E a violência contra a mulher está intimamente ligada ao patriarcado e ao machismo, pois por longos períodos da história da humanidade a mulher foi considerada inferior ao homem e, portanto, sujeita aos desmandos de pais, maridos, companheiros, irmãos e outros.

Diversos estudos e congressos foram realizados para conhecer os motivos e tentar diminuir o impacto da violência contra a mulher na sociedade, e muitas leis foram criadas para amparar a mulher vítima de violência.

O ordenamento jurídico brasileiro tem buscado acompanhar a busca pela igualdade entre homens e mulheres, aprovando leis como a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

Para compreensão dos nuances da violência, apresentamos em primeiro lugar um breve levantamento do machismo, como cultura, que permeia a sociedade brasileira. A seguir traçaremos um panorama da luta que as mulheres vêm desenvolvendo em busca de seus direitos.

Por fim, analisaremos a Lei Maria da Penha e sua aplicabilidade no combate à violência contra as mulheres, sua eficiência e alcance na conquista dos direitos da mulher. Para tanto, buscaremos analisar também as nuances da Lei nº 13. 104/2015, o reconhecimento da mulher transgênero dentro da lei do feminicídio, sua qualificadora e natureza subjetiva e a diferença sutil entre femicídio e feminicídio.

O método utilizado é o indutivo e o procedimento técnico empregado é a revisão bibliográfica, realizada após pesquisa e interpretação de textos, leis, doutrinas e artigos científicos. O objetivo deste estudo é trazer uma perspectiva sobre o combate à violência contra mulheres, que tem sua gênese na diferença de poder entre homens e mulheres nos diversos contextos socioeconômicos e familiares. A partir dessa perspectiva, reconhecemos a falha na educação sobre o tema da violência contra as mulheres e as respectivas consequências sociais.

2 Violência e machismo

A violência é um problema social que acompanha a trajetória do ser humano desde os primórdios. A violência afeta a saúde física e mental, diminui a qualidade de vida, traz à mostra a organização inadequada dos serviços de saúde e demonstra a necessidade de uma atuação interdisciplinar e multiprofissional. Os tipos de violência que mais provocam consequências para a vida pessoal e social do indivíduo são: criminal, estrutural, institucional, interpessoal, intrafamiliar, auto-infligida, cultural, de gênero, racial, contra a pessoa deficiente. A violência é um fenômeno concreto, por isso é preciso que existam ações coletivas para promover uma sociedade onde a vida e a convivência saudável entre todos seja uma realidade (MINAYO, 2009).

O termo violência “refere-se a relação assimétrica (hierárquica) de poder com fim de dominação, exploração e opressão. E esse fenômeno é causado por múltiplos e diferentes fatores sociais, econômicos, culturais, psicológicos e situacionais” (IKAWA, 2007, p. 6).

A violência consiste em ações humanas individuais, de grupos, de classes, de nações que ocasionam a morte de seres humanos ou afetam sua integridade e sua saúde física, moral, mental ou espiritual e pode ser entendida como o uso de força física, como estupro e sevícias, ou psicológico, como as ameaças ou abuso de autoridade (BRASIL, 2001).

Através da Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecido como Pacto de San Jose da Costa Rica, ficou assegurado direitos civis e políticos a todos, igualando assim os seres humanos independente de sexo. Esta convenção foi um propulsor dos Direitos Humanos e trouxe para a mulher

identidade, personalidade jurídica, direito à liberdade de consciência e religião, privacidade, liberdade de pensamento e expressão, liberdade de movimento e residência, igualdade perante a lei e proteção judicial, dentre outros. Convém salientar que o Pacto de São Jose da Costa Rica foi realizada em 22 de novembro de 1969 e o Brasil aderiu a ela apenas em 06 de novembro de 1992 (23 anos depois) por meio do Decreto nº 678 (BRASIL, 1992).

Historicamente, desde a Antiguidade existe o predomínio do homem sobre a mulher. Na Grécia Antiga as mulheres tinham apenas um papel reprodutivo, negando-se a elas qualquer direito. Na Idade Média qualquer mulher que ousasse se rebelar contra o sistema era considerada bruxa, e queimada nas fogueiras. Criou-se uma cultura do "patriarcado, que não se refere apenas a uma forma de família baseada no parentesco masculino e no poder paterno; o termo designa também toda estrutura social que nasça do poder do pai" (BALBINOTTI, 2018, p. 242).

A reprodução, ao longo da história, de uma ideologia que mostrava a inferioridade feminina frente à condição masculina contribuiu para a disseminação do machismo, que acabou por naturalizar uma suposta superioridade do homem sobre a mulher e consequentemente da violência por ele cometida (BALBINOTTI, 2018).

A violência contra a mulher seria fruto desta socialização machista conservada pelo sistema capitalista, desta relação de poder desigual entre homens e mulheres, que estabelece como destina natural das mulheres a sua submissão e exploração pelos homens, forçando-as muitas vezes a reproduzir o comportamento machista violento (SAFFIOTI, 1979, p. 150).

> A violência intrafamiliar tem muitas manifestações, mas as mais comuns, sobretudo no Brasil, são as que submetem a mulher, as crianças e os idosos ao pai, ao marido e ao provedor. Ou ainda, colocam crianças e jovens sob o domínio – e não sob a proteção – dos adultos. Existem algumas crenças poderosas que fundamentam a violência no interior dos lares:
> ─ que o homem é o chefe, o dono e sabe o que é bom ou ruim para todos. Mas ele se exclui do julgamento dos demais;
> ─ que a criança, para ser educada, precisa ser castigada e punida pelo pai, pela mãe e pelos seus substitutos. Como diz o povo: "A letra com sangue entra".
> ─ que a mulher é domínio e posse do homem;

> — que os idosos, por não produzirem mais bens e serviços materiais e frequentemente demandarem cuidados, são inúteis, pesos mortos e descartáveis.
> Um sério trabalho de prevenção da violência passa pela desconstrução das crenças assinaladas como configuração da violência intrafamiliar. Esses mitos promovem o poder machista, são discriminatórios e contribuem para a reprodução de uma série de problemas que impedem o crescimento e o desenvolvimento das pessoas. (MINAYO, 2009, p. 35)

Dentro das relações conjugais, Balbinotti (2018, p. 249) sustenta que culturalmente é considerado "normal o masculino como a posição do macho social, com atitudes e relações violentas justificadas como atos corretivos".

> Por isso, em geral, quando acusados, os agressores reconhecem apenas 'seus excessos' e não sua função disciplinar da qual se investem em nome de um poder e de uma lei que julgam encarnar. Geralmente quando narram seus comportamentos violentos, os maridos (ou parceiros) costumam dizer que primeiro buscam 'avisar', 'conversar' e depois, se não são obedecidos, 'batem'. Consideram, portanto, que as atitudes e ações de suas mulheres (e por extensão, de suas filhas) estão sempre distantes do comportamento ideal do qual se julgam guardiões e precisam garantir e controlar. (MINAYO, 2005).

Percebe-se, com isso, que a violência se torna uma expressão da dominação masculina, uma forma de expressão da virilidade, e faz surgir a violência de gênero. Essa ideologia se mostra dominante nos moldes de criação da família brasileira.

3 Legislações brasileiras no amparo às mulheres vítimas de violência

A legislação vem acompanhando as lutas das mulheres pela igualdade e contra a violência.

No Brasil-Colônia, o homem era o chefe da família e da casa, líder da sociedade conjugal e dominava esposa e filhos. Era comum que usasse de força física e castigos para exercer seu poder (BALBINOTTI, 2018).

Depois de muito tempo, e de muitas lutas, o Código Civil Brasileiro, em 1916, permitiu que a mulher trabalhasse, mas apenas com a autorização do marido. Essa autorização só foi ser extinta com o Código Civil Brasileiro de 1962.

O Artigo 233 do Código Civil de 1916 foi modificado pela Lei 4.121/1962, o Estatuto da Mulher Casada, que acresceu em seu texto:

> Artigo 233
> O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos. (BRASIL, 1962)

Maria Helena Diniz asseverou, em relação a esse estatuto, que

> O Estatuto da Mulher Casada foi um marco na história da evolução feminina, trazendo em seu âmago os ideais e anseios de liberdade, embora com ressalvas e ainda competindo ao marido a representação legal da família, por motivos práticos, pois seria inconveniente faltar alguém que defendesse os direitos e interesses comuns na órbita cível ou criminal, e que, o homem era o representante legal da unidade familiar e não de sua mulher, deixando claro, portanto, que a lei prescreveria e regulamentaria as relações familiares, retirando do marido a condição absolutista deste núcleo. (DINIZ, 1994, p. 102)

A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 contribuíram para a consolidação de alguns direitos femininos, como por exemplo o princípio de igualdade, expresso no artigo 5º da Constituição (BALBINOTTI, 2018).

Anteriormente, em 1975, foi realizada no México uma convenção que acabou inaugurando em nosso país uma época de movimentos ativistas que buscavam significativas mudanças para as mulheres. O primeiro artigo demonstra a intenção de lutar pela igualdade de direitos.

> Artigo 1º
> Para os fins da presente Convenção, a expressão "discriminação contra a mulher" significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. (BRASIL, 2002)

O Decreto nº 1.973, de 1 de agosto de 1996, promulgou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher; conhecida como Convenção de Belém do Pará, reiterou, ratificou e afirmou que a violência contra a mulher constitui uma séria violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais que foram consagradas tanto na Declaração

Americana dos Direitos e Deveres do Homem quanto na Declaração Universal dos Direitos Humanos (BRASIL, 1996).

Todos os Estados Membros da Comissão Interamericana, incluindo o Brasil, comprometeram-se em adotar medidas para prevenir e erradicar todas as formas de violência contra a mulher, ressaltando a obrigatoriedade desses Estados em promover mudanças nos setores administrativos, educacionais e políticos e se empenhar na criação de políticas públicas para prevenção e combate à violência e discriminação contra a mulher, buscando promover a igualdade de gênero.

4 Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340/2006

Em 1995 foram criados os Juizados Criminais Especiais, através da Lei 9.099/95, com a intenção de ampliar o acesso à justiça de forma mais rápida e simples, principalmente para população mais carente (BRASIL, 1995).

Esses juizados contribuíram para a solução de conflitos envolvendo crimes considerados de baixo potencial ofensivo, cujas penas máximas não seriam superiores a dois anos. Com isso, os casos de violência contra a mulher acabaram sendo banalizados e a violência doméstica e familiar se naturalizando, já que o Judiciário procurava a conciliação entre vítima e agressor.

Assim, em 2001, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos dos Estados Americanos (CIDH/OEA) condenou o Brasil por omissão, negligência e tolerância em relação aos crimes contra os direitos humanos das mulheres. Essa condenação ocorreu após a denúncia realizada pela farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de duas tentativas de homicídio em 1983 pelo seu então marido (OEA, 2001).

Essa condenação fez com que o Brasil iniciasse um longo processo de conscientização da sociedade sobre os crimes de violência doméstica praticado contra as mulheres.

A Organização dos Estados Americanos – OEA, afirmou categoricamente que o Brasil, como signatário de diversos acordos internacionais, entre eles a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, conhecida como Convenção de Belém

do Pará**,** que, entre outros, assegurava de forma indiscutível os direitos humanos das mulheres. Com isso, foi recomendado que o Brasil finalizasse o processo penal do responsável pelas agressões contra Maria da Penha, bem como indenização moral e material pelas violações sofridas, e, importante, a adoção de medidas voltadas à prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher (OEA, 2001).

Apesar da condenação, o Brasil implementou parta das orientações da OEA e levou 19 anos e seis meses para prender o autor das tentativas de homicídio contra Maria da Penha, que acabou cumprindo um ano e quatro meses, dos oito anos da pena, em regime fechado, o restante sendo cumprido em regime aberto. A condenação do agressor não trouxe alento à vítima, que estava paraplégica devido às agressões sofridas, mas contribuiu para a criação de uma lei que leva seu nome e ajuda milhares de mulheres com histórias semelhantes à que sofreu.

A Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, foi elaborada depois de um lento e extenso processo de discussões, audiências públicas, análise das propostas de leis que já tramitavam no Congresso Nacional, bem como de propostas e acordos ratificados pelo país com o crivo de processualistas cíveis e criminais, para só então chegar ao Legislativo e posterior sanção presidencial. Um caminho longo que custou muita dor às mulheres brasileiras pela omissão do Estado (BRASIL, 2006).

O Instituto Maria da Penha – IMP (2018) traz um resumo da lei, composta por 46 artigos divididos em sete títulos criados com o intuito de prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

- O Título I, dividido em quatro artigos, explica a quem a lei é direcionada, ressaltando ainda a responsabilidade da família, da sociedade e do poder público para que todas as mulheres possam ter o exercício pleno dos seus direitos.
- O Título II é dividido em dois capítulos e três artigos; além de configurar os espaços em que as agressões são qualificadas como violência doméstica, traz as definições de todas as suas formas (física, psicológica, sexual, patrimonial e moral).

- O Título III é composto de três capítulos e sete artigos, tem-se a questão da assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar, com destaque para as medidas integradas de prevenção, atendimento pela autoridade policial e assistência social às vítimas.
- O Título IV possui quatro capítulos e 17 artigos, tratando dos procedimentos processuais, assistência judiciária, atuação do Ministério Público e, em quatro seções (Capítulo II), se dedica às medidas protetivas de urgência, que estão entre as disposições mais inovadoras da Lei n. 11.340/2006.
- O Título V tem quatro artigos, onde estão previstos a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, podendo estes contar com uma equipe de atendimento multidisciplinar composta de profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e da saúde, incluindo-se também destinação de verba orçamentária ao Judiciário para a criação e manutenção dessa equipe.
- O Título VI prevê, em seu único artigo e parágrafo único, uma regra de transição, segundo a qual as varas criminais têm legitimidade para conhecer e julgar as causas referentes à violência de gênero enquanto os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher não estiverem estruturados.
- O Título VII traz as disposições finais. São 13 artigos que determinam que a instituição dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher pode ser integrada a outros equipamentos em âmbito nacional, estadual e municipal, tais como casas-abrigo, delegacias, núcleos de defensoria pública, serviços de saúde, centros de educação e reabilitação para os agressores etc. Dispõem ainda sobre a inclusão de estatísticas sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher nas bases de dados dos órgãos oficiais do Sistema de Justiça e Segurança, além de contemplarem uma previsão orçamentária para o cumprimento das medidas estabelecidas na lei.

Um dos ganhos mais significativos que a Lei Maria da Penha trouxe para o ordenamento jurídico, constante no seu art. 41, é a não aplicação da Lei n. 9.099/1995, o que significa que a violência doméstica praticada contra a mulher deixa de ser considerada como de menor potencial ofensivo.

4.1 A Lei do Feminicídio – Lei nº 13.104/2015

A Lei nº 13.104/2015, conhecida como Lei do Feminicídio, surgiu a partir de pressão pública, pois, apesar da Lei Maria da Penha, a violência contra a mulher ainda era um desafio.

> [...] o Brasil parece ainda estar longe de resolver um problema muito antigo e grave, que remonta ao período colonial escravocrata: a violência doméstica contra a mulher. Isso porque sempre tratou da questão adotando política pública que não tem a finalidade de resolvê-lo definitivamente. Mesmo com a vigência da Lei nº 11.340, de 2006 (Lei Maria da Penha), não se desenha uma possibilidade de solucionar essa injustiça social contra a mulher. (SANTOS, ALMEIDA, 2018, p. 119)

O Banco Mundial e o Banco Interamericano de Desenvolvimento afirmaram que, no mundo todo, "uma em cada cinco mulheres faltam ao trabalho, devido a atos de violência sofridos dentro de suas casas". E que, a "cada cinco anos, uma mulher perde um ano de vida saudável pela violência sofrida". Já a OMS – Organização Mundial da Saúde, apontou que metade dos homicídios que vitimaram mulheres foram provocados por marido ou parceiro, mesmo quando o vínculo estava desfeito. O Brasil, dentre 84 países do mundo todo, ocupa o triste 7º lugar no ranking de mais mulheres mortas por causa da violência doméstica e familiar (PROFETA, MALDONADO, 2015, p. 124).

> A violência contra a mulher é um interveniente que muda os setores da sociedade como a economia, saúde, trabalho, entre outros, pois os gastos oriundos de problemas que políticas públicas, se bem executadas, resolveriam são imensos. E, evidente, tudo perpassa pelo sistema de educação que não dá conta de empoderar a mulher com autonomia e municiar a sociedade para que compreenda, de uma vez por todas, que a violência tem de ser extirpada. (PROFETA, MALDONADO, 2015, p. 126)

Entre março e julho de 2013 foi formada uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito para investigar a situação da violência contra a mulher em todo o Brasil para, a partir das informações obtidas, tomar as providências

devidas. Foi constatado, após a finalização das pesquisas, a existência de uma correlação direta entre o crime de gênero e o feminicídio.

Essa Comissão Parlamentar Mista de Inquérito salientou que a maioria dos crimes cometidos contra a mulher se dava no contexto das relações afetivas e muitas vezes demonstravam o desprezo e a discriminação pelo simples motivo de a vítima ser mulher.

Com isso, a Lei 13.104/2015 incluiu no Código Penal Brasileiro a qualificadora do homicídio praticado contra a mulher. Fernando Capez assim sintetizou o feminicídio:

> Feminicídio é o homicídio doloso praticado contra a mulher por 'razões da condição de sexo feminino', ou seja, desprezando, menosprezando, desconsiderando a dignidade da vítima por ser mulher, como se as pessoas do sexo feminino tivessem menos direitos do que as do sexo masculino. (CAPEZ, 2018)

Souza (2018) reforçou que o feminicídio é diferente dos homicídios em geral pois acontece geralmente em ambientes doméstico e como resultado de violência familiar.

> a) femicídio: consiste na morte de mulher, genericamente, mas também é utilizado com o mesmo sentido de feminicídio.
> b) feminicídio: morte de uma mulher por razões da condição de sexo feminino dividindo-se em (i) violência doméstica e familiar e (ii) decorrente de menosprezo ou discriminação à condição de mulher, que está tipificada como qualificadora do crime de homicídio. (SOUZA, 2018, p. 135)

A palavra "feminicídio" – em inglês, "feminicide", foi utilizada pela primeira vez em 1976, na cidade de Bruxelas, durante um discurso de Diana Russell perante o Tribunal Internacional de Crimes Contra a Mulher, um evento que reuniu aproximadamente duas mil mulheres de mais de quarenta países com o intuito de "compartilhar testemunhos e trocar experiências sobre opressões e violências sofridas pelo sexo feminino" (CHIOSINI, 2019, p. 3).

Russel e Radford (1992) ampliaram o termo femicídio como a morte em decorrência da discriminação de gênero, ato contínuo da violência, abusos e privações sofridos pela vítima em razão de ser mulher.

