

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLUME 1



**ORGANIZADORES:
Mônia Clarissa Hennig Leal e
André Viana Custódio**



**FUNDAMENTOS
CONSTITUCIONAIS DAS
POLÍTICAS PÚBLICAS
VOLUME 1**





Reitora

Carmen Lúcia de Lima Helfer

Vice-Reitor

Rafael Frederico Henn

Pró-Reitor de Graduação

Elenor José Schneider

Pró-Reitora de Pesquisa

e Pós-Graduação

Andréia Rosane de Moura Valim

Pró-Reitor de Administração

Dorivaldo Brites de Oliveira

Pró-Reitor de Planejamento

e Desenvolvimento Institucional

Marcelino Hoppe

Pró-Reitor de Extensão

e Relações Comunitárias

Angelo Hoff

EDITORA DA UNISC

Editora

Helga Haas

COMISSÃO EDITORIAL

Helga Haas - Presidente

Andréia Rosane de Moura Valim

Felipe Gustsack

Hugo Thamir Rodrigues

Marcus Vinicius Castro Witczak

Olgário Paulo Vogt

Rafael Eisinger Guimarães

Vanderlei Becker Ribeiro



Avenida Independência, 2293
Fones: (51) 3717-7461 e 3717-7462
96815-900 - Santa Cruz do Sul - RS
E-mail: editora@unisc.br - www.unisc.br/edunisc

Mônia Clarissa Hennig Leal
André Viana Custódio
(Organizadores)

**FUNDAMENTOS
CONSTITUCIONAIS DAS
POLÍTICAS PÚBLICAS
VOLUME 1**



Santa Cruz do Sul
EDUNISC
2019

© *Copyright*: dos autores
1ª edição 2019

Direitos reservados desta edição:
Universidade de Santa Cruz do Sul

Capa: Denis Ricardo Puhl (Assessoria de Comunicação e Marketing da UNISC).

Editoração: Clarice Agnes, Caroline Fagundes Pieczarka.

F981 Fundamentos constitucionais das políticas públicas [recurso eletrônico]
: volume 1 / Mônia Clarissa Hennig Leal, André Viana Custódio
(organizadores). - 1.ed. – Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2019.

Dados eletrônicos.

Texto eletrônico.

Modo de acesso: World Wide Web: www.unisc.br/edunisc

ISBN: 978-85-7578-495-2

1. Políticas públicas. 2. Direitos fundamentais. 3. Problemas
sociais. I. Leal, Mônia Clarissa Hennig. II. Custódio, André Viana.

CDD 341.2

Bibliotecária responsável: Muriel Esperança Thürmer – CRB 10/1558



SUMÁRIO

PREFÁCIO	
João Pedro Schmidt.....	7

DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

SERVIÇO PÚBLICO: INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E MECANISMO DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL	
Daniëlle Dornelles, Bárbara Dornelles de Lima.....	9

CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO NÃO PREVISTOS NA RELAÇÃO NACIONAL DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS, LIMITES ADMINISTRATIVOS E ORÇAMENTÁRIOS: COMO DECIDE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL?	
Caroline Andressa Rech, Lara Santos Zangerolame Taroco.....	22

A EVOLUÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS A PARTIR DA ERA DA <i>INTERNET</i>	
Bruna Bastos, Vitalínio Lannes Guedes.....	38

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA

O ATIVISMO JUDICIAL E A GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE	
Fernanda Tavares Sonda.....	51

CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: ALCANCE COLETIVO DAS DECISÕES OU EFETIVAÇÃO SUBJETIVA?	
Maria Valentina de Moraes, Flávia Thais Stein.....	68

DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMANDAS SOCIAIS

EDUCAÇÃO INCLUSIVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: DESAFIOS ATUAIS	
Ana Luiza Barbosa Maciel, Tatiana Luiza Rech.....	82

A MULHER NEGRA E A TRÍPLICE DISCRIMINAÇÃO	
Evaldo Lourenço de Lima.....	94

A DISCRIMINAÇÃO CONTRA OS NEGROS NO SETOR BANCÁRIO BRASILEIRO	
Beatriz de Felipe Reis, Vivian Maria Caxambú Graminho.....	106



POLÍTICAS PÚBLICAS DE GÊNERO

ANÁLISE DA IMPLEMENTAÇÃO OU NÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE GÊNERO POR PREFEITAS ELEITAS NO ESTADO DO RS Júlia Monfardini Menuci, Jóice Nielsson.....	124
---	-----

POLÍTICAS PÚBLICAS PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

O PROJETO “QUEM É MEU PAI?” COMO UM MECANISMO EFETIVO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À FILIAÇÃO EM CAPÃO DA CANOA - RS Karina Meneghetti Brendler, Aida Victória Steinmetz Wainer.....	145
--	-----

PATOLOGIAS CORRUPATIVAS FORMAS DE ENFRENTAMENTO

ACORDOS DE LENIÊNCIA E DELAÇÃO PREMIADA ENQUANTO MECANISMOS DE COMBATE A CORRUPÇÃO: PRINCIPAIS DISTINÇÕES E APLICABILIDADE Caroline Fockink Ritt, Chaiene Meira de Oliveira.....	157
---	-----

MÉTODOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS MEDIÇÃO E JUSTIÇA RESTAURATIVA

A (IM)POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DA COMISSÃO DE REPRESENTANTES DOS EMPREGADOS NA MEDIÇÃO DE CONFLITOS LABORAIS Márcio Dutra da Costa, Vívian Paludo.....	172
---	-----

DIREITOS HUMANOS, CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E PROTEÇÃO MULTINÍVEL DE DIREITOS

UMA TEORIA DA JUSTIÇA INTERNACIONAL PARA QUEM? AS FALHAS NA CONCEPÇÃO RESTRITIVA DE DIREITOS HUMANOS DE JOHN RAWLS NA OBRA “O DIREITO DOS POVOS” Erick da Luz Scherf, Luciana Rocha Leme.....	186
REFUGIADOS AMBIENTAIS: A FUGA DA NATUREZA FRENTE A AUSÊNCIA DE PROTEÇÃO NORMATIVA Cíntia Camilo Mincolla, Karen Emilia Antoniazzi Wolf.....	198



PREFÁCIO

O XV Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea foi, assim como as edições anteriores, um espaço para o debate de alguns dos principais temas que estão na pauta de discussão da sociedade no seu momento atual, congregando professores, pesquisadores e alunos da graduação e pós-graduação de universidades brasileiras e de outros países.

O evento repercute o tema geral “direitos sociais e políticas públicas” que marca as investigações realizadas no Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado - da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, que em breve completará duas décadas, dedicadas ao esforço em analisar os diferentes aspectos das políticas públicas e de prospectar oportunidades de inovação em vista dos objetivos maiores do bem comum, da inclusão social, do fortalecimento da democracia e da sustentabilidade socioambiental. O viés interdisciplinar é uma das marcas desse esforço analítico e prospectivo, em que o enfoque jurídico está conectado ao sociológico, político, filosófico, histórico, entre outros.

Os textos do presente volume foram selecionados entre os 130 trabalhos apresentados na XI Mostra Internacional de Trabalhos Científicos, de estudantes e professores provenientes de várias instituições. No rol de textos o leitor notará uma variedade de temáticas, como serviço público, questões de gênero, saúde, mediação, educação, combate à corrupção, teoria da justiça internacional, direito à filiação e refugiados. Trata-se de uma amostra da riqueza dos debates ocorridos, em um ambiente de liberdade, de respeito e de interesse pelo trabalho de colegas pesquisadores.

A menção à liberdade dos debates adquire, aliás, particular importância no contexto do evento, dado o impacto das ameaças explícitas à liberdade de expressão em diversas escolas e universidades no ano de 2018. Não há ciência sem liberdade! Que as ameaças abertas e veladas ao direito de pensamento e à livre expressão sejam decididamente rejeitadas! Que a academia não se submeta aos desmandos de eras de triste memória! E que as novas edições do Seminário Internacional e das Mostras de Trabalhos Científicos continuem sendo ambientes de produção e difusão de boa teoria em busca de boa prática em sintonia com os ditames constitucionais e os ideais do bem comum.

João Pedro Schmidt – Professor do PPG-Direito da UNISC



DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS



SERVIÇO PÚBLICO: INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E MECANISMO DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL

PUBLIC SERVICE: INSTRUMENT FOR THE CONCRETIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE SOCIAL DEVELOPMENT MECHANISM

Danielle Dornelles¹

Bárbara Dornelles de Lima²

1 INTRODUÇÃO

O propósito deste artigo é demonstrar a importância dos serviços públicos no constitucionalismo contemporâneo, especificadamente na atual Regularização Fundiária Urbana (Reurb), esta que é de extrema importância para a efetivação de direitos fundamentais, assim como para o desenvolvimento social no Brasil, sendo, portanto, um tema que traz valorosas reflexões e que merece uma análise atenta diante de sua relevância na contemporaneidade, justificando-se, assim, a importância desta pesquisa, estimulando de forma positiva a produção científica sobre o tema tão importante e atual.

Através do método dedutivo, pretende-se responder ao questionamento proposto, ou seja, se, diante da nova perspectiva constitucional, seria o serviço público elemento primordial para a concretização dos direitos almejados diante da Regularização Fundiária Urbana (Reurb). Para tanto, foram acionadas as técnicas da documentação indireta, por meio de doutrina, como livros, revistas especializadas sobre o assunto, que permitam dar suporte ao texto e a sua possível conclusão. O método de procedimento utilizado no presente artigo é o analítico, analisando o tema e fundamentando sua aplicabilidade. Para base de dados bibliográficos, são utilizados *websites* e bibliotecas.

1 Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Bolsista BIPPS (Bolsas Institucionais para Programas de Pós-Graduação Stricto Sensu), Edital 01/2018. Pós-graduada Lato Sensu (especialização) em Direito Imobiliário, Urbanístico, Registral e Notarial pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Pós-graduada Lato Sensu (especialização) em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera - Uniderp. Pós-graduada Lato Sensu (especialização) em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera - Uniderp. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Escrevente autorizada. *E-mail*: <d.dornelles@hotmail.com>

2 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC - área de Relações Internacionais (2009). Especialista em Direito Empresarial pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (2011), Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET (2014). Possui graduação em direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau (2002) com habilitação em Direito Internacional. Advogada atuante. *E-mail*: <barbara@dornellesdelima.adv.br>



Indo ao encontro do tema proposto, importante referir que a Constituição Federal de 1988 representou um período de transição para todo o Direito, quando assumiu as características do Constitucionalismo Contemporâneo.

Esse fenômeno do constitucionalismo contemporâneo busca, sem embargo, efetivar, verdadeiramente, um Poder Público e uma sociedade civil cada vez mais justa, democrática e igualitária, engajados na busca da efetivação dos direitos fundamentais, assim como do desenvolvimento social.

2 SERVIÇO PÚBLICO NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: UMA GARANTIA FUNDAMENTAL NECESSÁRIA

Partindo-se da análise de um contexto social do final do século XIX e início do século XX, marcado pela ascensão de um ideal liberal, pela predominância dos interesses individuais e pela autorregulação do mercado, tinha-se uma sociedade avessa à interferência estatal.

A ideia da ausência de ingerência do Estado em face das relações sociais era visto como o modelo a ser seguido pela sociedade, pois era o modelo teoricamente capaz de promover a prosperidade e o bem estar social.

Com o tempo, o modelo liberal se mostrou ineficaz do ponto de vista do bem estar social e não tardou para o surgimento de críticas ao Estado Liberal, que muito pouco interferia nas relações vistas como privadas, mas que atingiam grande massa popular, como, por exemplo, as relações de trabalho entre empregador e empregado, as relações econômicas entre grandes corporações. Sem dúvida, configurou uma forma de exploração do homem sobre o homem, e o Estado permitiu, diante de sua ausência nas relações entre indivíduos, um considerável aumento à desigualdade social.

Conforme menciona Lobo (1983, p. 32), houve duas etapas na condução do movimento liberal e na existência do Estado Liberal: a primeira, de conquista da liberdade e a segunda, de exploração da liberdade.

Denota-se que os ideais liberais, aplicados em sua concepção pura, mostraram-se ineficazes, e o Estado passou a ser chamado para dirimir conflitos, evitar abusos, limitar o poder econômico.

Após as duas grandes guerras mundiais, ocorridas na primeira metade do século XX, as suas consequências nefastas foram as responsáveis pelas grandes transformações na economia mundial e na estrutura social. Foi nesse período que o Estado passou a ser chamado para interferir de forma mais eficaz nas relações sociais.

Passou-se a se preocupar mais com a proteção de direitos fundamentais, com



a dignidade humana, e essa preocupação foi a responsável por delimitar a atuação estatal, pois o Estado passou a ser visto como necessário para dirimir os conflitos sociais e o único capaz de promover o bem estar social, desencadeando uma série de reformas voltadas a este fim. Conforme menciona Reis (2003), houve a necessidade de o Estado se fazer mais atuante; nasce, assim, o Estado social, a segunda dimensão de direitos e uma atuação estatal positiva.

Nesse diapasão, Gabardo (2009, p.145) refere que se delineia uma terceira direção mediante a reavaliação da tradicional dicotomia entre Estado e sociedade civil, advinda do Estado liberal.

Frisa-se que, nessa tradicional dicotomia, a esfera pública não interfere em nenhum âmbito concreto ou particular tido como privado e o particular apresenta irrelevância ao âmbito público, havendo a dissociação entre a sociedade civil e o ente público. Como mencionado, essa dicotomia baseia-se no pensamento individualista, que propunha o livre desenvolvimento mercantil do indivíduo (FACCHINI NETO, 2010, p. 42).