> Femicídio está no ponto mais extreme do contínuo de terror antifeminino que inclui uma vasta gama de abusos verbais e físicos, tais como estupro, tortura, escravização sexual (particularmente a prostituição), abuso sexual infantil

> incestuoso e extrafamiliar, espancamento físico e emocional, assédio sexual (ao telefone, na rua, no escritório e na sala de aula), mutilação genital (cliterodectomia, excisão, infibulações), operações ginecológicas desnecessárias, heterossexualidade forçada, esterilização forçada, maternidade forçada (ao criminalizar a contracepção e o aborto), psicocirurgia, privação de comida para mulheres em algumas culturas, cirurgias cosméticas e outras mutilações em nome do embelezamento. Onde quer que estas formas de terrorismo resultem em mortes, elas se tornam femicídios. (RUSSEL, RADFORD, 1992, p. 15)

Portanto, o feminicídio é uma morte violenta, não-ocasional e não-acidental de uma mulher, "conceituado por uma sociedade machista, patriarcal, sexista e misógina". A morte encerra de forma cruel um "ciclo de violações e privações sofridas por mulheres ao longo da vida" (CHIOSINI, 2019, p. 5).

A violência de gênero constitui-se em formas de opressão e de crueldade nas relações entre homens e mulheres, estruturalmente construídas, reproduzidas na cotidianidade e geralmente sofridas pelas mulheres. Esse tipo de violência se apresenta como forma de dominação e existe em qualquer classe social, entre todas as raças, etnias e faixas etárias. Sua expressão maior é o machismo naturalizado na socialização que é feita por homens e mulheres.

> A violência de gênero que afeta sobretudo as mulheres é uma questão de saúde pública e uma violação explícita aos direitos humanos. Estimamos que esse problema social cause mais mortes às mulheres de 15 a 44 anos do que o câncer, a malária, os acidentes de trânsito e as guerras. Suas várias formas de opressão, de dominação e de crueldade incluem assassinatos, estupros, abusos físicos, sexuais e emocionais, prostituição forçada, mutilação genital, violência racial e outras. Os perpetradores costumam ser parceiros, familiares, conhecidos, estranhos ou agentes do Estado. (GOMES et al., 2005, p. 117)

Fazer da mulher a vítima no espaço conjugal é uma das maiores expressões de violência de gênero e tem sido um dos principais alvos da atuação do movimento feminista e das políticas do Ministério da Saúde que, nos últimos 50 anos, vem buscando desnaturalizar os abusos, os maus-tratos e as expressões de opressão. Assim, problemas que até então permaneciam como segredos do âmbito privado – "em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher" – passaram a ter visibilidade social (MINAYO, 2005, p. 36).

A violência doméstica contra a mulher, também chamada de violência de gênero, representa o “resultado dos desequilíbrios no exercício de poder dentro das relações conjugais, nas quais o homem incorpora o papel de dominador e a mulher o de oprimida” (AMARIJO et al,2020, p. 2).

Para Machado et al. (2020, p. 484) a lei Maria da Penha visa a “desconstrução da desigualdade de gênero”.

Vieira et al (2020) chamaram a atenção para o aumento da violência doméstica em virtude do isolamento social imposto pela pandemia do COVID-19. O isolamento força a coexistência, provoca estresse econômico e temores tanto em relação ao contágio quanto ao futuro pós-pandemia. Além disse, a convivência forçada amplia o espaço para a manipulação psicológica e o surgimento de comportamentos violentos. Ouve um aumento de 18% no número de denúncias registradas pelo Ligue 180.

A Central de Atendimento à Mulher, cujo número para ligação gratuita é o Ligue 180, é um serviço criado para o combate à violência contra a mulher e oferece três tipos de atendimento: registros de denúncias, orientações para vítimas de violência e informações sobre leis e campanhas (IMP, 2018).

O Ligue 180 é um serviço de utilidade pública essencial para o enfrentamento à violência contra a mulher. Além de receber denúncias de violações contra as mulheres, a central encaminha o conteúdo dos relatos aos órgãos competentes e monitora o andamento dos processos (MMFDH, 2021).

O serviço também tem a atribuição de orientar mulheres em situação de violência, direcionando-as para os serviços especializados da rede de atendimento, além de disponibilizar informações sobre os direitos da mulher, a legislação vigente sobre o tema e a rede de atendimento e acolhimento de mulheres em situação de vulnerabilidade (MMFDH, 2021).

5 A Educação como prevenção à violência contra as mulheres

A educação é uma importante ferramenta no combate à violência contra a mulher, pois, de acordo com a cartilha do Ministério Público Brasileiro sobre a violência contra a mulher:

> É preciso mostrar que o Brasil precisa enveredar por outra via se quiser um dia solucionar o problema da injustiça social de

> gênero, derivada de um androcentrismo institucionalizado que desvaloriza o feminino e seus produtos culturais. As políticas de reconhecimento meramente afirmativas adotadas pelo Brasil como remédio para reparar injustiça de gênero jamais serão suficientes. Para reparação dessa injustiça é preciso seguir uma terceira via, que represente um remédio transformativo, que represente uma desconstrução cultural. E isso só será possível se envolver uma reformulação total no sistema educacional. (SANTOS, ALMEIDA, 2018, p. 119)

Machado et al. (2020) afirmaram em sua pesquisa que a Política Nacional de Enfrentamento à violência contra a mulher propõe um trabalho articulado (uma rede serviços envolvendo delegacias especializadas, serviços de saúde, de assistência social e judiciária), que opere em conjunto para ampliar a proteção, garantir a prevenção e prestar atendimento eficaz para os casos, além de colaborar para a desconstrução da mentalidade vigente.

> Deve-se investir em estratégias de formação e educação continuada de modo que todos esses serviços se tornem aptos a reconhecer a ordem societária patriarcal que orienta a cultura brasileira e a identificar os ciclos da violência contra a mulher. Reconhecer o momento e circunstâncias do ciclo da violência que a mulher está vivenciando possibilita aos profissionais acolher e identificar a necessidade de acionar os serviços de proteção que ela precisa naquele momento, sem realizar pré-julgamentos e construindo em conjunto as melhores alternativas. (MACHADO et al., 2020, p. 491)

Para Amarijo et al (2020, p. 5) a violência doméstica contra a mulher é um grave problema de ordem social e de difícil enfrentamento, posto que muitas vezes a mulher enxerga o homem como aquele a quem deve obediência e respeito. Essa questão é “de transmissão intergeracional, é ensinada e aprendida de forma cultural”.

> A violência doméstica contra a mulher é a mais cruel das agressões humanas: silenciosa, não se inicia com um soco ou uma facada. Começa aos poucos, com uma humilhação, uma ofensa. Repugnante, atinge o que se tem de mais precioso - a dignidade. Asfixiante, aprisiona a vítima num ciclo formado por agressão-medo-silêncio. Paralisante, pois uma vez exaurida a capacidade de reação com a supressão total da autoestima, conduz o ofensor ao pilar da dominação. (PEDROTTI, 2010)

O remédio para acabar com a injustiça de gênero só pode ocorrer pela via da educação, com a desconstrução cultural do modelo androcêntrico. Essa desconstrução possibilitaria uma nova forma de ver o feminino, acabando com

sua condição de passividade ao mesmo tempo em que oferece subsídios para a criação de uma identidade social que “torne a mulher um membro pleno da vida social, capaz de agir paritariamente com os outros” (SANTOS, ALMEIDA, 2018, p. 129).

A Lei nº 14.164, de 10 de junho de 2021, incluiu conteúdos relativos ao combate à violência contra a mulher nos currículos da Educação Básica brasileira.

> Art. 1º O art. 26 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), passa a vigorar com a seguinte redação:
> § 9º Conteúdos relativos aos direitos humanos e à prevenção de todas as formas de violência contra a criança, o adolescente e a mulher serão incluídos, como temas transversais, nos currículos de que trata o caput deste artigo, observadas as diretrizes da legislação correspondente e a produção e distribuição de material didático adequado a cada nível de ensino.

Como os conteúdos serão aplicados na Educação Básica, a mudança nos currículos possibilitará a ampliação do debate a respeito da questão de gênero e da promoção da igualdade entre homens e mulheres para prevenir e coibir a violência.

Esse é um importante passo para impulsionar a reflexão acerca da prevenção e combate à violência doméstica e à violência contra a mulher. A escola, como microcosmo que espelha a sociedade onde se insere, pode ser o agente de mudança específico para a busca de uma sociedade mais justa e igualitária.

6 Considerações finais

A Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, foi criada com o intuito de proteger a mulher vítima de violência. Foi criada após Maria da Penha Maia Fernandes denunciar o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, o que gerou consequências para o Estado brasileiro, que teve de criar um sistema legal de proteção às mulheres.

A Lei Maria da Penha é resultado de décadas de lutas pela igualdade de gênero e surgiu para garantir a justiça social para mulheres vítimas de

violência doméstica, de preconceito e discriminação. No entanto, para que possa surtir efeito, as mulheres que foram vítimas de qualquer tipo de violência precisam denunciar o agressor, o que pode ser feito presencialmente ou pelo Ligue 180, um serviço gratuito de utilidade pública essencial para o enfrentamento à violência contra a mulher.

A violência contra as mulheres ocorre em todo o mundo e não escolhe cor, idade, escolaridade ou condição social. É um estigma social derivado de uma sociedade machista que apregoa a supremacia do homem como indivíduo dominante, devendo a mulher lhe obedecer e se sujeitar a seus mandos.

Para que a cultura do machismo possa ser erradicada é preciso investir em educação. É óbvio que os dispositivos legais, como a Lei Maria da Penha e a Lei do Feminicídio, inibem a violência. No entanto, o combate efetivo à essa violência se tornará mais completo quando a questão cultural do machismo puder ser debatida em todos os setores da sociedade.

Um passo para isso foi dado neste ano de 2021 com a assinatura da Lei nº 14.164, que incluiu conteúdos relativos ao combate à violência contra a mulher nos currículos da Educação Básica brasileira. Essa medida vai possibilitar a ampliação do debate a respeito da questão de gênero e da promoção da igualdade entre homens e mulheres, com o ensejo de prevenir e coibir a violência.

Apesar dos avanços legais conquistados pela mulher brasileira, um longo caminho ainda precisa ser percorrido para que a questão cultural do machismo e da intolerância de gênero seja eliminado.

A educação das novas gerações, aliada a uma rede de apoio eficaz para as vítimas de violência doméstica, é uma forma de buscar a igualdade e a dignidade, alicerces inalienáveis de qualquer pessoa e assim, conquistarmos uma sociedade digna e civilizada.

Referências

AMARIJO, Cristiane Lopes et al. Relações de poder nas situações de violência doméstica contra a mulher: tendência nos estudos. *Revista Cuidarte*, v. 11, n. 2, e1052. 2020.

BALBINOTTI, Izabele. A violência contra a mulher como expressão do patriarcado e do machismo. *Revista da ESMESC*, v. 25, n. 31, p. 239-264. 2018.

BRASIL. *Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962*. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Casa Civil. Brasília: DF, 1962.

BRASIL. *Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Casa Civil. Brasília: DF, 1992.

BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providencias. Casa Civil. Brasília: DF, 1995.

BRASIL. *Decreto nº 1.973, de 01 de agosto de 1996*. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência conta a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Casa Civil. Brasília: DF, 1996.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria MS/GM n. 737, de 16 de maio de 2001*: política nacional de redução da morbimortalidade por acidentes e violências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n. 96, 18 maio 2001. Seção 1e.

BRASIL. *Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002*. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Casa Civil. Brasília: DF, 2002.

BRASIL. *Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006.* Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do artigo 226 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Presidência da República, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília: DF, 2006.

BRASIL. *Lei nº 14.164, de 10 de junho de 2021.* Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) para incluir conteúdo sobre a prevenção da violência contra a mulher nos currículos da educação básica, e institui a Semana Escolar de Combate à Violência contra a Mulher. Presidência da República, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília: DF, 2021.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, volume 2, parte especial: arts. 121 a 212, 18. ed. atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CHIOSINI, Isis de Moura. *A lei Maria da Penha e o feminicídio: seus reflexos no combate à violência contra a mulher*. Conteúdo Jurídico. 2019. Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52980/a-lei-maria-da-penha-e-o-feminicidio-seus-reflexos-no-combate-a-violencia-contra-a-mulher. Acesso em agosto 2021.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito de Família. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

GOMES, Romeu; MINAYO, Maria Cecília Souza; SILVA, Cláudio Felipe Ribeiro. Violência contra a mulher: uma questão transnacional e transcultural das relações de gênero. In: SOUZA, Edinilsa Ramos; MINAYO, Maria Cecília Souza. (Org.). Impacto da violência na saúde dos brasileiros. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

IKAWA, Tatiana Guimarães. *Abuso sexual de crianças e adolescentes: suas consequências psicológicas e tratamento*. Monografia. Faculdade de Ciências da Saúde, Brasília. 2007.

IMP – INSTITUTO MARIA DA PENHA. *Resumo da lei Maria da Penha*. 2018. Disponível em: https://www.institutomariadapenha.org.br/lei-11340/resumo-da-lei-maria-da-penha.html. Acesso em agosto de 2021.

MACHADO, Dinair Ferreira et al. Violência contra a mulher: o que acontece quando a Delegacia de Defesa da Mulher está fechada? *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 25, n. 2, p.483-494. 2020.

MINAYO, Maria Cecília Souza. Laços perigosos entre machismo e violência. *Revista Ciência Saúde Coletiva*, v. 10, n. 1, jan./mar. 2005.

MINAYO, Maria Cecília Souza. Conceito, teorias e tipologias de violência: a violência faz mal à saúde. In: Njaine Kathie, Assis Simone Gonçalves, Constantino Patrícia. (Org.). *Impacto da violência na saúde*. Rio de Janeiro: Fiocruz; 2009.

MMFDH. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Violência doméstica e familiar contra a mulher: Ligue 180 e tudo o que você precisa saber. 2021. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/denuncie-violencia-contra-a-mulher/violencia-contra-a-mulher. Acesso em agosto de 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. *Relatório Anual 2000* da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 2001. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm. Acesso em agosto de 2021.

PEDROTTI, Carla Souto. *Violência contra a mulher*: o papel de cada um. Disponível em: http://intra.mp.rs.gov.br/opinião/artigo/id22789.htm. Acesso em agosto de 2021.

PROFETA, Mary da Silva; MALDONADO, Nara Francieli. Mulher com deficiência, violência e direitos humanos. In: BRABO, Tânia Suely Antonelli Marcelino (org.) *Mulheres, gênero e violência*. Marília: Ed. Cultura Acadêmica, 2015.

RUSSEL, Diana; RADFORD, Jill. Femicide: *The Politics of Woman Killing*. Nova York: Twayne Publishers, 1992, p. 15.

SAFFIOTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes*: mitos e realidade. Rio de Janeiro: Rocco, 1979.

SANTOS, Milton Kasctin; ALMEIDA, Mágila Cristiane. Uma terceira via para a proteção da mulher vítima de violência doméstica – o reconhecimento

transformativo pela educação. 2018. In: BRASIL, Conselho Nacional do Ministério Público. *Violência contra a mulher: um olhar do Ministério Público brasileiro.* Brasília: CNMP, 2018.

SOUZA, Sérgio Ricardo. Feminicídio: uma qualificadora de natureza dúplice? In: BRASIL, Conselho Nacional do Ministério Público. *Violência contra a mulher: um olhar do Ministério Público brasileiro.* Brasília: CNMP, 2018.

VIEIRA, Pâmela Rocha; GARCIA, Leila Posenato; MACIEL, Ethel Leonor Noia. Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela? *Revista Bras. Epidemiol,* v. 23:E200033. 2020.

15. DIREITO ÀS CRIAÇÕES INTELECTUAIS

Guilherme Aparecido da Rocha
Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR
Especialista em Direito Civil, Processual Civil e do Trabalho pela ITE-Bauru
Especialista em Direito Tributário pela PUC-MG
Procurador-Geral da Câmara Municipal de Jaú/SP
Professor das Faculdades Galileu (Botucatu/SP) e Gran Tietê (Barra Bonita/SP)

1 Introdução

A pessoa humana é instintivamente criativa. As criações intelectuais geraram (e continuam gerando) a evolução da sociedade, desde a descoberta do fogo até as tecnologias da atualidade. Em paralelo, a evolução dos instrumentos de proteção das criações humanas também não cessa.

Desde o Estatuto da Rainha Ana até a Lei n.º 11.484/2007 – que dispõe sobre a proteção das topografias de circuitos integrados – houve um longo percurso de tutela das criações intelectuais. É este caminho que precisa ser identificado, assim como os problemas gerados durante a sua linha evolutiva.

No primeiro capítulo aborda-se a criação intelectual como expressão dos direitos da personalidade. Após a identificação da origem da proteção jurídica das criações intelectuais, enfrenta-se a divergência acerca da sua natureza: direitos da personalidade, direitos patrimoniais ou direitos integrantes de gêneros diversos.

No segundo capítulo analisa-se a abrangência do Direito Intelectual e a discussão existente acerca da sua eventual independência, como ramo autônomo do Direito. Também é abordada a tríplice divisão que o integra: o direito autoral, a propriedade industrial e a proteção *sui generis*.

No terceiro capítulo discorre-se especificamente sobre o direito autoral à luz da legislação brasileira. Após identificar as premissas constitucionais, apresenta-se a base da legislação brasileira sobre o tema, assim como os principais documentos de Direito Internacional sobre a matéria. Este capítulo é

subdividido em dois tópicos. O primeiro versa sobre os direitos do autor e os que lhe são conexos. O segundo está apoiado na análise dos direitos do autor nos programas de computador.

O método utilizado é o indutivo, vez que são utilizadas premissas parciais em relação à conclusão apresentada. A pesquisa utilizada é bibliográfica. No desenvolvimento há análise histórica da proteção das criações intelectuais, assim como ampla consulta dos textos da Constituição da República de 1988, de Convenções Internacionais e da legislação infraconstitucional.

2 A criação intelectual como expressão dos direitos da personalidade

O ordenamento jurídico brasileiro concede ampla tutela aos direitos da pessoa humana. Dentre as várias searas albergadas pelo sistema normativo brasileiro está o rol dos direitos da personalidade, disciplinado pela Constituição da República de 1988, pelo Código Civil de 2002 e por uma vasta legislação esparsa.

A criação intelectual é inerente à condição humana, o que se constata mediante análise (ainda que perfunctória) da evolução da sociedade, desde a produção dos primeiros instrumentos de trabalho e da descoberta do fogo até a criação (hodierna) de vasto aparato tecnológico. Ferramentas e técnicas foram (e continuam sendo) descobertas continuamente pelos seres humanos, característica que, aliás, permite o domínio da espécie humana sobre as demais.

Assim como a atividade criativa humana se manifesta por um movimento natural, a necessidade de proteger as criações intelectuais também surge como uma demanda social básica. Para isso o Direito fornece elementos que permitem a tutela de parte[1] dessas criações, de modo a assegurar aos autores a exclusividade dos benefícios morais e patrimoniais[2] decorrentes da obra, objeto ou técnica criada.

---

[1] Haja vista que algumas criações não são albergadas pela proteção legal, conforme abordagem constante do tópico 3.1.