Então, essa reavaliação citada por Emerson Gabardo identifica-se com o fenômeno que Jorge Reis Novais entende como uma pretensão de estadualização da sociedade e recíproca socialização do Estado, surgindo, portanto, o modelo misto consolidado como o Estado social (GABARDO, 2009, p.145).

Esse Estado social, como já referido, nasce do pós-guerra, dadas as demandas sociais emergentes. A solução encontrada pelas democracias liberais foi montar grandes serviços sociais universais, substancialmente mais eficientes do que o simples aumento de salários, para aumentar o padrão de vida da população (PEREIRA, 2017, p.149).

Nesse momento, a vida pública dos cidadãos é reconduzida, e o Estado passa a oferecer serviços públicos de saúde, alimentação, tratamentos médicos, educação, visando promover o desenvolvimento econômico-social, haja vista a barbárie social que eclodia no mundo (PEREIRA, 2017, p.154).

Nesse novo cenário, que contava com a participação mais ativa do Estado nas relações sociais, as normas constitucionais, por seu turno, foram alçadas ao degrau normativo mais elevado, passaram a ser garantidoras de direitos mínimos, tidos como necessários ao bem estar social, que conhecemos hoje por direitos fundamentais.

A norma constitucional trazia em seu bojo os direitos fundamentais sociais, que traduziam a capacidade do Estado de garantir os direitos mínimos aos cidadãos. Essas garantias foram conferidas a todos, através de normas que passaram a ter maior força de implementação.

É nesse contexto que surge o chamado constitucionalismo contemporâneo, dentro do qual nasce o conceito de supremacia da norma constitucional, que tem, em seu escopo, a ideia de superioridade da norma constitucional sobre as demais.



Nesse diapasão, o constitucionalismo contemporâneo preconiza que a lei é concebida para a garantia dos direitos fundamentais, e à Constituição é atribuída a finalidade precípua de tutela dos direitos fundamentais (FINGER, 2003, p. 141).

No Brasil, a ideia da norma constitucional como lei suprema, embasadora de uma legislação infraconstitucional, consolida-se com a Constituição Federal de 1988, que prevê garantias de direitos fundamentais e à democracia. Nessa época, pós-ditadura, os direitos humanos positivados representam um ideal a ser perseguido e protegido.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi aclamada como uma Constituição Cidadã e representa o coroamento do processo de restauração do Estado Democrático de Direito. Com ela, novos e importantes arsenais jurídicos foram criados, superando aquela perspectiva autoritária, onisciente e não pluralista do exercício do poder (BARROSO, 2002, p.10).

Sedimentado o entendimento de constituição como norteadora do sistema normativo infraconstitucional, portador do conjunto de princípios e regras garantidores de direitos mínimos do cidadão, doutrinadores e aplicadores do direito passaram a se preocupar com a aplicabilidade e eficácia desses direitos.

Conforme menciona Bittencourt (2015), “o constitucionalismo democrático do século XXI, calcado na dualidade dignidade humana/solidariedade social, traz como desafios às sociedades contemporâneas não mais o reconhecimento dos direitos fundamentais, mas a preocupação com sua efetiva concretização”.

Do nascimento de um Estado preocupado com as demandas sociais, focado na promoção do bem estar e da igualdade, surge a necessidade de um aparato burocrático que possibilite a efetivação desses objetivos.

Nesse contexto, o serviço público, previsto na Constituição Federal como incumbência e forma de atividade do Poder Público, brota como um meio de concretização das demandas coletivas, como meio do Estado realizar todos aqueles objetivos e garantir ao cidadão os seus direitos.

Passa-se a exigir, cada vez mais, prestações positivas pelo Estado, ou seja, no sentido de oferecer os serviços públicos (SARMENTO, 2010).

Nesse sentido, afirma Schier (2009, p. 22) que esses serviços públicos, eleitos o instrumento à promoção da dignidade da pessoa humana e aos demais princípios fundamentais, diante do modelo de estado, passa a ser tarefa/atividade do Estado no sentido de intervir na sociedade, buscando garantir a todos uma existência digna. Menciona a autora que “o estado de Bem-estar Social é o Estado do Serviço Público. O serviço público é a tradução jurídica do compromisso político da intervenção estatal para satisfazer as necessidades coletivas.”

Então, constata-se que serviços públicos, tomados como atividade prestacional



ou de atos concretos da administração pública, busca garantir o bem-estar da coletividade, sendo de extrema relevância na contemporaneidade. Ademais:

[...] a ele compete não apenas o dever de afastar os obstáculos para o alcance dos objetivos fundamentais da República, mas também a incumbência de criar condições reais e efetivas para a sua consecução. E dessa intelecção, que sugere uma postura estatal intervencionista, é possível deduzir uma série de tendências atuais do Direito Administrativo pátrio, entre as quais se encontra [...]o delineamento de uma Administração Pública inclusiva, voltada à inserção social dos cidadãos e à redução das injustiças e desigualdades existentes na sociedade brasileira. (HACHEM, 2013, p. 343).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, serviço público consiste em uma atividade que oferece certa utilidade ou comodidade prestada pelo Estado aos seus administrados, sob um regime de direito público, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo (MELLO, 2002, p. 575).

Analisando a Constituição Federal de 1988, é possível verificar que a Administração Pública assume um papel ativo perante a sociedade e se torna responsável pela prestação de um serviço garantidor das prerrogativas sociais, previstas na norma constitucional.

Conforme menciona Reck (2009, p. 94), “o que importa notar da história do serviço público é que nasce como símbolo de uma busca da igualdade e da autoconstituição racional de uma comunidade a partir de direitos (e direitos fundamentais)”.

Ou seja, o serviço público, considerando o dispositivo constitucional, passa a ser garantido pela lei maior, ao mesmo tempo em que se configura como garantidor da realização daquelas garantias constitucionais previstas, necessárias à satisfação das necessidades essenciais.

Elevado à categoria de direito fundamental, o serviço público passa a corresponder a uma garantia constitucional de realização dos direitos fundamentais; é através do serviço público que a Administração Pública cumpre com a obrigação assumida de atender e satisfazer as necessidades fundamentais do cidadão.

No quadro do estado social e democrático de direito, o serviço público, tomado como atividade prestacional do Estado, encontra sua legitimação na medida em que se coloca como um instrumento que viabiliza o acesso dos cidadãos a bens voltados à concretização dos direitos sociais (SCHIER, 2009, p. 116).

A norma constitucional traz, em seu texto, não só direitos de cunho prestacional, mas também apresenta mecanismos que permitem ao cidadão acessar direitos, acesso esse que se dá através do serviço público.



O serviço público em si não tem condições de configurar-se como um direito propriamente dito, mas alçado à categoria de garantia fundamental, permite ao cidadão buscar o seu direito de uma forma mais eficaz, uma vez que obriga o Estado a cumprir com o compromisso assumido de fornecer serviços básicos, essenciais.