[2] Ou apenas patrimoniais, a depender do ordenamento jurídico de cada Estado soberano, ou, ainda, da natureza da criação intelectual.

A Antiguidade Clássica fornece os primeiros indicativos da necessidade de proteção das criações intelectuais. Ainda que de forma rudimentar, tanto na Grécia Antiga como no Direito Romano constata-se a pretensão de garantir aos criadores a tutela jurídica da criação (ZANINI, 2013, p. 134).

O primeiro embrião direcionado à proteção das criações intelectuais é oriundo da Grécia Antiga e data de 330 a.C. Trata-se, precisamente, de uma lei que impunha o depósito de cópias exatas de obras clássicas nos arquivos do Estado, cujo objetivo era garantir o respeito dos textos já produzidos, tanto por atores como por copistas (ZANINI, 2013, p. 135).

Do Direito Romano também é possível extrair elementos, ainda que embrionários, da tutela das criações intelectuais. Embora o período registre a existência de distinção entre direito patrimonial e direito moral do autor, não foram localizadas regras específicas, nem casos nos quais os direitos do autor tenham sido judicialmente pleiteados após eventual prejuízo (ZANINI, 2013, p. 137).

O Direito Romano também fornece contribuição relevante à constatação de direitos econômicos oriundos das atividades intelectuais. Dentre outras ocorrências, a existência deste interesse se evidencia em uma carta que Cícero enviou a Atticus, por meio da qual elogiou a comercialização de um discurso (*Pro Ligario*) e informou que lhe entregaria outros que viesse a produzir (FRAGOSO, 2009, p. 61).

No entanto, somente por meio do Estatuto da Rainha Ana[3] – em 1710 – e com o advento da Revolução Francesa, por meio dos decretos de 1791 e 1793, é que a tutela das criações intelectuais ganhou seus primeiros regramentos específicos (ZANINI, 2013, p. 148).

Desde o início da proteção legal até a atualidade, o tema em voga apresenta evolução constante. Se no passado se cogitava apenas da tutela de escritos e obras de arte, hoje o tema alberga assuntos relacionados à engenharia genética, programas de informática, topografia de circuitos integrados, cultivares, entre outros.

Em paralelo à quantidade de questões que passaram a integrar a pauta de proteção das criações intelectuais, também evoluiu a discussão acerca da

[3] O Estatuto da Rainha Ana é considerado a primeira lei de *copyright* da história (ZANINI, 2010).

sua natureza jurídica. Especificamente, discute-se se elas integram o rol de direitos da personalidade, de direitos patrimoniais, ou gêneros diversos.

Acerca da divergência na alocação das criações intelectuais, Maria Helena Diniz pontua que:

> Uns entendem-no um direito da personalidade (Bertand, Dahn, Bluntschli, Heymann, Tobias Barreto e Glerke), pois o direito de autor constitui um elemento de personalidade, cujo objeto é a obra intelectual, tida como parte integrante da esfera da própria personalidade. Outros, como Kohler, Escarra e Dabin, Ahrens, Ilhering, Dernburg, consideram-no como uma modalidade especial de propriedade, ou seja, a propriedade incorpórea, imaterial ou intelectual. (2009, p. 343)

Não obstante a existência de teorias estanques, há quem defenda gêneros diversos, como Maria das Graças Ribeiro de Souza, para quem os direitos do autor são:

> antes da publicação, um direito pessoal. Após a comunicação da obra ao público, ao elemento pessoal junta-se o patrimonial, fazendo com que esses dois elementos amalgamados no interior do direito de autor lhe imprimam uma natureza mista. (1988, p.175)

Mas a questão não se resume aos três pontos de vista expostos. Há vários outros, bem sintetizados por Eduardo S. Pimenta:

> Alguns juristas esboçaram suas teorias quanto à natureza jurídica civil dos direitos autorais. No entanto, ressaltaremos as quais julgamos serem elementares: teoria do privilégio ou do monopólio legal do autor (Randa e Renouard); teoria do contrato tácito entre o autor e a sociedade (Marion); teoria da obrigação delitual do contrafator (Gerber e Laband); teoria da propriedade intelectual, com as suas evoluções, como teoria dos bens jurídicos imateriais (Kohler e Stobe); teoria da quase-propriedade (Del Giudice); teoria do usufruto autoral (Miraglia e Ottolengui); teoria da propriedade sui generis (Vidari e Astuni); teoria da propriedade da forma (Lasson); teoria do direito patrimonial (Chironi); teoria do direito da personalidade (Kant e Gierke); teoria da personalidade pensante (Piola Caselli); teoria dos direitos sobre bens intelectuais (Picard); teoria do duplo caráter "real e pessoal" (Riezler), com evoluções predominantes, ora para o pessoal, ora para o real; outros atribuem a cada um desses elementos uma fase dos direitos do autor (Bianchi e Brini) etc. (1994, p. 30)

As peculiaridades que cercam as criações intelectuais levam a maior parte dos juristas a se posicionar pela natureza *sui generis* deste direito

(NETO, 1998, p. 46). Isso porque ele ora agrega direitos de natureza pessoal e direitos de natureza patrimonial, ora recai apenas sobre os últimos.

Grosso modo, há dois estágios no processo de criação intelectual. O primeiro é a fase de idealização e de produção da criação. O segundo é o de efetiva divulgação da obra, objeto ou técnica, ou seja, é o momento no qual a criação é tornada pública.

De se ressaltar, no entanto, que o momento de surgimento da esfera de proteção patrimonial também não é pacífico na doutrina. Para exemplificar as divergências, tem-se, pela consideração da publicação como marco de incidência da tutela patrimonial, a doutrina de Maria das Graças Ribeiro de Souza (1988, p. 175). Já José de Oliveira Ascensão considera que *o direito surge, na totalidade dos seus aspectos pessoais e patrimoniais, logo com a criação da obra* (1980, p. 69-70), o que torna a publicação irrelevante.

De fato a melhor doutrina é a que atribui às criações intelectuais uma proteção global e não estanque, isto é, não pontualmente divisível a partir de um marco circunstancial específico. Em outras palavras, ambas as formas de tutela incidem *ab initio*. Nesse sentido é, também, o posicionamento de Pimenta, para quem *o direito autoral tem ao mesmo tempo características de direito pessoal e de direito real* (1994, p. 25).

Há, portanto, natureza híbrida no direito às criações intelectuais, que congrega aspectos morais e patrimoniais, que surgem a partir do exercício da atividade criativa humana e que merece tutela específica do Direito, seja por meio de um ramo específico, como defende Bittar (1994, p. 87), ou por meio do Direito Civil e do Direito Empresarial – a depender da espécie de criação intelectual.

Em qualquer caso, evidente a ênfase dos direitos da personalidade sobre a questão. Somente em virtude da liberdade de pensamento e da liberdade de manifestação deste pensamento é que o ser humano pode desenvolver amplamente sua atividade criativa[4]. Mais do que isso, carece de um sistema normativo que lhe assegure a proteção moral e patrimonial para o resultado da sua atividade.

---

[4] Diferente do que ocorre, *verbi gratia*, na Coréia do Norte, que restringe até mesmo a liberdade de pensamento dos seus habitantes (PARK, 2016, p. 73).

O direito à criação intelectual, nesse contexto, se insere no rol de direitos da personalidade que o Estado brasileiro deve tutelar de modo formal e substancial. Para isso, aliás, fundamental que a atualização normativa seja constante, para evitar que frações da atividade criativa humana permaneçam descobertas de tutela jurídica.

Nesse contexto, fundamental identificar a abrangência do Direito Intelectual, de modo que se possa compreender as espécies de criações que são tuteladas pelo Direito, de acordo com as peculiaridades que cada uma apresenta.

3 A abrangência do direito intelectual

O sentido da expressão “Direito Intelectual” empregada na presente pesquisa abarca todas as formas de manifestação da atividade de criação, esteja ela relacionada às pessoas físicas ou jurídicas – não obstante a ressalva feita ao início, que indica como foco deste trabalho as criações intelectuais das pessoas humanas que constituem o objeto do direito autoral.

Ademais, prefere-se o uso da expressão “Direito Intelectual” em detrimento de “Propriedade Intelectual” em virtude da melhor adequação, notadamente em razão do que expôs anteriormente. Como o aspecto patrimonial das criações intelectuais coexiste com o pessoal, a utilização da expressão “Direito Intelectual” mostra-se mais adequada a esta coexistência, diferente do uso da expressão “Propriedade Intelectual” que pode gerar a (falsa) aparência de que está a analisar apenas aspectos patrimoniais das criações intelectuais – em virtude do uso do termo “propriedade”.

A abrangência do Direito Intelectual sofreu paulatina majoração, à medida que a evolução da sociedade forneceu meios para que as pessoas desenvolvessem seus potenciais criativos, tanto na esfera privada como no exercício das atividades empresariais.

Junto com o crescimento das áreas que carecem da tutela do Estado em relação às criações intelectuais, cresce também o movimento de juristas que sustentam a necessidade de um ramo autônomo do direito para pesquisar o assunto. Esse movimento, contudo, não é novo. Desde 1994, por exemplo, a

relevância de uma disciplina autônoma já era defendida por Carlos Alberto Bittar mediante as seguintes justificativas:

> Forma, portanto, o Direito de Autor regime próprio de disciplinação jurídica, contando, ademais, com organismos internacionais e nacionais (Conselhos ou Oficinas ou Registros) que atuam na normalização, na assistência e na fiscalização dos direitos reconhecidos. Constitui sistema ordenado e especial, no sentido colocado por Miguel Reale (*Filosofia do Direito*, 1962), Luis Recaséns-Siches (*Nueva Filosofia de la Interpretación del Derecho*, 1973) e Carlos Maximiliano (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 11ª. ed.), apto a oferecer soluções justas e coerentes para questões extranacionais, como as do Mercosul, e nacionais, que ora se debatem. (1994, p. 95) (grifo nosso)

Concorde-se ou não com a pretendida autonomia, ainda que o Direito Intelectual não possa se destacar como um ramo independente, ele possui aspectos peculiares que demandam análise específica. Ele compreende, enquanto gênero, três grupos espécimes: o direito autoral, a propriedade industrial e as proteções *sui generis*.

O direito autoral abrange os direitos do autor e os direitos conexos, bem como os programas de computador (JUNGMANN; BONETTI, 2010, p. 24). Trata-se da seara que cuida da tutela jurídica de obras literárias, científicas e artísticas, como livros, músicas, pinturas, esculturas, filmes, *softwares*, entre outros.

Em razão da imediata ligação com os direitos da personalidade, inclusive de modo mais intenso dos que os demais – isto é, do que os direitos de propriedade industrial e dos que integram o grupo *sui generis* –, o direito autoral será analisado mais detalhadamente em tópico autônomo.

Diferente da propriedade industrial, que é disciplinada no bojo do Direito Empresarial, o direito autoral ganhou albergue expresso no âmbito dos direitos da personalidade, haja vista previsão do artigo 20, *caput* e parágrafo único do Código Civil, que dispõe:

> Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a

> boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.
> Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

A transmissão da palavra e a divulgação de escritos, não obstante já tivessem proteção com base na Lei n.º 9.610/98, receberam tutela específica do Código Civil de 2002. Ao inserir o tema no âmbito dos direitos da personalidade, mencionado *Codex* viabilizou a proibição, assim como a indenização em virtude de eventuais prejuízos gerados ao autor. Mais do que isso, legitimou o cônjuge, ascendentes e descendentes para a o pleito dessa natureza, o que demonstra a extensão *post mortem* dos direitos do autor (GONÇALVES, 2011, p. 162).

A propriedade industrial, como mencionado, possui relação direta com o Direito Empresarial, haja vista que seu objeto decorre do exercício da atividade econômica. Ela abrange a proteção das marcas, das patentes e do desenho industrial (COELHO, 2006, p. 85).

As marcas são signos designativos de produtos ou serviços que tem por objetivo evitar a confusão dos consumidores no mercado de consumo (COELHO, 2006, p. 91).

As patentes visam conferir exclusividade a uma invenção ou modelo de utilidade em processos de aplicação industrial. A invenção é

> o ato original do gênio humano. Toda vez que alguém projeta algo novo que desconhecia, estará produzindo uma invenção. Embora toda invenção seja, assim, original, nem sempre será nova, ou seja, desconhecida das demais pessoas. E a novidade [...] é condição de privilegiabilidade da invenção. (COELHO, 2006, p. 86)

O modelo de utilidade, diferentemente, é

> o objeto de uso prático suscetível de aplicação industrial, com novo formato de que resulta melhores condições de uso ou fabricação. Não há, propriamente, invenção, mas acréscimo na utilidade de alguma ferramenta, instrumento de trabalho ou utensílio, pela ação da novidade parcial que se lhe agrega. (COELHO, 2006, p. 86)

Já o desenho industrial *diz respeito à forma dos objetos, e serve tanto para conferir-lhe um ornamento harmonioso como para distingui-los de outros do mesmo gênero* (COELHO, 2006, p. 89).

A evolução da sociedade e das formas de interação humana comprovou a insuficiência dos modelos existentes para outras formas de proteção das criações intelectuais. Novos objetos surgiram sem que pudessem ser perfeitamente alocados nos sub-ramos do direito autoral ou da propriedade industrial, o que gerou a necessidade de abertura de um terceiro sub-ramo do Direito Intelectual: o das proteções *sui generis*.

No grupo das proteções *sui generis* são inseridas: a topografia de circuitos integrados e os cultivares. A definição da primeira é dada pelo inciso II do artigo 26 da Lei n.º 11.484/2007:

> Art. 26. Para os fins deste Capítulo, adotam-se as seguintes definições:
> [...]
> II – topografia de circuitos integrados significa uma série de imagens relacionadas, construídas ou codificadas sob qualquer meio ou forma, que represente a configuração tridimensional das camadas que compõem um circuito integrado, e na qual cada imagem represente, no todo ou em parte, a disposição geométrica ou arranjos da superfície do circuito integrado em qualquer estágio de sua concepção ou manufatura.

Os cultivares também foram objeto de disciplina legal específica. Trata-se da proteção jurídica que recai sobre espécies vegetativas, inclusive híbridas, ou seja, decorrentes do cruzamento de linhagens genéticas diferentes (art. 3º, XI, da Lei n.º 9.456/97).

A definição geral de cultivar está prevista no inciso IV do artigo 3º da Lei n.º 9.456/97:

> Art. 3º Considera-se, para os efeitos desta Lei:
> [...]
> IV - cultivar: a variedade de qualquer gênero ou espécie vegetal superior que seja claramente distinguível de outras cultivares conhecidas por margem mínima de descritores, por sua denominação própria, que seja homogênea e estável quanto aos descritores através de gerações sucessivas e seja de espécie passível de uso pelo complexo agroflorestal, descrita em publicação especializada disponível e acessível ao público, bem como a linhagem componente de híbridos.

A extensão dos direitos decorrentes da criação intelectual é diferente para cada categoria mencionada. No caso dos cultivares e da propriedade industrial se está diante de uma tutela patrimonial relacionada à atividade econômica. Já no caso dos direitos autorais tem-se, em paralelo à proteção patrimonial, ampla tutela moral da criação, cuja regência normativa decorre dos direitos da personalidade, tema que será abordado a seguir.

4 O direito autoral à luz da legislação brasileira

O ordenamento jurídico brasileiro confere ampla tutela aos direitos do autor. Além da Constituição da República há vasto conteúdo normativo em caráter infralegal. Também há normas de Direito Internacional que foram internalizadas pelo País, o que fortalece a proteção do Direito Autoral.

Em esfera constitucional, os incisos XXVII e XXVIII do artigo 5º preveem:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;
> XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:
> a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
> b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.

Os dispositivos constitucionais em referência tutelam, especificamente, os direitos do autor, enquanto o inciso XXIX determina a criação de lei direcionada à tutela da propriedade industrial.

O Código Civil, por seu turno, disciplina os direitos da personalidade ao longo dos artigos 11 a 21. Especificamente sobre o direito às criações intelectuais, versa em linhas gerais no artigo 20, conforme ressaltado anteriormente. Mas em outros dispositivos civilistas também é possível identificar a proteção dos direitos do autor, como no artigo 964 – integrante do

Título que disciplina preferência e privilégios creditórios e que regula a insolvência civil –, que assegura privilégio especial ao autor sobre os exemplares de obras existentes na massa do editor, pelo crédito contra este que tenha natureza no contrato de edição.

Não obstante, está na legislação esparsa a principal fonte de proteção do Direito Autoral. Hodiernamente o Direito do Autor é disciplinado por duas leis ordinárias federais: a Lei n.º 9.609 e a Lei n.º 9.610, ambas de 1998. A par delas existem outras leis que versam sobre Direito Intelectual, mas relacionadas a assuntos que não são objeto de abordagem da presente obra – como a Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996, que dispõe sobre direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, a Lei n.º 9.456, de 25 de abril de 1997, que institui a lei de proteção de cultivares, a Lei n.º 11.484, de 31 de maio de 2007, que dispõe sobre a proteção das topografias de circuitos integrados, entre outras.

A Lei n.º 9.609, de 19 de fevereiro de 1998 dispõe sobre a propriedade intelectual de programas de computador. O regime de propriedade intelectual desta seara é o mesmo conferido às obras literárias, mas há ressalvas. Não se aplicam aos programas de computador, por exemplo, disposições relativas a danos morais, com as ponderações normativas previstas no § 1º do artigo 2º da Lei n.º 9.609/98.

A Lei n.º 9.610, também de 19 de fevereiro de 1998, regula os direitos autorais, ou seja, os direitos do autor e os que lhe são conexos. Trata-se de uma legislação consolidada sobre a seara dos direitos autorais, que substituiu a Lei n.º 5.988/73 – até então regente do Direito do Autor no Brasil.

Mas a regulação do Direito Autoral não se resume ao âmbito interno. Em verdade, há ampla normatização do tema perante o Direito Internacional. Um dos marcos reguladores da proteção de obras literárias e artísticas em nível externo é a Convenção de Berna, de 1986. Por meio dela estende-se a proteção da obra do autor perante todos os Estados signatários da Convenção, não estando a tutela, portanto, adstrita aos limites territoriais do Estado em que a produção foi publicada originariamente.

O Brasil é signatário da Convenção de Berna, que foi promulgada por meio do Decreto n.º 75.699, de 6 de maio de 1975. Seu objeto de guarida jurídica alberga:

> todas as produções do domínio literário, cientifico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão, tais como os livros, brochuras e outros escritos; as conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza; as obras dramáticas ou dramático-musicais; as obras coreográficas e as pantomimas; as composições musicais, com ou sem palavras; as obras cinematográficas e as expressas por processo análogo ao da cinematografia; as obras de desenho, de pintura, de arquitetura, de escultura, de gravura e de litografia; as obras fotográficas e as expressas por processo análogo ao da fotografia; as obras de arte aplicada; as ilustrações e os mapas geográficos; os projetos, esboços e obras plásticas relativos à geografia, à topografia, á arquitetura ou às ciências. (BRASIL, 1975)

Além da Convenção de Berna, existem outros documentos internacionais que tem por objeto o Direito Autoral, como: a Convenção Universal sobre Direito do Autor, de 1971, promulgada por meio do Decreto n.º 76.905, de 24 de dezembro de 1975, e a Convenção de Roma, 1961, promulgada pelo Decreto n.º 57.125/65.

Tanto a lei de regência dos direitos do autor e dos que lhe são conexos, como a lei que disciplina os programas de computador foram elaboradas após a internalização destas Convenções no Direito brasileiro, o que o mantém atual e compatível com a ordem jurídica externa.

4.1 Os direitos do autor e os que lhe são conexos

Os direitos do autor e os que lhe são conexos são disciplinados por meio da Lei n.º 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Antes dela, a regência do tema ficava ao cabo da Lei n.º 5.988/73, que foi totalmente revogada com a sua entrada em vigor.

As obras intelectuais protegidas pela legislação são as criações do espírito humano expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que ainda seja inventado, como:

a) textos de obras literárias, artísticas ou científicas (art. 7º, I, da Lei n.º 6.910/98);

b) conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza (art. 7º, II, da Lei n.º 6.910/98);

c) obras dramáticas e dramático-musicais (art. 7º, III, da Lei n.º 6.910/98);

d) obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma (art. 7º, IV, da Lei n.º 6.910/98);

e) composições musicais, tenham ou não letra (art. 7º, V, da Lei n.º 6.910/98);

f) obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas (art. 7º, VI, da Lei n.º 6.910/98);

g) obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia (art. 7º, VII, da Lei n.º 6.910/98);

h) obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética (art. 7º, VIII, da Lei n.º 6.910/98);

i) ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza (art. 7º, IX, da Lei n.º 6.910/98);

j) projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência (art. 7º, X, da Lei n.º 6.910/98);

k) adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova (art. 7º, XI, da Lei n.º 6.910/98);

l) coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual (art. 7º, XIII, da Lei n.º 6.910/98).

Os programas de computador também são considerados obras intelectuais, mas são regidos por legislação específica – conforme se mencionou –, cuja abordagem será feita em tópico autônomo.

Assim como a Lei de Direitos Autorais apresenta um rol do que se considera obra intelectual, também apresenta uma relação sobre o que não constitui objeto de proteção, nos termos do seu artigo 8º:

> Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei:

> I - as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais;
> II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios;
> III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções;
> IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais;
> V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas;
> VI - os nomes e títulos isolados;
> VII - o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras.

A proteção dos direitos do autor não depende de registro. Não obstante, o autor pode registrar sua obra caso queira, hipótese em que deverá fazê-lo perante o órgão público competente.

Mas quais são, efetivamente, os direitos do autor? Há dois grupos de direitos que incidem sobre as criações intelectuais do autor: os morais e os patrimoniais. Sobre eles valem as ponderações apresentadas no primeiro tópico desta pesquisa. A par delas, a Lei de Direitos Autorais disciplinou expressamente o tema.

Direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis (art. 27 da Lei n.º 9.610/98). São responsáveis pela proteção de uma extensão da personalidade do autor (BARBOSA, 2010, p.126). Por força de lei, o autor pode, com base nesses direitos:

a) reivindicar a autoria da obra a qualquer tempo (art. 24, I, da Lei n.º 6.910/98);

b) ter o seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado como autor sempre que a obra for utilizada (art. 24, II, da Lei n.º 6.910/98);

c) conservar a obra inédita (art. 24, III, da Lei n.º 6.910/98);

d) assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra (art. 24, IV, da Lei n.º 6.910/98);

e) modificar a obra, antes ou depois de utilizada (art. 24, V, da Lei n.º 6.910/98);

f) retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem (art. 24, VI, da Lei n.º 6.910/98);

g) ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado (art. 24, VII, da Lei n.º 6.910/98).

Em paralelo, os direitos patrimoniais do autor lhe asseguram o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da sua obra (art. 28 da Lei n.º 6.910/98). A forma de disponibilização, que inclui a abrangência e a existência, ou não, de contraprestação, é discricionária do autor.

Diante da natureza, nem mesmo a aquisição da versão original de uma obra confere ao adquirente os direitos dela decorrentes. Nesse caso, os direitos patrimoniais do autor permanecem assegurados, embora seja possível a contratação de situação diferente entre as partes. Isso porque os direitos patrimoniais estão na esfera de disponibilidade do autor, diferente dos direitos morais mencionados acima.

Os direitos patrimoniais do autor vigem por 70 (setenta anos), contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao do seu falecimento, conforme prevê o artigo 41 da Lei de Direitos Autorais. Em caso de coautoria e sendo a obra indivisível, o prazo em referência se conta a partir do óbito do último dos coautores.

Admite-se a transferência dos direitos de autor, seja de forma total ou parcial. No primeiro caso, porém, os direitos morais não estão compreendidos no objeto transferido, seja pela natureza destes, bem como por expressa ressalva da legislação (artigo 49, I da Lei n.º 6.910/98).

Além dos direitos de autor, a Lei n.º 9.610/98 regula os “direitos que lhe sejam conexos”. Estes são os direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão (art. 89). Não se confundem com os direitos do autor, nem alteram as garantias asseguradas a estes.

Os artistas que interpretam ou executam têm o direito exclusivo de autorizar ou proibir, a título oneroso ou gratuito: a fixação das suas interpretações ou execuções; a colocação à disposição do público de suas interpretações ou execuções, de maneira que qualquer pessoa a elas possa ter acesso, no tempo e no lugar que individualmente escolherem; entre outros (art. 90 da Lei n.º 6.910/98).

Do mesmo modo, os produtores fonográficos e as empresas de radiodifusão têm direitos específicos – previstos nos artigos 93 e 95 da mesma lei, respectivamente –, que decorrem da natureza da sua atividade e que não se confundem com os direitos do autor. É o caso, por exemplo, de quem converte uma obra literária numa peça de teatro.

Em paralelo à proteção do Direito do Autor, há uma subespécie que foi disciplinada separadamente pela legislação, haja vista algumas peculiaridades que lhe cercam. Trata-se, precisamente, dos programas de computador, que estão abordados na sequência.

4.2 Os direitos do autor nos programas de computador

Os direitos autorais de programas de computador estão disciplinados na Lei n.º 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Esta lei foi publicada conjuntamente com a Lei n.º 9.610/98, abordada no tópico anterior. Embora inserido no rol do artigo XII do artigo da Lei de Direitos Autorais, os programas de computador receberam atenção legislativa especial.

O regime de proteção das criações intelectuais de programas de computador é, basicamente, o mesmo conferido às obras literárias pela Lei n.º 9.610/98. Contudo, não se aplicam as disposições relativas aos direitos morais, exceto o direito do autor de reivindicar a autoria do programa de computador e o direito de opor-se a alterações não autorizadas, quando estas gerarem deformação, mutilação ou outra forma de alteração do programa de computador, de modo que dela resulte prejuízo a sua honra ou à sua reputação.

A definição de programa de computador é dada pelo artigo 1º da Lei n.º 9.609/98, conforme abaixo:

> Art. 1º Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.

Também é diferente o prazo de proteção dos direitos relativos aos programas de computador, que é de 50 (cinquenta) anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação, ou, na ausência desta, da sua criação.

A proteção jurídica dos direitos de propriedade intelectual dos programas de computador não depende de registro, assim como dos direitos autorais em geral. Nada impede, contudo, que o autor faça o registro perante o órgão competente, hipótese na qual deverá preencher os requisitos impostos pelo artigo 3º da Lei n.º 9.609/98.

Relevante salientar que, por força de lei, não constitui ofensa aos direitos do titular do programa de computador, dentre outras, a reprodução, em um só exemplar, de cópia legitimamente adquirida, desde que destinada à cópia de salvaguarda ou armazenamento eletrônico (art. 6º, I da Lei n.º 9.609/98).

Não obstante as semelhanças com os direitos do autor disciplinados por meio da Lei n.º 9.610/98, os programas de computador se colocam em zona limítrofe na tutela das criações intelectuais, também apresentando traços característicos da propriedade industrial. Entre um e outro, contudo, efetivamente se constata que os programas de computador estão mais ao lado dos Direitos do Autor do que da Propriedade Industrial, especialmente pela aplicação, ainda que moderada, de algumas exceções em relação aos direitos morais, conforme se expôs.

5 Conclusão

As criações intelectuais passaram a receber tutela jurídica em 1710, por meio do Estatuto da Rainha Ana, não obstante a existência de embriões dessa proteção na Grécia Antiga e no Direito Romano. A partir daí houve grande evolução da legislação de regência da matéria.

A vasta legislação que rege as criações intelectuais decorre da quantidade de espécies que demandam proteção. Há largas diferenças entre obras, objetos e técnicas criados pela pessoa humana, o que exige adaptações legislativas adequadas às peculiaridades de cada uma.

O Direito Intelectual, expressão utilizada em substituição da Propriedade Intelectual, compreende três espécies de criações intelectuais: o direito autoral, a propriedade industrial e a proteção *sui generis*. Na primeira espécie encontra-se ampla proteção moral em paralelo à proteção patrimonial, o que não se visualiza, do mesmo modo, nas outras espécies.

Não obstante a existência de divergências doutrinárias, acertada a compreensão daqueles para os quais não há um marco estanque na divisão entre o início do direito patrimonial do autor e o término do seu direito moral, no que tange aos direitos autorais. Há, portanto, uma natureza híbrida no direito autoral, que congrega elementos de tutela moral e patrimonial do autor, o que o insere no rol de direitos da personalidade.

Com base nos direitos morais do autor, admite-se a reivindicação da autoria de obra a qualquer tempo, a modificação desta antes ou depois de utilizada, entre outras faculdades previstas na Lei n.º 6.910/98. Já os direitos patrimoniais concedem ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da sua obra.

Embora inserido no rol de direitos do autor, a criação dos programas de computador tem regramento legal específico, que lhe tolhe parte dos direitos morais previstos na Lei n.º 6.910/98. Não obstante, não permite que sejam inseridos na espécie da propriedade industrial e, por conseguinte, que sejam excluídos do rol de direitos da personalidade.

Diante do exposto, conclui-se que a legislação brasileira voltada à tutela das criações intelectuais, notadamente dos direitos autorais, atende aos mandamentos constitucionais constantes do artigo 5º, pois viabiliza instrumentos de proteção moral e patrimonial do autor, de modo a viabilizar a eficácia substancial dos direitos da personalidade relacionados a esta seara.

Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. Autonomia científica do direito de autor. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. Vol. 89, São Paulo/SP, 1994, pp. 87-98. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67238/69848>. Acesso em: 12 jun. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 jun. 2017.

_____. *Decreto nº 57.125, de 19 de outubro de 1965*. Promulga a Convenção Internacional para proteção aos artistas intérpretes ou executantes, aos produtores de fonogramas e aos organismos de radiodifusão. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=90466&norma=115987>. Acesso em: 14 jul. 2017.

_____. *Decreto nº 75.699, de 6 de maio de 1975*. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm>. Acesso em: 13 jul. 2017.

_____. *Decreto nº 76.905, de 24 de dezembro de 1975*. Promulgada a convenção Universal sobre Direito de Autor, revisão de Paris, 1971. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=99317&norma=123194&anexos=>. Acesso em: 14 jul. 2017.

_____. *Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973*. Regula os direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5988.htm>. Acesso em: 18 jul. 2017.

_____. *Lei nº 9.456, de 25 de abril de 1997*. Institui a Lei de Proteção de Cultivares e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9456.htm>. Acesso em: 02 jul. 2017.

_____. *Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9609.htm>. Acesso em: 24 jun. 2017.

_____. *Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 jun. 2017.

_____. *Lei nº 11.484, de 31 de maio de 2007*. Dispõe sobre os incentivos às indústrias de equipamentos para TV Digital e de componentes eletrônicos

semicondutores e sobre a proteção à propriedade intelectual das topografias de circuitos integrados, instituindo o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores – PADIS e o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Equipamentos para a TV Digital – PATVD; altera a Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993; e revoga o art. 26 da Lei no 11.196, de 21 de novembro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11484.htm>. Acesso em: 02 jul. 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito autoral: da antiguidade à internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil 1 esquematizado: parte geral, obrigações, contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

JUNGMANN, Diana de Mello; BONETTI, Esther Aquemi. *A caminho da inovação: proteção e negócios com bens de propriedade intelectual: guia para o empresário*. Brasília: IEL, 2010.

PARK, Yeonmi. *Para poder viver: a jornada de uma garota norte-coreana para a liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

PIMENTA, Eduardo S. *Dos crimes contra a propriedade intelectual: violação de direito autoral, usurpação de nome ou pseudônimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SOUZA, Maria das Graças Ribeiro. *Direito Moral do Autor Literário*. Dissertação de Mestrado. Belo Horizonte: UFMG, 1988.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A tutela das criações intelectuais e a existência do direito de autor na antiguidade clássica. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*. Vol. 08, n. 01, Franca/SP, 2013, pp. 133-150. Disponível em: <http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/227/192>. Acesso em: 02 jun. 2017.

_____. O Estatuto da Rainha Ana: estudos em comemoração dos 300 anos da primeira lei de copyright. *Revista de doutrina: da 4ª Região*. Num. 34, Porto Alegre/RS, 2010. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao039/leonardo_zanini.html>. Acesso em: 03 jun. 2017.

16. INTEGRIDADE FÍSICA E A CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL

Eliara Bianospino Ferreira do Vale
Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru
Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Pós-graduação e Extensão
Pós-graduada em Direto Penal pela Universidade Paulista
Docente da Universidade Paulista, Faculdade Anhanguera e Faculdade Galileu
Advogada

1 Introdução

Este ensaio tem por escopo pesquisar a tutela jurídica da integridade física sob o aspecto penal e civil, em relação à prática médica da cirurgia de redesignação sexual que visa alterar o fenótipo masculino para o feminino e vice-e-versa. Abordar-se-á a integridade física como objeto jurídico do crime de lesão corporal e como elementar da personalidade humana.

O termo integridade é um substantivo feminino que significa a qualidade ou estado de inteiro, íntegro ou completo. Corresponde à plenitude, inteireza ou a ausência de ataque ao indivíduo ou ainda objeto que não sofre agressão, mantendo-se ileso, intacto ou incólume.

O direito à integridade física, psíquica e moral do indivíduo deriva do direito à vida e, relacionado com o direito à saúde, pois o ser humano deve ser protegido em seus mais variados aspectos, propiciando uma existência com qualidade e dignidade e fomentando o exercício de direitos fundamentais e da personalidade de um indivíduo. É tutelado constitucionalmente e pela legislação comum.

A pesquisa, meramente bibliográfica e documental, busca abordar a tutela constitucional da integridade pessoal e suas divisões. Investigar a proteção penal integridade física por meio da tipificação da conduta do delito de lesão corporal previsto no art. 129, do Código Penal e a análise da cirurgia de adequação do sexo biológico ao psíquico do indivíduo como figura atípica e lícita. Para tanto, utilizar-se-á do método dedutivo analisando preceitos

relativos aos direitos da personalidade, análise do tipo penal específico, Resoluções do Conselho Federal de Medicina, Propostas legislativas, além de alguns julgados e doutrinas correlatas.

2 Integridade pessoal

A integridade pessoal é um conceito amplo, que inclui a integridade moral, psíquica e física. Trata-se de direito previsto na Constituição de vários países, geralmente elencados como direitos da personalidade, os quais Carlos Alberto Bittar define como aqueles que:

> São dotados de caracteres especiais, para uma proteção eficaz á pessoa humana, em função de possuir, como objeto, os bens mais elevados do homem. (...) Constituem direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*, como tem assentado a melhor doutrina. (BITTAR, 1989, p.11)

É inegável que os direitos da personalidade são tutelados pela Constituição Federal como liberdades públicas e estão bem delineados no Código Civil brasileiro. No plano penal se apresentam pela tutela repressiva mediante a tipificação de várias condutas atentatórias à vida, à integridade, à saúde, à honra, ao segrego etc. e, na seara cível, a proteção se dá através de indenização por perdas e danos decorrente da violação do nome, da imagem, da propriedade intelectual etc.

O direito à integridade intelectual ou psíquica se refere às liberdades de exteriorização de pensamento (culto, informação ou comunicação, científica, artísticas, intelectual ou de cátedra) e de consciência (crença e consciência), bem como a intimidade e o sigilo pessoal e profissional, devendo o Estado abster-se de legitimar qualquer violação e assegurar tais prerrogativas ao cidadão.

Os direitos morais da personalidade se fundamentam na ideia de uma ideia de vida digna que demanda proteção além dos aspectos físicos e psíquicos do indivíduo. Por isso, há atributos morais assegurados expressamente pela Constituição, constituindo ao lado dos direitos psíquicos e físicos, direitos fundamentais individuais do cidadão. O direito à integridade

moral engloba a identidade pessoal, familiar e social, como o nome e outros sinais individualizadores, bem como a honra.

Os direitos físicos da personalidade ou direito à integridade física ou material compreende o direito ao corpo (órgão e membros) vivo e *post mortem.* Diz respeito à integridade corporal e à existência física do sujeito.

3 Direito à integridade física e a tutela penal

Corpo é o conjunto de aparelhos ou sistemas parciais numa estrutura total que compõe o organismo humano. Órgãos são agrupamentos de tecidos que executam funções específicas como aquelas ligadas aos sistemas digestório, respiratório, endócrino, circulatório, reprodutivo, nervoso, urinário e excretor. Membros são partes fundamentais do corpo humano ao lado da cabeça e do tronco. São classificados em superiores como os braços, antebraços, ombros e mãos e inferiores como o quadril, coxas, pernas e pés.

O direito à integridade física compreende a plena saúde física e mental (ou intelectual) do ser humano, protegendo a incolumidade do corpo e da mente do indivíduo. Deste modo, “compreende a integridade corporal, o corpo como um todo, como órgãos e membros, a imagem ou efígie” (BITTAR, 1989, p.17).

A tutela penal se impõe especialmente com a tipificação do delito de lesões corporais, previsto no art. 129, do Código Penal, o qual é crime de dano ou material, isto é, depende do resultado danoso.

O Direito Penal tutelou a integridade física, ao incriminar determinadas espécies de comportamentos ofensivos, contudo, somente a tutela civil desse direito foi capaz de ampliar tal proteção (PERES, 2001, p.152).

Diferentes celeumas se apresentam quando se trata de questões relativas à caracterização do crime de lesão corporal. Despertam interesse hipóteses como a colocação de brincos em recém-nascido, a circuncisão, tatuagens e transformações corporais com colocação de adornos como *piercings,* alargadores, *body modification* (modificação corporal), os transplantes, os esportes de alto risco e a automutilação, há ainda empasses que se destacam no campo do Direito a exemplo de discussões acerca da relação entre o delito de lesão corporal com as práticas da cirurgia de

adequação ou redesignação de sexo, que será objeto da presente investigação bibliográfica.