Ou seja, se o Estado assume a responsabilidade de promover o bem estar, a distribuição de bens, a finalidade de tal tarefa só é legítima se direcionada à garantia de direitos fundamentais, notadamente de cunho social, e, nesses termos, a técnica utilizada para o seu desempenho é a prestação de serviços públicos.

Dessa forma, estender um regime jurídico especial à função desempenhada pelo serviço público, elevando-o à condição de direito fundamental, permite ao Estado concretizar os ideais do Estado Social e Democrático de Direito previstos na Constituição.

A Constituição Federal de 1988, que tem como base do seu arcabouço normativo a defesa e a efetivação dos direitos fundamentais, confere ao serviço público o *status* de direito fundamental, a fim de possibilitar a sua devida prestação.

A ideia de erigir o serviço público à categoria de garantia fundamental permite assegurar ao cidadão o acesso a bens importantes para o atendimento de necessidades mínimas, a ponto de permitir que o cidadão tenha uma perspectiva efetiva de inclusão e participação na sociedade.

Não é demais afirmar que a devida prestação dos serviços públicos permite à sociedade alcançar níveis de desenvolvimento muito mais abrangentes do que simplesmente a diminuição da pobreza. Colabora com a garantia aos cidadãos de níveis de bem-estar mais elevados (REZENDE; TAFNER, 2005, p. 87).

É nesse contexto que este estudo analisa a importância da Regularização Fundiária Urbana como instrumento de realização de um dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, o direito à moradia, indiretamente à vida, saúde, liberdade, possibilitando ao Estado, a efetivação da sua função social, para no final, toda sociedade livrar-se dos reflexos negativos causados pela pobreza, formações de favelas, degradação ambiental, etc. Fatores limitadores da liberdade individual, fazendo valer o respeito à dignidade da pessoa humana.

3 REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA (REURB) E A IMPORTÂNCIA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

O direito à moradia, consolidado como direito fundamental e previsto expressamente como um Direito Social no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, tem como núcleo básico o direito de viver com segurança, paz e dignidade (PANSIERI, 2008, p. 51), sendo qualificado como um direito de segunda dimensão, eis que exige por parte do Estado uma prestação positiva.



Nesse viés, com o objetivo de atender a este propósito, expressamente declarado pela Constituição como direito básico, necessário e fundamental de qualquer cidadão, é criada a Lei nº 13.465/17, que representa uma importante conquista na regularização fundiária urbana.

Muitas localidades no país, em especial regiões onde há uma grande aglomeração de pessoas, o problema não é só com a falta de moradia para a população, mas com o grande número de residências irregulares.

Ocupações irregulares representam um problema para toda uma comunidade, na medida em que o seu estabelecimento se dá sem um mínimo de planejamento, representando um risco em termos de segurança, saúde, bem estar social.

Em que pese o Brasil ser conhecido pelo seu extenso território, a população, de uma forma geral, sofre com o crescimento desordenado de determinados núcleos urbanos, que, acrescido ao aumento demográfico em curto espaço de tempo, resulta em uma série de problemas estruturais. Regiões imensas onde impera a informalidade têm surgido. São ruas vilarejos, bairros, que surgem a cada ano, lotadas de imóveis construídos sobre terrenos ocupados irregularmente. Construções surgem sem qualquer tipo de planejamento urbano.

O sonho do imóvel tem se tornado um pesadelo em termos de ordenamento territorial urbano, mobilidade, meio ambiente, saneamento básico, segurança pública e saúde pública. O descompasso entre o ideal e o real afasta o cidadão do conceito de direito social à moradia e à dignidade humana previsto na carta magna.

A Reurb, como é conhecida a Lei nº 13.465/17, compreende uma série de medidas jurídicas, ambientais, urbanísticas e sociais, apresentando importantes objetivos³ a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, como a identificação dos núcleos urbanos informais que devam ser regularizados, organizá-los e assegurar a prestação de serviços públicos aos seus ocupantes, de modo a melhorar as condições urbanísticas e ambientais em relação à situação de ocupação informal anterior.

Importante ressaltar que a Constituição Cidadã não prevê expressamente a obrigação do Estado de conceder habitação para os seus cidadãos. Ao tratar da moradia como direito fundamental social, não está assegurando uma moradia concreta, mas assumindo o compromisso de adotar políticas públicas capazes de permitir ao cidadão o acesso a esse direito.

Nesse ínterim, importante mencionar que políticas públicas é um termo que merece atenção, ainda mais quando se relaciona a países em desenvolvimento, com incontestáveis problemas à efetivação de direitos fundamentais sociais, como o Brasil.

³ Lei nº 13.465/17, artigo 10.



Conceituar as políticas públicas de maneira mais aprofundada não é o objetivo deste trabalho, mas denota-se oportuno entendê-las. Nesse sentido, de forma objetiva, políticas públicas são conceituadas por Bucci (2006, p. 38), como programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado, para a realização de objetivos socialmente relevantes. Ademais:

O desenvolvimento de uma sociedade resulta de decisões formuladas e implementadas pelos governos dos Estados nacionais, subnacionais e supranacionais em conjunto com as demais forças vivas da sociedade, sobretudo as forças de mercado em seu sentido lato. Em seu conjunto, essas decisões e ações de governo e de outros atores sociais constituem o que se conhece com o nome genérico de políticas públicas. (HEIDEMANN, 2009, p. 28).

Nesse sentido, diante da necessária breve análise das políticas públicas, é importante referir que estas se materializam a partir de uma ação administrativa que pressupõe, em primeiro lugar, a existência de órgãos e orçamento. A partir de então, antevê-se uma articulação complexa dos institutos de direito administrativo para os fins de realização das políticas públicas, utilizando, por exemplo, os serviços públicos, dentre outros institutos de Direito Administrativo (RECK, BITENCOURT, 2016).

Voltando ao processo de regularização previsto pela lei nº 13.465/17, esta procura estabelecer um procedimento acessível, conferindo a qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica, interessada na regularização de um determinado núcleo urbano informal, a legitimidade para requerê-la.⁴

A lei da Reurb, de uma forma geral, trouxe mudanças significativas no processo de requerimento e trâmite de regularização imobiliária, representando um importante avanço, na medida em que incluiu a participação de entes públicos, em especial dos municípios na etapa de regularização fundiária e reduz as responsabilidades cartoriais.

A desburocratização da lei, por outro lado, não visa, apenas, regularizar a titulação do imóvel irregular. Tem como objetivo simplificar o processo de matrícula do imóvel, sem, no entanto, esquecer da necessidade de verificação de questões ambientais, de infraestrutura, saneamento, planejamento urbano, saúde e segurança.

A partir do momento em que núcleos irregulares passam a ser regularizados, o poder público passa a ter um controle mais efetivo sobre o referido espaço urbano, além de passar a ser responsável pelo local, assumindo a obrigação de prover toda a estrutura necessária para uma convivência digna, tais como saneamento básico, iluminação, energia elétrica, etc.