Antes do enfrentamento de tal tema propõe-se ao leitor a análise de parte do delito de lesão corporal previsto no art. 129 do Código Penal brasileiro, para que se faça relação entre a conduta humana e a descrição do ilícito penal, a fim de pensar sobre eventual tipificação da ação do médico que promove a cirurgia redesignadora de sexo em casos concretos.

Registre-se que, antes de tudo, a autolesão é impunível no ordenamento brasileiro, exceto quando configurar outro delito, como estelionato para fins de fraudar seguro (art.171, § 2º, V, CP)[1] ou o autoaborto (art.124, CP)[2], sendo a última hipótese discutida judicialmente.

Então, não há de se falar em responsabilização penal por crime de lesão corporal do paciente transexual que se submete à cirurgia transgenitalizadora ou para aquele que, lamentavelmente, venha se mutilar.

Eis parte do tipo penal, o qual contempla até o § 12:

> **CAPÍTULO II**
> **DAS LESÕES CORPORAIS**
> **Lesão corporal**
> Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:
> **Pena - detenção, de três meses a um ano**.
> **Lesão corporal de natureza grave**
> § 1º Se resulta:
> I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;
> II - perigo de vida;
> III - debilidade permanente de membro, sentido ou função;
> IV - aceleração de parto:
> **Pena - reclusão, de um a cinco anos.**
> § 2° Se resulta:
> I - Incapacidade permanente para o trabalho;
> II - enfermidade incurável;
> III perda ou inutilização do membro, sentido ou função;
> IV - deformidade permanente;
> V - aborto:

---

[1] Art. 171, CP. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:
Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.
§ 2º - Nas mesmas penas incorre quem:
(...)
Fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro
V - destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as consequências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro;

[2] Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:
Pena - detenção, de um a três anos.

> Pena - reclusão, de dois a oito anos.
> **Lesão corporal seguida de morte**
> § 3° Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo:
> Pena - reclusão, de quatro a doze anos**.**
> (...)

Como dano à integridade corpórea ou lesão corporal entende-se a alteração anatômica ou funcional, interna ou externa, que lese o corpo (ex: cortes, luxações, fraturas) e o dano à saúde compreende a alteração fisiológica ou psíquica. A dor física ou a crise nervosa, sem comprometimento físico ou mental não configura lesão corporal, embora, possa caracterizar crime de tortura, em tese.

No dizer de Cezar Roberto Bitencourt se encontra a definição de lesão corporal:

> Consiste em todo e qualquer dano produzido por alguém, sem animus necandi, à integridade física ou à saúde de outrem. Ela abrange qualquer ofensa à normalidade funcional do organismo humano, tanto no ponto de vista anatômico quanto do fisiológico ou psíquico. Na verdade, é impossível uma perturbação mental sem um dano à saúde, ou um dano á saúde sem uma ofensa corpórea. O objeto da proteção legal é a integridade física e a saúde do ser humano. (BITENCOURT, 2009, p.162)

A lesão corporal é crime que deixa vestígios, então requer a produção de exame de corpo de delito, conforme prescreve o artigo 158 do CPP.[3]

O legislador achou por bem escalonar os graus ou níveis da lesão, impondo com maior severidade no apenamento em consideração do resultado lesivo. Trouxe a lesão leve no *caput* do art.129, a grave no § 1º e a "gravíssima" no § 2º do mesmo artigo do Código Penal, assim dita pela doutrina.

Destaca-se a lesão "gravíssima" consistente na perda ou inutilização do membro, sentido ou função (art. 129, §2º, III) que implica na amputação ou ablação de qualquer membro, inferior ou posterior, ou mesmo sua completa inutilização.

---

[3] Art.158, CPP. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

A grande discussão acerca da suposta tipificação da conduta médica na realização de cirurgia de adequação do sexo é a de que os contrários a tal procedimento alegam que há a perda do membro sexual e a inutilização completa da função reprodutiva em razão da retirada das gônadas (testículos ou ovários), no caso, de membros e órgãos sadios.

Ou seja, a grande problemática reside na caracterização da conduta do médico que promove a cirurgia de transformação plástico-reconstrutiva da genitália externa, interna e caracteres sexuais secundários como criminosa. Nesse ponto, providencial a colocação de Maria Helena Diniz, segundo a qual:

> Fácil perceber que a mudança de sexo provoca a extirpação de órgãos genitais, logo, a operação é mutilante, constituindo um atentado à integridade corporal. Assim, há quem entenda que, por não ser uma cirurgia reparadora ou corretora, sendo destituída de ação curativa, nem mesmo o consenso do transexual maior e capaz a legitimaria, recaindo no código penal, arts. 129, § 2º, III e IV, e 307, e no Código de Ética Médica, art. 42. Por isso, em regra, o pedido de autorização judicial para mutação sexual é indeferido, em face da mutilação e da ofensa à integridade física, por causar deformidade permanente e perda da função genética e sexual. Constitui lesão corporal gravíssima por haver ablação de órgãos sadios. (DINIZ, 2002, p.238)

Uma vez feita a análise rápida e parcial do tipo penal da lesão corporal, passa-se a conhecer a cirurgia transgenitalizadora, melhor denominada de redesignadora de sexo e alguns de seus reflexos no campo do Direito.

4 Da cirurgia de adequação ou redesignação do sexo

Questões de gênero sempre despertarão o interesse das mais diversas áreas do saber e a curiosidade de qualquer cidadão. Gênero, segundo o Dicionário da Língua Portuguesa e, sob o aspecto biológico é a “categoria taxonômica que agrupa espécies relacionadas filogeneticamente, distinguível das outras por diferenças marcantes, e que é a principal subdivisão das famílias” (HOUAISS, 2001, p.1.441).

Em geral o gênero designa, diferencia e identifica o indivíduo como pertencente a uma classe masculina ou feminina, em um sistema binário ou bipartido. O conceito biológico tem se mostrado insuficiente para resolução dos dramas humanos e, diante de novas construções propostas por outras Ciências

como a Psicologia e a Sociologia, vem-se formando a ideia de identidade de gênero como uma vertente dos direitos da personalidade.

Prega-se que a ideia de gênero surgiu com a escritora Simone de Beauvoir quando publicou a obra "O segundo Sexo" em 1949, revelando as construções sociais destinadas ao homem e, principalmente, às mulheres.

Contudo, se afirma que a origem do termo gênero é inglesa, da palavra *gender* e este foi apropriado por psicólogos estadunidenses interessados em intersexualidade por volta de 1960, dentre os quais Money, Ehrhardt e Stoller para designar uma “identidade de gênero” somada a um corpo (ENSAIOS DE GÊNERO, 2011).

O sociólogo Anthony Giddens diferencia sexo e gênero. Na Sociologia, sexo define diferenças “*anatômicas e fisiológicas que definem os corpos masculino e feminino”*. Enquanto o gênero “*diz respeito às diferenças psicológicas, sociais e culturais entre homens e mulheres. O gênero está ligado a noções socialmente construídas de masculinidade e feminilidade*”. E, “*não é necessariamente um produto direto do sexo biológico de um indivíduo*” (GIDDENS, 2008, p.109).

Na hipótese de se considerar o gênero um produto histórico, cultural e político, isto é, resultado de uma prática sociocultural, indica que ele pode ser alterado e diferenciado socialmente através dos papéis sociais de gênero permitidos na comunidade, ao lado da identificação pessoal do indivíduo como ator social. Em reforço a esse pensamento, Ana Paula Barion Peres disserta:

> De tudo o que foi dito resulta a constatação de que tanto os fatores biológicos quanto os culturais interagem como formas determinadoras das desigualdades entre os comportamentos sexuais, sendo provável que os últimos respondam em maior grau pelas disparidades. Salvo as diferenças decorrentes da força física e das funções reprodutoras, todas as demais distinções de aptidões, interesses e características de personalidade parecem ser largamente determinadas pelos papéis sociais que cada cultura atribui aos comportamentos masculino e feminino. (PERES, 2001, p.32/33)

Partindo-se da ideia de que o gênero não se limita, exclusivamente, à identidade baseada na genitália, na organização social ou no parentesco, nem resulta somente no papel desenvolvido pelo sujeito, há de ser visto sob vários aspectos para que se possa reavaliá-lo dinamicamente, já que a lei não

acompanha em tempo real todos os fenômenos sociais. O estudo antropológico do gênero revela que:

> Gênero serve, portanto, para determinar tudo que é social, cultural e historicamente determinado. No entanto, como veremos, nenhum indivíduo existe sem relações sociais, isto desde que se nasce. Portanto, sempre que estamos referindo-nos ao sexo, já estamos agindo de acordo com o gênero associado ao sexo daquele indivíduo com o qual estamos interagindo.(...) Na verdade, em todas as sociedades do planeta, o gênero está sendo, todo o tempo, ressignificado pelas interações concretas entre indivíduos do sexo masculino e feminino. Por isso, diz-se que o gênero é mutável. (GROSSI, p.5/6)

Inquirições sobre gênero são muito complexas e demandam análise aprofundada, divorciada do campo da moral ou religioso e sob um olhar multidisciplinar, não guardando relação direta com a questão da sexualidade humana.

Atualmente se propõem inúmeros estudos, onde são usadas algumas expressões para fins de identificação do gênero do sujeito. Termos como cisgênero (identificação com gênero atribuído no nascimento), bigênero (identidade ou gênero duplo ou alternado), pangênero (ausência de identidade com os dois gêneros) transgênero (identidade diversa do sexo atribuído no nascimento), transexual (identidade transgênero, após transição ao gênero oposto por intervenção médica), travesti (papel de gênero diverso do sugerido pela sociedade), entre outros.

Prado e Machado melhor explicam:

> Alguém pode nascer biologicamente em um sexo, mas identificar-se com outro. Neste caso, pode ser desejável corrigir o próprio corpo, uma vez que o sexo psicológico não é compatível com o biológico (transexual). Pode-se também modificar o próprio corpo em direção ao sexo oposto, sem negar a genitália (travesti). Outras identificações podem advir da diversidade de identificações de gênero possíveis, tais como *crossdressers*, *drag queens* ou *kings*. A identidade de gênero é independente da orientação sexual. (PRADO, MACHADO, 2008, p. 141/142)

Em tempo, questões ligadas à sexualidade humana também demandam algumas conceituações. Designações como assexualidade (falta de interesse em atividade sexual humana), bissexualidade (atração sexual e/ou

afetiva por mais de um sexo) e as monossexualidades como a heterossexualidade (atração sexual e/ou afetiva entre sexos opostos) e a homossexualidade (atração sexual e/ou afetiva entre pessoas com o mesmo sexo).

Essas definições apenas ajudam a diferenciar gênero como expectativa de comportamento social, da sexualidade entendida como a atração erótica, sexual e/ou afetiva por outrem. Pouco importa nesta investigação a rotulação que se dê ao indivíduo em razão do seu papel social ou identidade de gênero, bem como para enquadrá-lo através de sua condição sexual. Porém, não se pode olvidar que tal estratificação favorece a união dos vulneráveis e a consecução dos propósitos de inclusão social, a exemplo da comunidade LGBTQIA+. Além do mais, permite a constatação de que as decisões sociopolíticas e as produções legislativas são basicamente direcionadas sob uma visão masculina de uma sociedade supostamente homogênea ou ainda, advém de uma "sociedade patriarcal heteronormativa", como alguns sustentam.

Pablo Cardozo Roncon critica a visão patológica da identidade transexual, afirmando que isso impede a universalização do acesso à cirurgia redesignadora e aos tratamentos hormonais e favorece a judicialização dessas demandas. Segundo ele:

> O processo transexualizador pode ser interpretado como estratégia biopolítica de controle sobre os corpos trans, operando por mecanismos disciplinares empenhados em normalizar e treinar corpos para a vida no binarismo heterossexual para os gêneros, e em função do controle e administração dos corpos chamados normais no nível da população pela regulamentação da vida. (RONCON, 2016)

Verdadeiramente, há de se pensar que as diferentes designações limitam a capacidade de entendimento sobre o desenvolvimento humano, segmentando ainda mais o seio social. No momento em que se estabelece um enquadramento ou classificação, determina-se a posição e a projeção do grupo na sociedade atual. Dizer quem é o outro é o mesmo que falar onde ele está e até onde poderá ir. Afinal, todos são cidadãos e, em tese, isso bastaria para a plena afirmação de seus direitos da personalidade e respeito à dignidade enquanto pessoa humana.

Sabe-se que o tema transexualidade é novo, originário da obra “O fenômeno transexual” do médico alemão Harry Benjamin publicada por volta de 1966, mas alguns relatos mostram que a transição entre gêneros tem registros na história da humanidade.

> Muitos foram os transexuais, por exemplo Henrique III da França, que, em 1577, chegou até mesmo a comparecer perante os deputados com traje feminino, François Timoléon, o Abade de Choisy, foi educado como uma menina e veio a ser embaixador de Luiz XIV no Sião. Charles de Beaumont, Chevalier d’Eon, viveu 49 anos como homem e 34 como mulher, chegando a ser considerado rival de Madame Pompadour; além disso, foi usado por Luiz XV em missões secretas na Rússia e Inglaterra, ocasiões em que deveria trajar indumentária feminina. (DINIZ, 2001, p.231/232)

Antonio Carlos de Lima fala sobre os primeiros casos de transexualidade no mundo e no Brasil:

> Historicamente, temos como primeiro paciente a ser submetido a uma cirurgia de mudança de sexo o soldado norte-americano George Jorgensen, transexual *homem para mulher*, que, em 1952 adotou o nome de Christine Jorgensen, tendo sido operado em Copenhague, pelo cirurgião plástico Paul Fogh-Andersen.
> No Brasil, a primeira cirurgia de redesignação sexual ocorreu em 1971, quando o transexual *homem para mulher*, Waldir Nogueira, foi operado, o que foi motivo para que o cirurgião Roberto Farina fosse processado criminalmente e, também, pelo Conselho Federal de Medicina. Perdendo em primeira instância, foi preso, tendo cassado o direito de exercício da Medicina.
> Entre nós, o caso mais famoso de transexualismo ocorreu na década de 1980, quando Luís Roberto Gambine Moreira, mais conhecido por Roberta Close, modelo de sucesso, submeteu-se à cirurgia transgenital no exterior, casou-se e luta, até hoje, na justiça brasileira, sem grandes sucessos, pela mudança do nome e sexo em seus documentos. (LIMA, 2002)

Com efeito, não se pretende discutir a causa desse fenômeno e se constitui transtorno mental ou não, posto que isso é objeto da Ciência Biológica, precisamente a Médica.

Segue conceito de transexualidade proposto por Maria Helena Diniz:

> Transexualidade é a condição sexual da pessoa que rejeita sua identidade genética e a própria anatomia de seu gênero, identificando-se psicologicamente como gênero oposto. Trata-se de um drama jurídico-existencial, por haver uma cisão entre a identidade sexual física e psíquica. (...) o transexual é

> portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência a automutilação ou autoextermínio. Sente que nasceu com o corpo errado, por isso, recusa totalmente o seu sexo, identificando-se psicologicamente com o oposto ao que lhe foi imputado na certidão de nascimento, apesar de biologicamente não ser portador de qualquer anomalia, eis o motivo pelo qual Stoller fala em disforia de gênero, pois nítidos são o sofrimento psíquico do transexual por fazer parte de um gênero e a sua dificuldade de convivência com a frustação de pertencer ao sexo não desejado. (DINIZ, 2001, p.230)

Deve-se evitar o termo transexualismo que tem conotação patológica. Atualmente prefere-se o termo transgenderismo que remete ao gênero psíquico do indivíduo.

Registre-se que, segundo os Princípios de Yogyarta[4], as definições são precisas no sentido de que "orientação sexual" se refere à atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, enquanto a "identidade de gênero" é a experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento.

Mutação, mudança, alteração, transformação, redesignação, adequação, reatribuição, conversão sexual ou transgenitalização são os termos empregados comumente para intitular o ato cirúrgico que visa tornar compatível o sexo biológico ao psicológico da pessoa, reconhecendo deste modo, a viabilidade da transexualidade ou transgenderismo humano.

Segundo as Ciências Biológicas o sexo do indivíduo pode ser identificado por cromossomos, no caso homem XY e mulher XX, pela existência de gônadas, isto é, o testículo no homem e os ovários na mulher, pelos hormônios como a testosterona produzida pelas células de Leydig no testículo do homem e a progesterona elaborada nos ovários da mulher e o aspecto externo que compreende a genitália, o pênis no homem e a vagina e seios na mulher. Por muito tempo a identificação das gônadas determinava o

[4] Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Compreendemos orientação sexual como uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas. Compreendemos identidade de gênero a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos. (http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf)

sexo do indivíduo, inclusive em casos de hermafroditismo, acertadamente designados de indivíduos intersexuais.

Obviamente que não se questiona a licitude de cirurgia corretiva e terapêutica para intersexuais, pois no hermafroditismo ou pseudo-hermafroditismo[5] há uma indeterminação sexual. Prega-se que deve ser feita a intervenção o quanto antes para viabilizar sua adaptação sociopsicossexual e é aceita juridicamente a retificação do prenome e sexo no registro civil, bem como o casamento desde que informe o nubente de sua situação anterior, evitando a anulação do matrimonio por erro essencial sobre a pessoa, segundo os mais tradicionais. Todavia, isso também tem sido discutido.

Grande polêmica se perfaz quando o ato cirúrgico não se dedica a reparar a sexualidade dúbia, isto é, órgão interno masculino e externo feminino ou vice-versa, como no caso do transexual que difere o sexo biológico do psicológico.

Valdir Sznick se mostra contrário à operação de mudança de sexo, afirma que somente existe o homossexualismo e o travestismo, bem como a pretensa vontade de alteração do sexo não justifica a cirurgia que retira o poder genésico do órgão, sugerindo a Psicoterapia, o tratamento hormonal e a Farmacologia. Registre-se que a obra é de 1979, contudo, por seu pioneirismo e autenticidade merece abordagem no decorrer do trabalho. Nas suas palavras:

> Em síntese, trata-se de operação desnecessária, pois dois motivos: a) inexistir a figura, isolada como classe, do transexual; b) por não atender, referida cirurgia de conversão de sexo, aos objetivos de dissipar os problemas psicossexuais. (SZNICK, 1979, p.20)

Malgrado ainda se defenda ser a operação de mudança ou adequação de sexo uma forma de ablação de membro com perda de função, então, ato muito próximo de uma lesão corporal permanente, há de se entender que além de ser prática médica eticamente aceita, não consiste em ilícito penal por estar revestida de fim terapêutico.

---

[5] Prefere-se o termo ambiguidade sexual ou intersexualidade, posto que não há hermafroditismo na espécie humana. Para "não há de se falar em hermafroditismo, na verdadeira acepção da palavra, pois os seres humanos não tem duplicidade morfológica e funcional de sexo" (PERES, p. 108/109), ou seja, dependem dos gametas do sexo oposto para reprodução. A Resolução 1664/2003 do CFM dispõe sobreas anomalias de diferenciação sexual e a importância de diagnóstico e tratamento específico.

Maria Helena Diniz explica resumidamente como é a cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários. Nela há a transformação do fenótipo masculino em feminino.

> Na operação que converte a genitália masculina em feminina ter-se-á: a) extirpação dos testículos ou seu ocultamento no abdômen, aproveitando-se parte da pele do escroto para formar os grandes lábios; b) amputação do pênis, mantendo-se partes mucosas da glande e do prepúcio para a formação do clitóris e dos pequenos lábios com sensibilidade erógena; c) formação de vagina, forrada em certos casos, com a pele do pênis amputado; e d) desenvolvimento das mamas pela administração de silicone ou estrógeno. (DINIZ, 2001, p.237)

A cirurgia do tipo neofaloplastia (transformação da genitália feminina em masculina) é mais complexa e a formação do pênis funcional ainda é experimental.

> (...) a cirurgia é complexa, uma vez que requer: a) ablação os lábios da vulva sem eliminação do clitóris; b) fechamento da vagina; c) histerectomia, ou seja, ablação do útero; d) ovariotomia, para fazer desaparecer a menstruação, se o tratamento com testosterona não a eliminar; e) elaboração de escroto com os grandes lábios, com bolinhas de silicone, o que torna os testículos insensíveis sexualmente; f) faloneoplastia, ou seja, constrição de neopênis, com retalho abdominal, que reveste o pênis, e com o uso de uma prótese de silicone, transferindo-se alguns nervos, para que possa haver semiereção. Em regra, há insensibilidade sexual, embora em alguns casos não ocorra a perda da capacidade de sentir orgasmo, e a ausência de ejaculação é total. (DINIZ, 2001, p. 237/238)

A ideia de possibilitar adequar a genitália ao sexo psíquico do indivíduo, permitindo sua integração social e pessoal e visando a aniquilar o sofrimento mental que acompanha a sujeito transgênero tem afastado a prática médica do ilícito penal.

Maria Helena Diniz confronta a ideia de mutilação de órgão saudável “não há perda da função porque o órgão não era útil para o transexual” (DINIZ, 2001, p.240).

Ademais, a cirurgia de redesignação sexual é considerada como prática médica ética, desde 1997. A Resolução nº 1.482/1997 do Conselho Federal de Medicina foi a primeira a estabelecer, de forma experimental, as

cirurgias de transgenitalização, diante da viabilidade técnica para as de neocolpovulvoplastia e/ou neofaloplastia, seguida pela Resolução nº 1.652/2002.

Em 2008 o Ministério da Saúde estabeleceu procedimentos transgenitalizadores às mulheres transexuais ao Sistema Único de Saúde (SUS), através da Portaria nº 1707/2008, posteriormente ampliada em 2013 que estendeu o processo redesignador do Sistema Único de Saúde (SUS) e passou a atender indivíduos travestis e homens transexuais, mediante Portaria nº 2.803/2013.

A Resolução nº 1.955/2010 do CFM continuou autorizando a cirurgia de transgenitalização parcialmente e a título experimental. Em 2019 o Conselho Federal de Medicina (CFM) editou a atual Resolução nº 2.265/2019, publicada recentemente em 9/1/2020, que conta com 13 (treze) artigos e dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero, dentre os quais transexuais, travestis e outras expressões identitárias, revogando a Resolução CFM nº 1.955/2010.

Não se pode ignorar que o procedimento da cirurgia de redesignação sexual é invasivo e irreversível. Mostra o quanto o paciente em transição precisa desejar e estar disposto a se submeter a tal intervenção. Diante da descrição acima se verifica que há ablação de partes sadias do corpo humano, em virtude disso resta investigar, sem esgotar o tema, se há pertinência na alegação de ofensa à integridade física do indivíduo, nos moldes do art. 129, § 2º, III, do CP.

4.1 Aspecto penal da cirurgia redesignadora

Pelo que se percebe, as Resoluções do Conselho Federal de Medicina desde 1997, autorizam como prática médica eticamente aceitável as cirurgias de neofaloplastia (em caráter experimental) e a do tipo neocolpovulvoplastia de forma exitosa. Em todas as Resoluções destaca a não caracterização de crime de lesão corporal sob o fundamento de a prática ter finalidade terapêutica, visando adequar o sexo biológico ao psíquico do paciente, portanto, conduta ética e legal.

Discorda-se *data vênia* do posicionamento de que o médico responsável pela cirurgia de trangenitalização pratique o crime de lesão corporal, também pelo ponto de vista jurídico-penal, pelos seguintes motivos:

Primeiro porque não houve dolo em lesar a vítima, então paciente, tampouco culpa em suas modalidades. No caso da lesão corporal, o tipo penal exige do agente/médico o desejo ou querer livre de causar lesão corporal na vítima/paciente, ou seja, a presença clara do *animus laedenedi.*

A conduta também não é típica, posto que aceita pela comunidade em geral que, compreende que a cirurgia visa melhorar o aspecto psicossocial e orgânico do indivíduo, aplicando-se a Teoria da Ação Social Adequada ou Princípio da Adequação Social que prevê a atipicidade material da conduta socialmente tolerada e que não ofenda o texto constitucional, restringindo a incidência do Direito Penal e evitando a reprimenda.

Poder-se-ia ainda basear a atipicidade da conduta na ideia de disponibilidade da integridade física mediante consentimento do ofendido. Porém, o posicionamento de que o consentimento só é válido quando envolve a disposição de bens disponíveis gera muita discussão acerca da disponibilidade em vida de partes ou órgãos humanos, embora prevaleça o posicionamento da possibilidade de disposição do próprio corpo por força do dispositivo constitucional estabelecido no art. 199, § 4º.[6]

Explica Ana Paula Ariston Barion Peres:

> O direito à vida é indisponível, ainda que o seu titular consinta. O mesmo não ocorre com o direito à integridade física, sendo, em certo limite, possível a sua disposição, desde que, para tanto, haja consentimento de seu titular. (...) há, entretanto, uma corrente que sustenta que o homem não tem o domínio do próprio corpo por existir uma unidade e indissociabilidade corporal. (PERES, 2001, p.152/152)

Fernando Frederico de Almeida Júnior, ao comentar o art. 9º da Lei de Doação de órgãos[7] (Lei nº 9.434/97) assevera a viabilidade de disposição do próprio corpo para fins terapêuticos ou para transplante e pontua:

---

[6] Art. 199, CF. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.
§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

[7] Art. 9º, Lei 9434/97 - É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes

> A primeira parte do *caput* deste dispositivo legal repete a permissão estatuída no art. 1ºdesta lei, ou seja, decreta expressamente a possibilidade de disposição de tecidos, órgãos ou partes do corpo para fins terapêuticos ou para transplantes. Enquanto o art. 1º faz a previsão de maneira genérica, autorizando a retirada em vida e após a morte, os arts, 3º a 8º regulam especificamente a remoção *post mortem* e o art. 9º dedica-se à ablação ainda em vida. (ALMEIDA JÚNIOR, 2017, p.80)

Assim sendo, extremamente pertinente a reflexão de Cezar Roberto Bitencourt que se posiciona ao meio termo:

> Na verdade, sustentamos que, no ordenamento jurídico brasileiro, a integridade física apresenta-se como relativamente disponível, desde que não afronte interesses maiores e não ofenda os bons costumes, de tal sorte que as pequenas lesões podem ser livremente consentidas, como ocorre, por exemplo, com as perfurações do corpo para colocação de adereços, antigamente limitados aos brincos nas orelhas. (BITENCOURT, 2009, p.164/165)

Causa reflexão trecho da obra de Michael Sandel que narra um caso inusitado de uma mulher estadunidense que se dispôs a sustentar anúncio publicitário no rosto. Questiona-se muito mais a questão ética de tal avença do que qualquer celeuma jurídica, mas mesmo assim vale a pena pensar nessa hipótese estrangeira e real, sob vários ângulos, inclusive no que diz respeito a adequação social de determinadas condutas e a disposição do próprio corpo:

> O caso mais radical que envolvia a ideia de outdoor corporal foi de uma mulher de Utah, de 30 anos, que leiloou o acesso comercial à própria testa. Mae solteira de um menino de 11 anos com problemas na escola, Kari Smith precisava de dinheiro para a educação do filho. Num leilão online feito em 2005, ela se oferecia para tatuar um anúncio permanente na testa para qualquer patrocinador comercial que se dispusesse a pagar US$ 10.000. Um cassino online aceitou pagar o peço. Embora o tatuador tentasse dissuadi-la, Smith persistiu e teve o endereço eletrônico do cassino tatuado na testa. (SANDEL, 2013, p.184)

Mas, caso ainda o julgador entenda ser a ação típica, há de se notar que a conduta se revelará lícita, afastando assim a responsabilização penal do médico. Há de se convir, que o médico que pratica a intervenção cirúrgica de transgenitalização ou redesignação sexual age ainda acobertado pela

---

consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea. (...)

excludente de ilicitude do exercício regular do direito, pois exerce atividade profissional permitida pelo Estado e regulamentada por órgão de classe, o Conselho Federal de Medicina, estando sujeito a procedimentos ético-disciplinares perante o Conselho Regional correspondente.

> Não há responsabilidade penal do médico, porque, em regra, a cirurgia de adequação sexual decorre do exercício regular de sua profissão (CP, art. 23, III), pois, se apesar da mutilação, comprovado, não se poderia negar a existência de um interesse terapêutico, comprovado por rigorosos exames clínicos reveladores da necessidade da "conversão curativa" para a saúde mental do paciente (FRT, 637:170), que tem direito a uma vida feliz , impedindo-se que caia em estado depressivo, que se suicide ou se automutile, diante da real prevalência do sexo psicológico sobre o genético. (DINIZ, 2001, p.240)

Outra questão importante, apesar de não ser amplamente abordada neste estudo, é a análise da incidência do Direito Penal sobre o paciente operado(a).

Há quem entenda que se, o transgênero ocultar de terceiro tal fato estaria incurso nas penas do crime de Falsa identidade do art. 307[8] do Código Penal ou ainda no delito de Falsidade ideológica, insculpido no art.299[9], do mesmo *Codex*.

Em caso de contrair casamento com terceiro que desconhece essa condição, haveria a prática do delito previsto no art. 236[10] (Induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento) e o delito de Conhecimento prévio de impedimento previsto no art. 237[11], ambos do Código Penal brasileiro.

---

[8] Art. 307, CP. Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem:
Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

[9] Art. 299, CP. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:
Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.
Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.

[10] Art. 236, CP. Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior:
Pena - detenção, de seis meses a dois anos.
Parágrafo único - A ação penal depende de queixa do contraente enganado e não pode ser intentada senão depois de transitar em julgado a sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento.

[11] Art. 237, CP. Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta:

Contudo, essas discussões parecem destoantes do contexto atual e, merecem muita cautela e aprofundamento, para que não se criminalize as condutas realizadas por sujeitos em transição consequentemente marginalize ainda mais o indivíduo redesignado sexualmente.

4.2 Aspecto civil da cirurgia transgenitalizadora

Acredita-se que o indivíduo transexual operado ou não enfrenta muitos entraves na busca de sua identidade pessoal ou afirmação dos direitos da personalidade. Após passar por tratamento hormono-cirúrgico ou não, busca-se a alteração do nome, especificamente o prenome e do sexo no registro civil para fins de aposentadoria, eventual obrigação do serviço militar ou ingresso nas Forças Armadas, em relação a direitos sucessórios, bem como os ligados ao Direito de Família especialmente relativos ao casamento e ao parentesco, neste último

Raul Cleber da Silva Choeri explica muito bem essa relação entre identidade e conteúdo registral e exemplifica através da possibilidade da subsunção do indivíduo em desarmonia fisiopsíquica à cirurgia plástico-reconstrutora de transgenitalização:

> É de se observar que o sexo é integrante da identidade pessoal, e compõe-se da conjunção de fatores de ordem física, psíquica e moral, a desarmonia desses três aspectos, que poderá ocorrer em razão tanto da inadequação de cada aspecto considerado isoladamente como imperfeita integração entre eles, é causa de anomalias que merecem tratamento médico. Exemplo notório, nos dias atuais, é a situação dos transexuais, que buscam através da cirurgia de transgenitalização expressar sua verdadeira identidade sexual, revelada não pela identidade genética, mas pela psicossocial ou de gênero. (CHOERI, 2010, p.103)

Sabe-se que a integridade física, sob o aspecto civil, é considerada direito da personalidade e, portanto, indisponível. O artigo 13 do Código Civil cuida expressamente sobre a possibilidade de disposição de partes do corpo humano vivo, sem que haja ofensa aos direitos físicos da personalidade. Estabelece também que tal disposição pode ocorrer mediante transplante, nos moldes da Lei nº 9434/97. O art. 13 *in verbis*:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

> CAPÍTULO II
> DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE
> (...)
> Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.
> Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

A cirurgia redesignadora para alteração do fenótipo masculino ou feminino se mostra admissível diante da redação do art. 13, do Código Civil, haja vista que é realizada após recomendação médica, precedida de exames clínicos multidisciplinares e de dois anos de terapia. Então, se enquadra na exceção assegurada pelo texto legal "salvo por exigência médica".

O nome é um dos atributos da personalidade do sujeito. O Código Civil, nos arts. 16 ao 19 preconiza:

> Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.
> Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.
> Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.
> Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

Para muitos a alteração do prenome no assento civil enfrentaria barreira da imutabilidade prevista no art. 58 da Lei nº 6.015/1973.[12]

> Tal imutabilidade poderá expor o transexual operado ao ridículo, logo, possível será alterar seu prenome, fazendo a devida retificação do assento (CF, art. 3º, IV; LICC, arts. 4º e 5º) (...) mas apesar disso a jurisprudência brasileira tem entendido que se deve permitir a alteração do prenome, colocando-se no lugar reservado ao sexo o termo "transexual", por ser esta a condição física e psíquica da pessoa, para garantir que outrem não seja induzido em erro. (DINIZ, 2001, p.245)

Todavia, resta superada essa ideia de imutabilidade dos registros públicos, buscando-se nova concepção ligada perpetuidade dos atos registrais.

---

[12] Art. 58 da Lei nº 6.015/1973. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.
Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público.

Inicialmente a alteração do prenome no assento civil somente era possível através de decisão judicial que reconhecesse a transexualidade do requerente, posicionamento que se mostra irrazoável no Estado de Direito atual e vem perdendo força rapidamente.

Há algum tempo os Tribunais estaduais decidem favoravelmente à alteração do registro civil sem a necessidade de subsunção do transgênero à cirurgia transgenitalizadora. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim e manifestou em 2014:

> **Ementa:** RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSEXUAL QUE PRESERVA O FENÓTIPO MASCULINO. REQUERENTE QUE NÃO SE SUBMETEU À CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO, MAS QUE REQUER A MUDANÇA DE SEU NOME EM RAZÃO DE ADOTAR CARACTERÍSTICAS FEMININAS. POSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO AO SEXO PSICOLÓGICO. LAUDO PERICIAL QUE APONTOU TRANSEXUALISMO. (...) O autor sempre agiu e se apresentou socialmente como mulher. Desde 1998 assumiu o nome de "Paula do Nascimento". Faz uso de hormônios femininos há mais de vinte e cinco anos e há vinte anos mantém união estável homoafetiva, reconhecida publicamente. Conforme laudo da perícia médico-legal realizada, a desconformidade psíquica entre o sexo biológico e o sexo psicológico decorre de transexualismo. O indivíduo tem seu sexo definido em seu registro civil com base na observação dos órgãos genitais externos, no momento do nascimento. No entanto, com o seu crescimento, podem ocorrer disparidades entre o sexo revelado e o sexo psicológico, ou seja, aquele que gostaria de ter e que entende como o que realmente deveria possuir. A cirurgia de transgenitalização não é requisito para a retificação de assento (...)TJ-SP - Apelação APL 00139343120118260037 SP 0013934-31.2011.8.26.0037 (TJ-SP). Data de publicação: 25/09/2014

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no mesmo sentido, se posicionou em 2015:

> **Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALISMO. ALTERAÇÃO DO GÊNERO. AUSÊNCIA DE CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL OU TRANSGENITALIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. O sexo é físico-biológico, caracterizado pela presença de aparelho genital e outras características que diferenciam os seres humanos entre machos e fêmeas, além da presença do código genético que, igualmente, determina a constituição do sexo - cromossomas XX e XY. O gênero, por sua vez, refere-se ao aspecto psicossocial, ou seja, como o indivíduo se sente e se comporta frente aos padrões estabelecidos como femininos e masculinos

> a partir do substrato físico-biológico. (...) Considerando que o gênero prepondera sobre o sexo, identificando-se o indivíduo transexual com o gênero oposto ao seu sexo biológico e cromossômico, impõe-se a retificação do registro civil, independentemente da realização de cirurgia de redesignação sexual ou transgenitalização, porquanto deve espelhar a forma como o indivíduo se vê, se comporta e é visto socialmente. APELAÇÃO PROVIDA, POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70061053880, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 24/06/2015). TJ-RS - Apelação Cível AC 70061053880 RS (TJ-RS) . Data de publicação: 01/07/2015

A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 09/05/2017 enfrentou o tema e no julgado trouxe um termo singular, qual seja, o "sexo jurídico", vale a pena ler:

> **Ementa:** RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO PARA A TROCA DE PRENOME E DO SEXO (GÊNERO) MASCULINO PARA O FEMININO. PESSOA TRANSEXUAL. DESNECESSIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO.
> (...) 10. Consequentemente, à luz dos direitos fundamentais corolários do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, infere-se que o direito dos transexuais à retificação do sexo no registro civil não pode ficar condicionado à exigência de realização da cirurgia de transgenitalização, para muitos inatingível do ponto de vista financeiro (como parece ser o caso em exame) ou mesmo inviável do ponto de vista médico. 11. Ademais, o chamado **sexo jurídico** (aquele constante no registro civil de nascimento, atribuído, na primeira infância, com base no aspecto morfológico, gonádico ou cromossômico) não pode olvidar o aspecto psicossocial defluente da identidade de gênero autodefinido por cada indivíduo, o qual, tendo em vista a *ratio essendi* dos registros públicos, é o critério que deve, na hipótese, reger as relações do indivíduo perante a sociedade. (...) 13. Recurso especial provido a fim de julgar integralmente procedente a pretensão deduzida na inicial, autorizando a retificação do registro civil da autora, no qual deve ser averbado, além do prenome indicado, o sexo/gênero feminino, assinalada a existência de determinação judicial, sem menção à razão ou ao conteúdo das alterações procedidas, resguardando-se a publicidade dos registros e a intimidade da autora. (STJ – Quarta Turma, RECURSO ESPECIAL Nº 1.626.739 - RS (2016/0245586-9), RELATOR:MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, j.09/05/17). (negrito nosso)

Segundo Maria Helena Diniz o transexual é um "ser policirurgico" e necessitará de várias cirurgias plásticas como rinoplastia, nos pômulos ou

maças do rosto, ablação do pomo-de-adão, aumento dos seios, além de fonoaudiologia, tratamento hormonal, psicológica etc. (DINIZ, p.239).