⁴ Lei 13.465/2017, artigo 14.



Dessa forma, o processo de regularização atinge sua finalidade primordial de conceder ao cidadão, meios de adquirir um imóvel regular localizado em um espaço com um mínimo de infraestrutura, atingindo dessa forma, o estado, o fim primordial de bem estar social.

Gize-se que o Registro de Imóveis tem um papel importante para concretização do processo de regularização fundiária, efetivadora do direito fundamental à moradia, à luz do constitucionalismo contemporâneo.

4 O PAPEL DO REGISTRO DE IMÓVEIS NA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA, A LONGA MANUS DO PODER ESTATAL

No tocante à atividade registral imobiliária, está prevista no artigo 236 da Constituição Federal de 1988, como serviço de registro a ser exercido “em caráter privado, por delegação do Poder Público”. Nesse sentido, caracteriza-se como um serviço público *uti singuli*, de prestação indireta.

Trata-se de serviço que foi estabelecido pela legislação civil para gerar autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos (Lei n. 6.015/73, artigo 1º, caput).

Evidencia-se a evolução da atividade registral, ao chegar ao ponto que chegou, acumulando ao longo dos tempos novos e importantes contornos. Compreender essa evolução, bem como o que tem hoje de fundamental é vital para sua valoração e subsistência.

O Registro de Imóveis possui papel importante no processo de regularização fundiária, na medida em que é o órgão auxiliar do direito civil destinado ao assentamento de títulos públicos e privados, outorgando-lhes oponibilidade a terceiros, com ampla publicidade e destinado ao controle, eficácia, segurança e autenticidade das relações jurídicas envolvendo imóveis, garantindo-lhes presunção relativa da prova da propriedade.

Ao Registro de Imóveis foram designadas importantes funções para ajudar a garantir o direito à moradia, tornando-se um importante ator da regularização fundiária. O instituto que originariamente tem garantido a propriedade imobiliária no Brasil e no mundo, há séculos, agora exerce funções sociais e ambientais, tudo isso decorrente da transformação do direito de propriedade contemporâneo (MELO, 2010, p.1).

É o Serviço Registral que concede a segurança jurídica necessária aos títulos de propriedade, garantindo a estabilidade jurídica necessária aos negócios jurídicos envolvendo imóveis no Brasil.

Toda a transmissão de propriedade produz efeitos jurídicos, devidamente previstos em lei, dentre os quais se cita a fé pública, que implica na garantia de



veracidade do que está expresso no registro, garantindo o negócio entre as partes bem como perante terceiros, e a legitimidade, que garante ao portador do título a presunção de que o mesmo é o verdadeiro proprietário do imóvel descrito no instrumento.

Nesse aspecto, a importância do Registro de Imóveis no processo de regularização se deve ao fato desse órgão dar garantia de propriedade ao imóvel, finalidade esta perseguida pelo proprietário. É a matrícula do imóvel que concede segurança jurídica plena de que a posse, o direito de concessão foi elevado à categoria de direito real.

Conforme menciona Campilongo (2014, p.156), a respeito da regularização fundiária “[...] entre as fronteiras do que a lei determina e do que a vida impõe, notários e registradores já desempenham e, pode-se vaticinar, desempenharão papel extremamente relevante para a regularização judiciária destes imóveis [...]”.

Assim, tendo o direito da propriedade conteúdo social consagrado no constitucionalismo pátrio, constitui-se em dimensão inerente à dignidade da pessoa humana⁵, pois a falta de uma moradia decente ou espaço físico adequado para atividade profissional acaba comprometendo os pressupostos básicos para uma vida com dignidade (SARLET, 2011, p.107).

Reconhecida como um dos principais instrumentos de garantia do direito à moradia, direito este, ressalta-se mais uma vez, tido como um direito fundamental pela Constituição Federal, a regularização fundiária comporta um conjunto de medidas de ordem ambiental, jurídica, urbanística e social, que visam à legalização de núcleos habitacionais irregulares, ocupados às margens da lei.

Uma das principais consequências do processo de regularização consiste no resgate de uma população marginalizada e sem acesso à estrutura mínima garantida pelo Estado, justamente por estar assentada de forma irregular.

No processo de regularização, o Registro de Imóveis assume um papel de destaque, eis que é com a ajuda desse órgão que os trabalhos de criação de uma planta de sobreposição são possíveis. O trabalho de busca e análise de livros registrais mais antigos é de extrema importância, uma vez que as sobreposições são muito comuns em assentamentos informais.

Ao final, tem-se um título de domínio outorgado pelo Poder Público, oriundo de ato administrativo de regularização, ato este que tem caráter declaratório e que produz um instrumento passível de ser registrado.

5 Relevantes contribuições de L. E. Fachin, *Novas Limitações ao Direito de Propriedade: do espaço privado à função social*, In: Revista do Direito (UNISC) nº 11 (1999), p.33 e ss. Na mesma linha de entendimento, ver ainda R. Aronne, *Propriedade e Domínio*, especialmente p.175 e ss, com expressa menção ao princípio da dignidade da pessoa humana.



O registro do instrumento produzido legitima a posse do seu possuidor, posse esta apurada de acordo com um processo administrativo regular e previsto em lei.

A legitimação de posse possui natureza de direito real e não se restringe tão somente a aspectos possessórios. Legitimada a posse irregular, passa a ser possível, o registro da propriedade no registro de imóveis, órgão guardião do direito de propriedade. O cidadão passa a ser dono e não apenas possuidor do imóvel.

Sem o sistema de registro, a propriedade imobiliária não se realiza de forma plena, pois é o sistema registral que garante a legitimidade da propriedade.

Sem embargo, a função do sistema registral imobiliário tem ao lado da função econômica, uma função social muito grande, pois, quando a proteção do direito de propriedade é conferida por um sistema registral adequado, e o registro exerce sua função econômica porquanto facilita a circulação desse direito e a geração de riquezas, essa proteção permite a convivência social pacífica, permitindo que a propriedade exerça sua função social (BRANDELLI, 2014, p.16).

Assim, efetivamente, tem o Registro de Imóveis atualmente um papel muito mais importante que jamais teve a desempenhar, é um instrumento de alcance à paz social. Sem dúvida é o agir do Estado na busca da dignidade humana, através da função econômica e social da propriedade.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, os serviços públicos são as atividades do Poder Estatal, e as perspectivas constitucionais fazem com que essas atividades se tornem elementos primordiais para o alcance dos direitos fundamentais valorados pela Constituição Federal de 1988, contribuindo para o desenvolvimento social, sendo, portanto, elemento primordial para a concretização dos direitos almejados diante da Regularização Fundiária Urbana (Reurb).