Nota-se que o alto custo dos tratamentos, especialmente os hormonais que devem ser constantes e acompanhados por médico especializado, impede uma transformação completa o que não pode ser óbice para a alteração do registro público, desde que reconhecida a transexualidade por profissional habilitado da área da saúde.

Tramitou no Supremo Tribunal Federal (STF) a partir de 2009 a Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 4275,[13] ajuizada pela Procuradoria-Geral da República que discute a possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo.

O julgamento foi retomado em conjunto com o Recurso Extraordinário (RE) 670422, com repercussão geral reconhecida. A. ação visou a interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 58, da Lei 6.015/73, norma que disciplina os registros de pessoas naturais. O Relator da ADI, Ministro Marco Aurélio, fez a leitura do relatório e, em seguida, falaram os "amigos da Corte" ou *amici curiae* - Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). “Resta saber se, para ter-se a mudança do sexo – a mudança do nome já é admitida – no setor competente da identidade e também no registro, é necessário ou não ter-se mutilação”, observou o Ministro.[14]

A ADI 4275/DF foi julgada em 01/03/2018 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, onde restou decidido ser inexigível a cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes para fins de alteração/substituição do prenome no registro civil, o qual pode ser feito por via administrativa ou judicial. Observe-se o teor da Decisão:

> **STF - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.275 DISTRITO FEDERAL**
> DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO

[13] Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400211&tipo=TP&descricao=ADI%2F4275, acesso em 14/09/2017.
[14] Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=346000, acesso em 14/09/2017.

> NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIS OU PATOLOGIZANTES.
> 1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero.
> 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la.
> 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.
> 4. Ação direta julgada procedente.
> Brasília, 1º de março de 2018.

Depois dessa decisão do STF foi editado o Provimento nº 73/2018 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que dispõe sobre a averbação da alteração do prenome, agnomes de descendência e gênero (Júnior, Filho, Neto etc.) nos assentos civis de nascimento e casamento de pessoas transgêneros junto aos Registros Públicos de Pessoas Naturais.

Contudo, diante da dificuldade no cumprimento fiel dessas regras por alguns Cartórios, algumas pessoas acabam fazendo o uso somente do nome social que é precário, aceito apenas em alguns ambientes, mas que não exige formalidades e exibição de documentos oficiais.

Quanto ao nome social, que é a designação dada ao indivíduo, geralmente transexual, transgênero ou travesti, que prefere o seu uso cotidiano em detrimento do nome registrado oficialmente porque não reflete sua verdadeira identidade de gênero. Trata-se de uma adequação à identificação do indivíduo em referência ao nome que o representa em ambientes sociais ou comunitários, devendo ser respeitado em todos os ambientes públicos ou privados, evitando constrangimentos e assegurando o direito de personalidade do sujeito.

A Administração Federal normatizou o uso do nome social em todos os órgãos da Administração direta, autárquica e fundacional, através do Decreto nº 8.727/2016, contudo, limitado aos servidores.

O Estado-membro pioneiro em regulamentar o uso do nome social para transexuais e travestis foi o Pará, através da edição do Decreto nº 1.675/2009. Em 2013, também por Decreto foi instituído o documento de identificação expedido pela Polícia Civil daquele Estado. Já o Estado de São Paulo permite o uso do nome social em todos os órgãos da Administração direta e indireta desde a edição do Decreto nº 55.588/2010 e o Estado do Rio de Janeiro, na mesma esteira e pelo Decreto nº 43.065/2011 assegura o uso do nome social na Administração direta ou indireta, além de outros Estados da Federação.

Inclusive, o ENEM desde 2015, dispõe em Edital prazo específico para solicitação de atendimento pelo nome social, bastando que o candidato, geralmente estudante em transição, opte pelo "tratamento pelo nome social", informando-o para que possa ter tratamento diferenciado durante a aplicação das provas.

A Receita Federal, desde 2017 e atendendo ao Decreto nº 8.727/2016, passou a dispor sobre a inclusão e exclusão do nome social no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda (CPF/MF). O nome social constará em Comprovante de inscrição e no Comprovante de situação cadastral, acompanhado do nome civil.

O Tribunal Superior Eleitoral (TSE) determinou para as eleições de 2018, através da Resolução nº 23.562/2018, a inclusão do nome social e a atualização da identidade de gênero junto aos Cartórios correspondentes à Zona Eleitoral do interessado, exigindo apenas a autodeclaração do cidadão. O nome social será consignado no Título de Eleitor, no Cadastro da urna eletrônica e no Caderno de votação. A atualização da identidade de gênero se mostra importante também para aqueles que pretenderem concorrer às eleições, especialmente para fins de cômputo das cotas eleitorais de gênero (art. 10, § 3º, Lei nº 9.504/1997 - Lei de Eleições).[15]

Importante saber que o nome social independe de autorização judicial, atualmente presente em qualquer cadastro individual do cidadão e não se

[15] Art. 10. Cada partido ou coligação poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, a Câmara Legislativa, as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais no total de até 150% (cento e cinquenta por cento) do número de lugares a preencher, salvo: (...)
§ 3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo.

confunde com a troca do prenome civil no registro público. Rodrigo Mendes Cerqueira, com base na legislação paraense, identifica e pontua as principais diferenças entre o nome social e o nome civil:

> O nome social difere-se o nome civil nos seguintes aspectos legais: a) só pode ser utilizado por travestis e transexuais, vedado aos homossexuais; b) só pode ser adquirido posteriormente ao nome civil; c) é livremente escolhido, devendo ser fruto, também, do reconhecimento de uma alcunha notoriamente atribuída a um sujeito; d) deve ser aceito pelo seu usuário; e) não pode ser alterado; f) goza de preferência sobre o nome civil, devendo ser utilizado sempre que o uso do nome civil não seja obrigatório nos termos de qualquer outra legislação (notadamente bancária). (CERQUEIRA, 2015)

Questões comezinhas como o uso do banheiro público, a utilização de nome social e algumas mais complexas como a prática profissional de esportes, a revista policial, a prisão de transgênero e a aplicação das regras do feminicídio também são assuntos polêmicos que decorrem da transexualidade e devem ser amplamente pensados e discutidos pela sociedade, especialmente a acadêmica.

Universidades já estabelecem banheiros “unissex”, isto é, ambientes partilhados facultativamente por ambos os sexos, bem como editam atos administrativos que admitem aos servidores, funcionários e discentes travestis ou transexuais o uso do nome social, isto é, nome que o indivíduo se identifica e é identificado nas relações sociais.

A alteração sociocultural, porém, não pode ser extrema a ponto de alguns pregarem, ao contexto brasileiro, a criação de um terceiro sexo e a feitura de novos espaços a ele destinados. Esse pensamento leva a mais discriminação e notadamente à exclusão, processo inverso à ideia de cidadania inclusiva e, notadamente do espirito máximo do constituinte fundamentado em valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

> **Ementa:** TRANSEXUAL. PROIBIÇÃO DE USO DE BANHEIRO FEMININO EM SHOPPING CENTER. ALEGADA VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DIREITOS DA PERSONALIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. O recurso busca discutir o enquadramento jurídico de fatos incontroversos: afastamento da Súmula 279/STF. Precedentes. 2. Constitui questão constitucional saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo

> diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade 3. Repercussão geral configurada, por envolver discussão sobre o alcance de direitos fundamentais de minorias – uma das missões precípuas das Cortes Constitucionais contemporâneas –, bem como por não se tratar de caso isolado. STF - REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO RG RE 845779 SC SANTA CATARINA 0057248-27.2013.8.24.0000 (STF) Data de publicação: 10/03/2015. Encontrado em: 697312, ARE 687876 (DIREITO DO TRANSEXUAL) RE 670422 RG. Número de páginas: 24. Análise: 10/03/2015.

Outra celeuma que se evidencia é a pluralidade de nomes sociais de um mesmo indivíduo nas 3 (três) esferas governamentais. Há de se pensar em uma forma de uniformização nacional, evitando fraudes e eventuais danos a terceiros.

Malgrado haja essas discussões sobre o uso do nome social, se nota um avanço no ponto de vista de conquista de cidadania e pleno exercício da personalidade do indivíduo transgênero ou com incongruência de gênero.

Além disso, o indivíduo em transição poderá esbarrar em questões ligadas ao matrimônio que, segundo aqueles que negam a transexualidade ou transgenderismo humano, pode ser anulado a pedido do consorte por erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge[16] ou ainda declarado inexistente porque realizado entre pessoas do "mesmo sexo" para os mais reacionários.

A alteração sexual também tem reflexos previdenciários já que a idade e o tempo de contribuição diferem quanto ao sexo do segurado. Parece que no campo das sucessões o transexual não terá que fazer prova da filiação, o que não sofrerá alteração em razão da transição sexual, não devendo implicar obviamente, em ato testamentário de deserdação, tampouco em ação de indignidade porque não configurará, salvo melhor entendimento, injúria grave (arts. 1.814, 1.962 e 1.963, todos do Código Civil).

Quanto à possibilidade de adotar pessoas, a legislação, com base nos ideais da fraternidade e solidariedade, não apresenta restrições dessa ordem.

> No esporte problema não haverá, por basear-se no sexo hormonal. Assim, transexual operado poderá disputar, por

[16] Art. 1.557, CC. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:
(...) III - a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável que não caracterize deficiência ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou por herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência.

> exemplo, campeonato feminino, mesmo sem retificação de seu registro civil, sendo-lhe vedado apenas competir se sua alteração hormonal apresentar índice laboratorial superior ao permitido, na seara trabalhista, nenhuma discriminação poderá ser feita ao trabalhador que se submeteu a uma transformação sexual, em virtude de intersexualidade ou transexualidade. É preciso respeitar a dignidade da pessoa humana (CF, art.1º, III), seja ela transexual ou não. (DINIZ, p.249)

A identidade é natural e inerente à condição humana. Pode ser definida como a reunião de atributos ou predicados físicos, morais e psíquicos que distinguem o indivíduo dos demais do grupo, propiciando sua individualização, mas com senso de pertencimento.

Partindo dessa afirmação, providencial a lição de Raul Cleber da Silva Choeri em relação à identidade sexual com o corpo humano:

> O processo de afirmação da identidade através do corpo é também revelado pela identidade sexual, hoje definida pelo gênero, em superação à realidade biológica, o que implica o desempenho de determinado papel sexual na sociedade. As cirurgias de transgenitalização promovidas em transexual, por exemplo, permitem, mediante uma adequação corporal, que ele expresse sua verdadeira identidade sexual, significando o pertencimento a uma nova categoria existencial – masculina ou feminina, dependendo do caso clínico. (CHOERI, 2010, p.35)

Há propostas legislativas, desde 1995, em trâmite no Congresso Nacional com fito a regulamentar juridicamente a transexualidade.

O Projeto de Lei nº 70/1995 foi o pioneiro. Proposto pelo Deputado Federal José Coimbra (PTB/SP) visa incluir parágrafo no art. 129 do Código Penal brasileiro excluindo a cirurgia de transgenitalização como crime e acrescenta também alguns parágrafos no art. 58 da Lei de Registros Públicos para permitir a alteração do prenome mediante autorização judicial, desde que o requerente tenha se submetido a intervenção cirúrgica, devendo o registro de nascimento e documento de identidade constar o termo “transexual”. (BRASIL, Câmara dos Deputados.[17]

Em 2011 foi proposto, pela então Senadora Marta Suplicy (PT/SP), o Projeto de Lei do Senado n° 658/2011.[18]

---

[17] Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15009, acesso em 15/09/2018.

[18] Disponível em https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/103053, acesso em 15/09/2018.

O Projeto de Lei nº 5002/2013 do então Deputado Federal Jean Wyllys (PSOL/RJ), intitulado Lei de identidade de gênero, propõe a alteração do art. 58 da LRP, permitindo a mudança do registro público do nascimento e de identidade civil do transgênero, estendidos ao CPF/MF, Título de Eleitor, CTPS, CNH, passaporte, diplomas e certificados, sem necessidade de tramite judicial ou administrativo, prescindindo inclusive de indicação médica. Faculdade disposta a qualquer maior de 18 (dezoito) anos e passível de modificação anterior, desde que consentido pelos pais e na ausência desta autorização, mediante intervenção da Defensoria Pública em defesa dos interesses do incapaz, conforme art. 5º do referido Projeto. Por fim, obriga o Sistema Único de Saúde (SUS) à realização da cirurgia sem que haja qualquer indicação médica, o que parece bem contraditório.[19]

Revela-se ao observar a pretensão legislativa mais recente (2013), uma verdadeira restrição ao poder familiar, atribuindo seu exercício à Defensoria Pública. A intervenção do Estado em questão ligada à intimidade, à integridade e, sobretudo, aos direitos da personalidade deve ser mínima e com finalidade sempre garantidora e sob aspecto positivo. Os pais, muito menos o Estado, este representado pela instituição que for, não podem consentir ou obrigar a alteração de atributos físicos, morais ou psíquicos de outrem, ainda que seus assistidos, representados ou jurisdicionados, pois os direitos da personalidade são intransferíveis e personalíssimos.

Na mesma direção, a lição de Tereza Rodrigues Vieira, a qual se transcreve:

> A nosso ver, essa espécie de cirurgia não poderá ser efetuada em indivíduo incapaz de discernimento, nem mesmo o médico, a família, o representante legal poderão suprir a manifestação de vontade no tocante à operação. De igual modo entendemos que o indivíduo que não tenha atingido a maioridade não poderá se submeter a este tratamento cirúrgico. Para os casos de hermafroditismo, entendemos que a cirurgia pode ser efetuada em casos de menoridade, desde que o sexo psicológico (gênero) já se tenha manifestado de forma predominante e inequívoca. (VIEIRA, 2012, p.176)

[19] Disponível em www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315, acesso em 15/09/2018.

Ser sensível a essa questão é valorizar a personalidade de forma individual e a humanidade, sob viés coletivo. Por isso, busca-se relato de Daniela Cardozo Mourão, professora transexual de Universidade estadual brasileira, a qual traz informações relevantes sobre a estigmatização do grupo e consequente privação de direitos sociais:

> Travestis e transexuais estão entre os mais vulneráveis dos grupos minoritários. Têm difícil aceitação em lugares públicos, baixa empregabilidade, e até mesmo o uso do seu nome é dificultado, mesmo em público, e não têm o simples direito ao uso de banheiros. Devido à violência e à falta de estrutura para as suas especificidades, 85% não conseguem permanecer na escola e terminar o ensino médio.
> Inclusive na família, estima-se que 90% são expulsos de casa muito jovens e, não havendo oportunidades de trabalho, são relegados à prostituição. Abordei este assunto em <goo.gl/YV6ZBY>. Infelizmente, e nesta situação, há a tentativa, de forma higienista e usando violência, de afugentá-las (goo.gl/LAQYo4). O Brasil detém o recorde de homicídios de transgêneros, um a cada 48 horas. Em muitos casos precedidos de tortura. A expectativa de vida desta população é de apenas 35 anos. (...). (MOURÃO, 2018)

A cirurgia de redesignação sexual tem base em estudos científicos, exames clínicos, pareceres médicos e multidisciplinares. Não é imprescindível para alteração do prenome civil. Deveria o legislador pátrio regulamentar tal processo e procedimento a propiciar a inclusão social do transgênero e do transexual para evitar o desconhecimento e a antipatia sobre questão relevante, sob o aspecto humano e seus reflexos éticos e legais.

Percebe-se que a ideia do nome social vem de encontro com a liberdade do indivíduo em não querer alterar o registro ou submeter-se a qualquer processo transexualizador. É o exercício do direito de ser chamado pelo nome correspondente à identidade de gênero do indivíduo que vem sendo paulatinamente reconhecido pelo Estado e pela sociedade em geral.

5 Considerações finais

Com base nos estudos, sustenta-se que a maior parte das sociedades reconhecem somente dois gêneros, o feminino e o masculino, sempre correspondentes ao sexo biológico que será determinado, em regra, pela existência de ovários ou testículos no indivíduo, levando-se em consideração a

capacidade reprodutiva do ser humano. Contudo, há sociedades que incluem papéis sociais distintos da bipartição acima dita, entendendo que a variedade de gêneros não se limita a dois padrões sociais, como era antigamente a sociedade egípcia e a romana, sendo que na Índia e em algumas tribos indígenas ainda prevalece esse posicionamento multipartido de gêneros.

Nesse diapasão, o determinismo biológico sede espaço para o aspecto sociocultural e jurídico, preservando a importância do processo social de interação e do comportamento humano, bem como as desigualdades na distribuição de ônus e bônus diante das exigências dos papéis sociais predefinidos.

Por certo, a cirurgia de redesignação sexual não constitui crime de lesão corporal previsto no art. 129, do Código penalista e, portanto, não ofende a integridade física do transexual ou criminaliza o médico responsável pela intervenção. A cirurgia tem fim terapêutico, é direito amparado pelo Conselho Federal de Medicina e evita quadros depressivos, suicídios e automutilação, posto que implícito na ideia de personalidade e dignidade do indivíduo e, sobretudo de busca de felicidade humana e noção de pertencimento social, motivo maior para que se tratasse desse assunto.

A diferença entre gênero e sexualidade é uma das descobertas deste estudo. Deve ser melhor avaliada para que se possa almejar por uma “sociedade justa e solidária”, como a Constituição vigente e, ainda desejada, prevê; fazendo com que qualquer indivíduo vivencie o pertencimento, uma existência íntegra e digna no desempenho livre de seu papel social, fortalecendo a cidadania e fundamentada nos ideais de igualdade e de fraternidade.

A cirurgia tem sido feita no território nacional e a negação de direitos dela subsequentes, somada à inércia do legislador, fomenta conflitos e decisões diferenciadas de acordo com o livre convencimento do julgador, devendo a lei limitar ou ampliar a ideia de identidade de gênero, coibindo excessos e regulamentando toda a questão, acompanhando um fenômeno tão irreversível do ponto de vista social, quanto o próprio ato cirúrgico. A ideia de reconhecimento de direitos da comunidade “transexual” fortalece o sentimento de pertencimento social e favorece a cidadania plena desse segmento social.

Enquanto as pessoas, independentemente de condição sexual ou identidade de gênero, se abstiverem do exercício mental da empatia não haverá incentivo à compreensão da pluralidade da humanidade em si, permanecendo a desaprovação a tudo que não se enquadra nos conceitos de normalidade e de padronização impostos pelos grupos detentores do poder de mando e decisão, qualquer que seja a sociedade.

Pensar e refletir sobre o outro, mesmo que não reste qualquer identificação direta com o drama alheio, ainda é o melhor trajeto para evitar o ódio que nasce no terreno da diferença e o medo que se espalha no campo do desconhecimento.

Referências

ALMEIDA JÚNIOR, Fernando Frederico de. *Doação de órgãos: comentários à Lei n. 9.434/97 (artigo por artigo)*. Bauru: Spessotto, 2017.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Especial 2. São Paulo: Saraiva, 2009.