Importante deixar claro que a devida prestação dos serviços públicos permite que a sociedade alcance níveis de desenvolvimento muito mais abrangentes do que simplesmente a diminuição da pobreza. Colabora com a garantia aos cidadãos de níveis de bem-estar mais elevados.

O direito à moradia é considerado um direito essencial, necessário para uma vida digna e, por isso, se solidifica cada vez mais como fundamento do próprio direito urbanístico.

Previsto no texto constitucional, a moradia encontra guarida na Lei nº 13.465/17, que consagra a regularização fundiária como instrumento do direito social à moradia.

Os instrumentos de regularização fundiária produzidos pela lei, até o momento, têm como objetivo principal garantir o direito real sobre o imóvel e a publicidade



registral, reforçando a importância do registro de imóveis.

Assim, a vida com segurança e dignidade só será respeitada, mediante a existência de um sistema que garanta a propriedade plena do imóvel.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BITENCOURT, Caroline Müller. Prefácio. In: GORCZEVSKI, C.; LEAL, M. C. H. (Org.). **Constitucionalismo contemporâneo: ponderações e valores**. Curitiba: Multideia, 2015.

BRANDELLI, Leonardo. **A função econômica e social do registro de imóveis diante do fenômeno da despatrimonialização do direito civil**. 2014. Disponível em: <<http://ipracinder.info/wp-content/uploads/file/DocumentosFortaleza/Brandelli.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

BRASIL. Lei 13.465 de 11 de julho de 2017. **Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana [...], e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm>. Acesso em: 24 jul. 2018.

BRASIL. Lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973. **Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 24 jul. 2018.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Função social do notariado: eficiência, confiança e imparcialidade**. São Paulo: Saraiva, 2014.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FINGER, Ana Cláudia. Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 232, abr./jun. 2003. Disponível em: <<file:///C:/Users/dorne/Downloads/45685-93084-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

GABARDO, Emerson. **O jardim e a praça para além do bem e do mal - uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social**. 2009. 409 f. Tese de Doutorado (Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná)– Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jun. 2013.

HEIDEMANN, Francisco G. Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento. In:



HEIDEMANN, F. G.; SALM, J. F. (Org.). **Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise**. Brasília: UNB, 2009.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Do contrato no estado social**. Maceió: EDUFAL, 1983.

MELO, Marcelo Augusto Santana de. O direito à moradia e o papel do registro de imóveis na regularização fundiária. **Revista de Direito Imobiliário**. v. 69, p. 9, julho 2010. **Doutrinas Essenciais de Direito Registral**. vol. 2, p. 701, dezembro/ 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiras, 2002.

PANSIERI, Flávio. Do conteúdo à fundamentalidade da moradia. In: OLIVEIRA NETO, José Rodrigues de (Org.). **Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Reforma gerencial e a legitimação do estado social. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v.51, p.147-156, jan. /fev. 2017.

RECK, Janriê Rodrigues. **Observação pragmático-sistêmica do conceito de serviço público**. Tese de Doutorado (Programa de Pós-Graduação em Direito)– Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo/RS, 2009.

RECK, J. R.; BITENCOURT. C. M. Categorias de análise de políticas públicas e Gestão Complexa e Sistêmica de Políticas Públicas. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, v.16, n. 66, out./dez. 2016.

REIS, Jorge Renato dos. A constitucionalização do direito privado e o novo código civil. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

REZENDE, Fernando; TAFNER, Paulo. **Brasil: O estado de uma nação**. Rio de Janeiro: Lumen, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Revista e atualizada. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público: Garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social**. Tese (Doutorado em Direito do Estado. Setor de Ciências Jurídicas)– Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/21460/Binder1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 18 jul. 2018.



CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO NÃO PREVISTOS NA RELAÇÃO NACIONAL DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS, LIMITES ADMINISTRATIVOS E ORÇAMENTÁRIOS: COMO DECIDE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL?

Caroline Andressa Rech¹

Lara Santos Zangerolame Taroco²

1 INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição Federal de 1988 reafirmou o direito fundamental à saúde, explicitando-o mais precisamente no artigo 196, *caput*, o qual o cristalizou como direito de todos e um dever do Estado, devendo ser promovido por meio de políticas econômicas e sociais, de forma cooperativa pelos entes federativos. Um dos principais desdobramentos do direito à saúde é a assistência farmacêutica, cuja dispersão de medicamentos pelo poder público é orientada pela Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME).

Dessa previsão constitucional decorrem não só políticas públicas, formatadas pelo Poder Executivo e voltadas para viabilizar o exercício deste direito fundamental, mas também uma série de impasses, levados à apreciação do Poder Judiciário. A atualidade do tema se constata pela recente definição de critérios pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), para que o Poder Judiciário determine o fornecimento de medicamentos não previstos na mencionada lista. Em consonância, o Supremo Tribunal Federal (STF), reconheceu a Repercussão Geral da matéria no RE 566.471, visto que tal julgamento ainda não foi concluído.

Frente a esse cenário, o recorte desta pesquisa se volta para a divergência instaurada quando está em discussão a requisição de medicamentos de alto custo não previstos na RENAME. Para tanto, partiremos da análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), para investigar como este decide nas ações judiciais que pleiteiam o fornecimento de tal categoria de fármacos. Isso com o objetivo de verificar: I) se nos processos selecionados há deferimento ou indeferimento desses pedidos; II) se nos casos de deferimento, há menção do

1 Graduanda do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz (UNISC). Bolsista da Pesquisa e Extensão pelo Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica, da FAPERGS, no projeto do professor e Doutor Rogério Gesta Leal intitulado “sociedade de riscos e democracia radical: a formatação de políticas públicas a partir de decisões judiciais”. Membro dos grupos de estudos de “Estado, Administração, Política e Sociedade”, da UNISC. Endereço eletrônico: ca.rech@hotmail.com

2 Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Membro do Grupo de Pesquisa Teoria Crítica do Constitucionalismo do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito de Vitória. Membro do Grupo de Pesquisa “Estado, Administração, Política e Sociedade”, da Unisc. Advogada. Endereço eletrônico: larasantosz@hotmail.com



ente federativo responsável pelo fornecimento e a indicação da origem da respectiva verba orçamentária; III) se foi reafirmada a eficácia das normas administrativas que orientam a concretização da política pública, ou se foram descartadas para concretizar o direito fundamental.