CERQUEIRA, Rodrigo Mendes. *Nome social: propósito, definição, evolução histórica, problemas e particularidades,* 2015. Disponível em https://jus.com.br/artigos/45219/nome-social-proposito-definicao-evolucao-historica-problemas-e-particularidades, acesso em 19/11/2019.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O direto à identidade na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ENSAIOS DE GÊNERO. *De onde surgiu gênero?* Disponível em https://ensaiosdegenero.wordpress.com/2011/10/11/de-onde-surgiu-genero/, acesso em 10/07/2018.

GIDDENS, Anthony. *Sociologia.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. Disponível em http://www.joinville.udesc.br/portal/professores/ivocosta/materiais/Anthony_Giddens_Sociologia.pdf, acesso em 10/08/2017.

GROSSI, Miriam Pillar. *Identidade de gênero e sexualidade*. Disponível em http://miriamgrossi.paginas.ufsc.br/files/2012/03/grossi_miriam_identidade_de_genero_e_sexualidade.pdf, acesso em 07/09/2017.

HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Instituto Antonio Houaiss, 2007.

LIMA, Antonio Carlos. *Cirurgia para mudança de sexo, o novo código civil proíbe?* Disponível em http://www.ambito-

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4720, acesso em 09/09/2017.

MOURÃO, Daniela Cardozo. *Dia Nacional da Visibilidade trans*. 2018. Disponível em http://unespciencia.com.br/2018/03/01/sexualidade-94/, acesso em 12/09/2019.

NASCIMENTO JÚNIOR, Jaime Meira do. *A integridade física e sua proteção jurídica no Direito Romano*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Transexualismo: o direito a uma nova identidade sexual.* Rio de Janeiro. Renovar, 2001.

PRADO, Marco Aurélio Máximo; MACHADO, Frederico Viana. *Preconceito contra homossexualidades: a hierarquia da invisibilidade*. São Paulo: Cortez, 2008.

RONCON, Pablo Cardozo *et al*. Regulamentação da vida no processo transexualizador brasileiro: uma análise sobre a política pública. Florianópolis: *Revista Katálysis*, vol.19, 2016.

SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SZNICK, Valdir. *Aspectos jurídicos da operação de mudança de sexo*. São Paulo: Sugestões literárias, 1979.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Nome e sexo: mudanças no registro civil*. São Paulo: Atlas, 2012.

17. O RESPEITO À DIVERSIDADE NO ÂMBITO ESCOLAR E SUA RELAÇÃO COM AS NOVAS TECNOLOGIAS

Amanda Raquel de Menezes
Mestranda em Tecnologias Emergentes da Educação pela MUST UNIVERSTY - Flórida/ USA
Docência do Ensino Superior – Faculdade Alfa América.
Especialista em Psicopedagogia Educacional e Clínica pela Faculdade de Itápolis – FACITA
Licenciada em Arte, Educação e Terapia pela Faculdade do Litoral Paranaense – Isespe
Licenciada em Pedagogia pela Universidade Nove de Julho – UNINOVE
Licenciada em Filosofia pelo Centro Universitário de Araras "Dr. Edmundo Ulson"
Licenciada em Letras pelo Instituto Municipal de Ensino Superior de São Manuel
Professora PEBII na Rede Estadual de Ensino e da Faculdade Galileu (Botucatu/SP)

1 Introdução

Atualmente vivemos em uma sociedade em que a temática da diversidade vem tomando destaque em todos os cenários (empresarial, social e principalmente escolar), onde nos deparamos com várias diversidades, tais como de gênero, religioso, configuração familiar, valores, expressão da sexualidade, dentre outros. Diante desse cenário que vivemos, este artigo visa promover a discussão sobre a diversidade dentro do ambiente escolar, os desafios apresentados e a gestão escolar na era digital, mediante as novas tecnologias e a utilização no ambiente social em que vivemos na atualidade.

O ambiente escolar é um espaço onde nos deparamos com diferenças a todo momento, o que resulta no enfrentamento no que diz respeito aos preconceitos e aos estereótipos pré-existentes. Com isso, torna-se difícil o reconhecimento da diversidade dentro do ambiente escolar e torna-se desafiador aos professores e gestores escolares desenvolver de forma coerente e colocar em prática metodologias diferenciadas de ensino, atendendo assim todos os alunos que possuam particularidades sociais, de aprendizagem e pessoais que necessitem de ensino direcionado à diversidade, de forma que não exista preconceito.

Este artigo permite a reflexão sobre a política educacional, destacando a necessidadede mais estudos no campo da gestão escolar no que diz respeito

à diversidade nas políticas educacionais. De acordo com Carvalho (2012, p.1) a literatura tem privilegiado aspectos relacionados ao currículo, aos conteúdos e às práticas pedagógicas, na perspectiva da oposição à homogeneidade, a padronização e à uniformização do antigo modelo.

A gestão escolar é um fator importante no quesito socioeducacional, a qual tem como principal responsabilidade estimular um ensino com total qualidade, resultando na melhoria do desenvolvimento dos alunos e da comunidade em um todo. É a partir da gestão que os professores preparam os alunos como cidadãos para enfrentar situações do dia a dia e, para isso, eles precisam se adaptar à atual realidade em que vivemos, saindo assim do método tradicional e partindo para o novo e, com isso, quebrar paradigmas pré-estabelecidos.

A partir do levantamento bibliográfico com o tema estabelecido nesse artigo, o mesmo permitirá o aprofundamento e reflexão sobre a diversidade no âmbito escolar e os desafios que os docentes tem diante desse tema.

2 A diversidade

Quando falamos em diversidade não se limita somente na questão escolar, mas também é um grande desafio nas empresas e até nos governos, setores esses que demonstram cada vez uma grande preocupação com o tema.

Quando falamos no governo, é interessante ressaltar o discurso da UNESCO, que no ano de 1994 criou o Programa MOST - “Gestão das Transformações Sociais”, objetivando respaldar e coordenar investigações da pessoa responsável na tomada de decisões dos assuntos do governo, a fim de obter uma gestão democrática e pacífica das sociedades que são caracterizadas pela pluralização cultural e étnico. Conforme a UNESCO, as principais áreas de investigação e organização devem:

> [...] em especial, concorrer para a definição de políticas que contribuam para a concretização dos objetivos de consecução da igualdade de direitos de cidadania entre os diferentes grupos e de prevenção e resolução dos conflitos étnicos. A posição da UNESCO é a de que a promoção de uma governação de cariz democrático e a concepção de políticas multiculturais exigem, antes de mais e sobretudo, um

> enquadramento legal que reconheça a igualdade de direitos dos diversos grupos étnicos, religiosos e linguísticos. Esse enquadramento é fornecido pelos instrumentos de direito internacional relativos aos direitos humanos no que se refere aos direitos das pessoas pertencentes a minorias. (UNESCO, 2008, p. 3)

Assim, como o governo se preocupa, as empresas privadas também estão cada vez mais preocupadas com a gestão da diversidade, que é uma ferramenta estratégica para a empresa se tornar cada dia mais competitiva no mercado dentro do contexto globalizado e, conforme Myers (2003, p. 492):

> [...] A globalização tem aumentado o volume do comércio internacional, o número de fusões e aquisições de empresas entre países, e tem provocado mudanças demográficas e culturais na sociedade. Por isso, é preciso conhecer e adaptar-se aos mercados nacionais e internacionais que estão ficando cada vez mais diversos. “Em um mercado crescentemente diverso, empresasdevem estar preparadas para fazer negócios com consumidores, competidores, e parceiros que também estão crescentemente diversos” (Ministério do Trabalho e Emprego, 2003:18). O motor da diversidade é a busca cada vez maior de competências e conhecimento do mercado para manter a competitividade (Vassallo, 6/9/2000:154).

Já no dia a dia no ambiente escolar, a gestão da diversidade conjectura uma nova cultura organizacional, onde a mesma não deve ser tratada como um problema, mas como um ponto que pode contribuir com uma boa convivência, resultando um aprendizado maior entre todos.

No ambiente escolar existe a grande importância de ensinar o respeito entre os colegas em relação às diferenças existentes entre eles, seja cultural, étnica, religiosa, de gênero etc., o que deve ser aplicado desde os primeiros anos escolares, onde deve ser explicada a complexidade do tema preconceito ao ser considerado como um tema pensado, elaborado e que é praticado não somente por adultos, mas também no meio infantil, visto que o convívio com os adultos pode ensinar desde a infância a exercer o preconceito e, com isso, os gestores enfrentam grande desafio ao trabalhar com os alunos sobre esse assunto tão complexo.

É importante que o professor, antes de iniciar o assunto com os alunos, deixe claro com eles os principais temas que englobam a diversidade, os quais são preconceito, discriminação e racismo. Com isso, o professor proporcionará aos alunos um ambiente onde tem como prioridade o estímulo do respeito à

diversidade, formando assim cidadãos mais educados e que respeitam a diversidade na sociedade em que vivem.

Quando falamos na gestão da diversidade no ambiente escolar é necessário entender que é importante que seja reconhecida a característica de cada pessoa, pois para entender quem somos como indivíduo ou como coletivo é importante que ocorra o reconhecimento que nos é dado pelos outros. Conforme nos explica Habermas (1983, p. 22), “ninguém pode edificar a sua própria identidade independentemente das identificações que os outros fazem dele”.

Esse tipo de reconhecimento acaba se tornando uma necessidade do ser humano, visto que o ser humano é um ser que só existe a partir de um convívio social. Conforme ensina Taylor (1994, p. 58), “um indivíduo ou um grupo de pessoas podem sofrer um verdadeiro dano, uma autêntica deformação se a gente ou a sociedade que os rodeiam lhes mostram como reflexo, uma imagem limitada, degradante, depreciada sobre ele”.

3 As tecnologias de informação e comunicação

Um outro ponto dentro dessa temática é o surgimento das novas tecnologias da informação e comunicação em conjunto com o aumento da diversidade humana nas sociedades mais desenvolvidas, o que resulta grandes mudanças na sociedade e principalmente no ambiente escolar, como viemos dissertando, mas nesse ambiente essas mudanças são mais necessárias e tendem a ser mais demoradas. Essas mudanças rápidas no ambiente social, mesmo que lentas no ambiente escolar, têm movido os professores a se adequarem às novas tecnologias e as implantarem no seu método de ensino, a fim de envolver os alunos ainda mais no ensino aprendizagem, quando também se deparam com a crescente diversidade humana no ambiente escolar.

Diante desse cenário, o professor tem que lidar com os alunos e suas diferenças e orientar acerca da importância do respeito, sendo que nesse tema, conforme já dito anteriormente, deveria ser tratado o respeito à diversidade com mais ênfase desde os primeirosanos de ensino, o que evitaria problemas aos professores no decorrer dos anos escolares, pois só teriam que

se preocupar com as mudanças tecnológicas, considerando que a diversidade seria um assunto natural no ambiente escolar.

Para que exista o respeito a diversidade no âmbito escolar é extremamente importante que todos sejam reconhecidos como iguais em dignidade e em direito, que as diferenças sejam respeitadas e não vistas como uma anomalia. Ainda de acordo com Taylor (1994, p. 58) “a projeção sobre o outro de uma imagem inferior ou humilhante pode deformar e oprimir até o ponto em que essa imagem seja internalizada”. E não “dar um reconhecimento igualitário a alguém pode ser uma forma de opressão”.

Em relação aos desafios da diversidade e das novas tecnologias centradas nas diferentes configurações da sociedade em que vivemos atualmente, Cardoso (2001, nº 107) ressalta os pontos que devem ter uma leitura crítica:

> [...]
> - os problemas e questões sociais vistos em perspectivas local, regional, nacional, internacional e mundial e à profunda interdependência entre esses níveis;
> - a situação dos diferentes grupos humanos na sociedade próxima e global;
> - o facto de a sociedade da informação, os meios técnicos que mobiliza e as possibilidades que oferece traduzirem interesses e objetivos diversificados e, muitos, eticamente contraditórios;
> - a necessidade de tornar inadiável a ligação segura da escola com as NTIC e o facto de a importante influência da sociedade da informação em termos educativos, não resultar só da quantidade e da velocidade de informação disponível, mas, sobretudo, dos critérios qualitativos de suporte às escolhas eà utilização da informação útil.
> - a distribuição desigual da informação na sociedade e na escola determinada por critérios culturais, sociais, económicos, etc, determinando fortemente os interesses de cada um face à informação disponibilizada e orientando a qualidade das suas escolhas de informação;
> - a reorganização da relação do sujeito e com o conhecimento. Por exemplo, multiplicação e difusão das fontes de informação vai colocando em questão o lugar tradicionalmente pouco questionado da escola e dos professores face ao conhecimento. [..]

Para Castells (1999), a habilidade ou inabilidade de uma sociedade dominar a tecnologia ou incorporar-se às transformações das sociedades, fazer uso e decidir seu potencial tecnológico, remodela a sociedade em ritmo

acelerado e traça a história e o destino social dessas sociedades; remetendo que essas modificações não ocorrem de forma igual e total em todos os lugares, ao mesmo tempo e instantânea a toda realidade, mas sim é um processo temporal e para alguns, demorado.

Além da diversidade, vêm as modificações sociais a partir das tecnologias da informação e da comunicação envolvendo várias facilidades, porém acarretam problemas de diferentes ordens, os quais são conhecidos como efeitos colaterais, fazendo alusão ao uso de um remédio, mas que causa algum desconforto. Com isso vemos os desafios da tecnologia na sociedade atual, visto que as sociedades contemporâneas são completamente heterogêneas, ou seja, existe uma grande diversidade cultural, étnica, religiosa, classe social, dentre outras, o que acontece, conforme já falamos anteriormente, no ambiente escolar, que exige convívio.

Dentro desse convívio eleva-se a discussão de como podemos nos entender diante das diferenças, permitindo assim resolver problemas gerados a partir da heterogeneidade cultural, política, étnica, religiosa, racial, econômica, visto que a convivência em sociedade sempre ocorrerá.

De acordo com Praxedes (2015):

> A educação é o resultado de relações sociais que podem capacitar aqueles queparticipam do processo educativo para:
> a) a sobrevivência nas sociedades contemporâneas;
> b) a busca da superação da ordem social existente;
> c) os objetivos a) e b);
> d) nenhum dos dois objetivos.
> Cabe aos participantes dos processos educativos a decisão sobre a ênfase que será adotada. A educação é também um processo social do qual participamosenquanto realizamos uma opção entre diferentes valores e objetivos a serem alcançados.

Com isso entendemos que uma educação democrática permite a todos os envolvidos participar na definição das decisões do rumo da educação, respeitando as diversidades e se adequando as novas tecnologias de informação e comunicação, de forma que se implantem de maneira eficaz e desenvolvendo o ensino-aprendizagem dos alunos.

4 Considerações finais

No cenário em que vivemos, a diversidade é um assunto que está cada vez mais em discussão, estando sempre em estudo a melhor forma de ser gerida dentro dos ambientes sociais, empresariais, governamentais e principalmente no ambiente educacional. E quando falamos no ambiente educacional encontramos poucas referências à desigualdade, resultando a ilusão de que é uma consequência da própria escola e, para que isso seja revertido, é importante entender em primeiro lugar que a escola é um ambiente público onde se convivem fora da vida particular, familiar, íntima, capacitando a convivência participativa na escola.

Essa convivência gera um processo de ensino-aprendizado que também ensina a participação do restante da vida social. A escola, por ser um ambiente público, permite a capacitação de toda sociedade com ela envolvida, que busca solucionar problemas da escola, do bairro, da cidade, do estado ou seja, de todo o planeta. Para que isso ocorra, é importante entender a importância do respeito ao próximo, respeito às diferenças e a adequação ao uso das novas tecnologias de informação e comunicação como ferramenta auxiliar de ensino, permitindo uma maior interação dos alunos durante a aula e o estímulo na participação constante na construção do ensino-aprendizado.

Estimular o respeito à diversidade na escola é aceitar que os envolvidos se interessam, possuem visões de mundo e culturas que se diferem, que ninguém é detentor da verdade, que devemos entender que ao observarmos pela mesma janela cada um descreverá a forma que enxerga a paisagem a partir do seu ponto de vista e que deve ser respeitado e dar-se o respeito, colocando em evidência os interesses e valores contemplados no ambiente público escolar, que deve enfatizar o bem estar e a igualdade a todos.

A democracia é uma maneira de viver negociando em todo tempo, tendo como referência a necessidade de se conviver em meio a diversidade cultural, étnica, religiosa, de gênero etc., de forma que se respeitem e se tolerem, mas é importante que ocorra a valorização entre todos que convivem

no ambiente social, escolar e nos demais, pois dessa forma ficará claro que valorizarmos a tolerância entre os diferentes é também o que nos une.

Referências

BOYAYAN, Ana Lucia Esteves. *A diversidade no contexto educacional.* Disponível em: <https://pt.scribd.com/doc/23837340/A-Diversidade-No-Contexto-Educacional>. Acessado em: 20 de abril de 2020.

CARDOSO, Carlos. *Os desafios da diversidade e das novas tecnologias.* Disponível em: <https://www.apagina.pt/?aba=7&cat=107&doc=8565&mid=2>. Acessado em: 20 de abril de2020.

CARVALHO, Elma Júlia Gonçalves. Educação e Diversidade Cultural. In: CARVALHO, E.J.G.; FAUSTINO, R. C. (org.). *Educação Diversidade Cultural*. 2. ed. Maringá: Eduem, 2012.

CARVALHO, Elma Júlia Gonçalves de. *Diversidade cultural e gestão escolar: algunspontos para reflexão*. Disponível em: <http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/TeorPratEduc/article/view/20181/10527. Acessado em 20 de abril de 2020.

CASTELLS, M. *La Era de la información: economia, sociedad y cultura*. México:Siglo Veintiuno Editores, 1999.

HABERMAS, Jurgen. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. São Paulo,Brasiliense, 1983.

_____. *Diversidade*. Disponível em: <https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/educacao/diversidade.htm>. Acessado em: 22 de abril de 2020.

MYERS, A. O Valor da Diversidade Racial nas Empresas. *Estudos Afro-Asiáticos*, ano 25, nº 3, 2003, pp. 483-515. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/eaa/v25n3/a05v25n3.pdf. Acesso em: 23 de abril de 2020.

PRAXEDES, Walter *A diversidade humana na escola: reconhecimento, multiculturalismoe tolerância.* Disponível em: <https://walterpraxedes.wordpress.com/2015/06/15/a-diversidade-humana-na-escola-reconhecimento-multiculturalismo-e-tolerancia/> Acessado em: 23 de abril de 2020.

RAMPELOTTO, Elisane Maria. MELARA, Adriane. LINASSSI, Priscila Silva. *Gestãoescolar: o uso das tecnologias de informação e comunicação e suas possibilidades.* Disponível em: <https://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2015/19668_10826.pdf> Acessado em: 22 de abril de 2020.

TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y la politica del reconocimiento*. México: Fondo de Cultura Econômica, 1994.

UNESCO. *Declaração Universal Sobre a Diversidade Cultural.* 2002. Disponível em:

<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>. Acesso em: 22 de abril de2020.