Utilizou-se como substrato da pesquisa 43 decisões em recursos de apelação, proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, coletadas no site <http://www.tjrs.jus.br/site/>, da seguinte forma: ao abrir a página inicial de tal site, no menu encontrado no canto esquerdo da tela selecionamos a opção *jurisprudência*. Após, logo abaixo do termo “jurisprudência”, selecionamos *pesquisa de jurisprudência*. Prosseguimos com a pesquisa quantitativa, selecionando os seguintes filtros: no campo de busca avançada, digitamos o termo *medicamentos de alto custo*; selecionamos a opção *inteiro teor*; no campo Tribunal, selecionamos *todos*; no campo Órgão Julgador selecionamos *todos*; no campo Relator/Redator, selecionamos *todos*; no campo Tipo de Processo, selecionamos *todos*; no campo Classe CNJ, selecionamos *Apelação*, vez que trata-se do recurso à sentença de primeiro grau, meio pelo qual o tema chega à segunda instância; nos campos assuntos CNJ, Referência Legislativa, Jurisprudência e Comarca de Origem, nada foi selecionado; no campo Assunto, digitamos *fornecimento de medicamentos*; nos campos Data de Julgamento, Data de Publicação, Número, Seção, Tipo de Decisão, Com a Expressão, Com Qualquer Uma das Palavras, nada foi digitado; por fim, no campo Sem as Palavras, digitamos *plano de saúde*, com o objetivo de excluir as decisões que impõe a obrigação aos planos de saúde concederem medicamentos de alto custo, remanescendo apenas as ações contra os entes públicos.

A metodologia da pesquisa subdividiu-se em duas partes. Inicialmente foi efetuada a pesquisa de jurisprudências, ou seja, a dimensão quantitativa do processo, onde filtramos a busca e obtivemos um conjunto de 43 decisões. Posteriormente, foi feita a análise destas, com base nos objetivos supracitados, com o fim de determinar qual a posição do Tribunal sobre o tema, sendo esta a dimensão qualitativa do processo. Antes, porém, de adentrar à análise propriamente dita dos dados, foi aludida a Política Nacional de Medicamentos (PNM), a qual instituiu a RENAME, bem como a questão orçamentária e de competência dos entes federativos atinentes, a fim de estabelecer algumas balizas teóricas necessárias à compreensão e ao aprofundamento da discussão acerca da concessão de medicamentos de alto custo e os limites orçamentários e administrativos.

2 A RELAÇÃO NACIONAL DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS (RENAME) NO CONTEXTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

A forma de organização do poder público para a materialização do direito à saúde se dá por meio do Sistema Único de Saúde (SUS). Os princípios e os objetivos a



que o SUS deve atender se encontram previsto no artigo 198 da Constituição Federal e suas diretrizes são: I) a atuação descentralizada, com direção única em cada esfera do governo; II) atendimento integral, priorizando sempre as atividades preventivas, mas sem prejuízo às assistenciais; III) participação da comunidade (RAEFFRAY, 2005, p. 23).

Partindo dessas balizas, o SUS foi criado pela Constituição de 1988 e disciplinado pela Lei Orgânica da Saúde, nº 8.080/90 e Lei 8142/90, que definem, entre outras questões, como se dará a organização da atividade estatal para realizar a prestação de serviços relativos à saúde. Duas premissas básicas norteiam a concretização das políticas públicas de saúde através do SUS, são elas: o acesso universal e igualitário. O acesso universal se refere ao campo de incidência de suas ações, isto é, a quem elas irão atingir, devendo os serviços, portanto, incidir indistintamente sob toda a população, sem a imposição de critérios restritivos. Já a igualdade, se refere à forma como se dará a prestação, neste caso, de modo igualitário à toda a população alcançada por suas ações. Dessas duas premissas se depreende a gratuidade do serviço, prestado diretamente pelo estado.

Além dos princípios e diretrizes estabelecidos pelos artigos 198 a 200 da Constituição, cabe destacar o princípio da unidade, que preceitua que o SUS é um sistema único e unificado, de modo que “os serviços e as ações de saúde, públicos ou privados, devem pautar-se e desenvolver-se sob as mesmas políticas, diretrizes e comando” (FIGUEIREDO, 2007, p. 86), ao passo que se trata de um só sistema. Quanto às suas atribuições, cabe ao SUS a execução de uma ampla gama de ações, desde políticas de promoção da saúde, conforme artigos 5 e 6 da Lei 8.080/90.

Inegavelmente a assistência farmacêutica é um dos principais eixos norteadores da política pública voltada à promoção da saúde desenvolvida no Brasil, e uma das principais consequências de tal cobertura foi a aprovação da Política Nacional de Medicamentos (PNM), através da portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998. Esta tem como principais objetivos garantir a segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, ao menor custo possível, o acesso da população aos medicamentos e, por fim, a promoção do seu uso racional.

A PNM tem como um dos principais desdobramentos e condicionantes para a sua correta e eficaz concretização a adoção de uma Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), a qual elenca produtos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população no âmbito do SUS, os quais devem permanecer continuamente disponíveis a quem deles necessitar, tanto em nível nacional quanto estatal e municipal. Ademais, tal rol serve de direcionamento para a produção farmacêutica e desenvolvimento científico e tecnológico nacional, bem como base para a produção de listas semelhantes nas esferas estaduais e municipais, reiterando a forma descentralizada do Sistema Único de Saúde (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1998, Portaria nº 3.916).



Cabe salientar que a portaria também impôs a obrigação de revisão e atualização periódica da RENAME, de forma que sua vigência se perpetue, bem como sua eficácia. Nessa senda, trata-se de atribuição do Ministério da Saúde a publicação da nova lista, em nível nacional, entrando em vigor via portaria do Ministro da Saúde. Já nas esferas estaduais e municipais, compete aos respectivos gestores a definição da Relação no seu âmbito de atuação, de acordo com o quadro epidemiológico e especificidades locais (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1998, Portaria nº 3.916).

Em concomitante, foi criado o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2010), desenvolvido no âmbito ambulatorial à luz do caso concreto, com o objetivo de estabelecer critérios de diagnóstico de doenças, correlacionando-as com o respectivo tratamento. Dessa forma, configura-se como uma das bases para a elaboração e atualização da RENAME, e junto com ela, como baliza à correta dispersão de fármacos pelo poder público.

A relação de medicamentos (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2017, Portaria nº 1.897) foi subdividida de acordo com a especificidade do tratamento em medicamentos: do componente básico de assistência – programas de saúde específicos, destinando-se ao tratamento das enfermidades mais comuns; do componente estratégico da assistência farmacêutica – dirige-se ao cuidado das doenças endêmicas e retrovirais; do componente especializado da assistência farmacêutica – tratamento de enfermidades de alta complexidade ou que demandam medicamentos de alto custo, adquiridos mediante demanda específica; relação nacional de insumos farmacêuticos - produtos de saúde e produtos para diagnóstico, auxiliando na identificação de doenças; e por fim, medicamentos de uso hospitalar.

Nesse contexto, no dia 25 de abril de 2018, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça manifestou-se sobre o tema, em julgamento do Recurso Especial 1657156/RJ, com caráter repetitivo, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, afirmando que é obrigação do poder público conceder tal categoria de medicamentos indispensáveis, mesmo se fora da RENAME. Para isto, impôs alguns requisitos, são eles: a) comprovação pelo autor da ação, mediante laudo fundamentado pelo médico que o assiste, quanto à imprescindibilidade do medicamento em comparação aos garantidos pelo SUS; b) demonstração da incapacidade financeira do demandante de arcar com os custos do medicamento; c) registro do medicamento na Anvisa.

Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal, em suas decisões, tem fixado critérios para a concessão de medicamentos fora da RENAME. Para o relator, Ministro Marco Aurélio Melo, em decisão ao RE 566.471/RN, tal fornecimento é imprescindível quando viola o mínimo existencial, desde que contemplados os critérios de imprescindibilidade do fármaco e incapacidade financeira do enfermo. O Ministro Luís Roberto Barroso (2016, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, informativo nº 841), por sua vez, acrescenta a estes os seguintes critérios:



b) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; c) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; d) a prova da eficácia do medicamento pleiteado com base na assim chamada medicina baseada em evidências; e e) a propositura da demanda necessariamente em face da União, já que a ela cabe a decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos ao SUS.

Embora não uníssonos na jurisprudência pátria, os critérios elencados pelo ministro Barroso proporcionam um diálogo interdisciplinar entre áreas sobre as quais interfere uma decisão judicial impositiva do fornecimento de tal categoria de fármacos. Já no julgamento do RE 855178 RG/SE, ainda não concluso e com caráter de repercussão geral, parte dos ministros do STF apresentaram seus votos, reafirmando a responsabilidade solidária dos entes federados na prestação de assistência à saúde.

Diante de tal conjuntura, o que preliminarmente se constata é uma interferência reiterada do Poder Judiciário, tanto na atuação do Sistema Único de Saúde em suas três esferas, quanto no orçamento dos entes que o financiam. É exatamente esse o recorte proposto pelo presente estudo ao analisar as decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, cabendo analisar no próximo capítulo as questões orçamentárias envolvidas nessa discussão.

3 OS ENTES FEDERATIVOS E A GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE: ENTRE O FINANCIAMENTO DA ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA E A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

A concretização do direito à saúde no cenário pós Constituição se relaciona e depende diretamente da distribuição de competências entre os entes da federação – Estados, União e Municípios –, e do consequente repasse de recursos públicos para manutenção e garantia deste direito fundamental (WEICHERT, 2004, p. 81). Em função disso, cumpre destacar que a Constituição define, no art. 23, inciso II, a competência comum dos entes federados para “cuidar da saúde”, cabendo à União e aos Estado legislar concorrentemente sobre a proteção e defesa da saúde, conforme prevê o art. 24, inciso XII. No que concerne à competência comum, se constata que o critério adotado para a estabelecer foi a predominância de interesses (SILVA, 2008, p.478), sendo cada ente competente para atuar dentro da sua esfera de poder.

Não se trata, portanto, de sobrepor a atuação dos entes federativos, mas sim de promover a cooperação na execução dos preceitos elencados no artigo 23, da Constituição Federal, a fim de ressaltar sua importância e assegurar sua efetivação. No que tange à prestação do serviço de saúde à população, conforme o artigo



30, inciso VII, do texto constitucional, este se consolida como competenciados Municípios, prestado com a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados. Trata-se de dispositivo que dialoga diretamente com a previsão do art. 198, inciso I, da Constituição, que estabelece que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, com direção única em cada esfera de governo.

Deste último dispositivo se depreende os princípios da descentralização e regionalização, como informadores do sistema único consagrado a partir de 1988. Com base neles, o SUS direciona a execução das ações e serviços públicos de saúde para os entes locais, estes que “próximos da população, possuem a melhor condição de avaliar as necessidades mais prementes e desenvolver as condutas mais eficazes de prevenção” (WEICHERT, 2004, p.166). Inclusive, é de tal previsão que decorre a característica da subsidiariedade, estabelecendo que o fornecimento de bens materiais cumpre “precipuamente aos Municípios e aos Estados, em detrimento da União, que atua em caráter supletivo e subsidiário” (FIGUEIREDO; SARLET, 2008, p.13), o que não exclui, a atuação “direta do ente central em algumas situações, o que acontece exatamente em função da harmonização prática entre os princípios da eficiência, da subsidiariedade e da integridade do atendimento” (FIGUEIREDO; SARLET, 2008, p.13).

Após sua instituição, o SUS foi disciplinado pela Lei Orgânica da Saúde, n. 8.080/90, responsável por repartir a competência dos entes federados, organizando a promoção e execução dos serviços e ações em saúde. Mais precisamente, nos artigos 16, 17, 18 e 19, da Lei n. 8.080/90 é disciplinada a competência de cada um dos entes e fixadas as atribuições da direção em cada esfera. Tais dispositivos refletem a estrutura hierarquizada e descentralizada do órgão, sendo o direito à saúde prestado nas três esferas estatais, de forma solidária e cooperativa entre eles e com auxílio de muitas outras pessoas de direito público e privado.

Nessa senda, é função precípua da União e dos Estados normatizar, financiar, organizar e formular as políticas de prestação de tal serviço pelo Estado. Já a execução de suas diretrizes ocorre, sobretudo, em nível municipal, conforme a complexidade e especificidade do tratamento, sendo de sua competência o atendimento primário e básico das demandas, como destacado. Tal quadro objetiva assegurar, de maneira conjunta, tanto a responsabilidade comum, quanto evitar a superposição de esforços, de agentes públicos, desorganização do sistema e desperdício de verbas públicas (SCHWARTZ, 2001, p. 34).

No que concerne ao financiamento, desde o final da década de 1990, os Municípios passaram a gerir a aquisição de medicamentos essenciais, seguindo a sistemática constitucional da descentralização, cabendo à esfera estadual e federal a aquisição de outros medicamentos referentes a programas específicos (ASSIS; OLIVEIRA, 2010, p. 3561). A Portaria GM n. 176/99 (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1999)



estabeleceu o Incentivo à Assistência Farmacêutica Básica e determinou que a alocação de recursos federais se daria através de repasse fundo a fundo, isto é, do fundo federal para os fundos estaduais e municipais de saúde.

Nesse contexto, o gestor municipal passou a assumir mais responsabilidades, tais como: coordenar e executar a assistência farmacêutica no seu respectivo âmbito; promover o uso racional de medicamentos junto à população, aos prescritores e aos dispensadores; assegurar a dispensação adequada de medicamentos; definir a relação municipal de medicamentos essenciais com base na RENAME e no perfil epidemiológico da população; assegurar o suprimento dos medicamentos destinados à atenção básica; entre muitos outros.

Foi a Portaria GM 698/20160 (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2006), que instituiu o bloco de financiamento para assistência farmacêutica, então formado por quatro componentes, aqueles supramencionados e que igualmente dividem a Relação Nacional de Medicamentos. Assim sendo, quanto às formas de sua aquisição: I) Componente Básico da Assistência Farmacêutica: em linhas gerais, conforme prevê o art. 3º, segundo a alteração feita pela Portaria nº 2.001/17 (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2017), possui financiamento tripartite, isto é, das três esferas de gestão do SUS, com base em valores *per capita*, captados por cada um dos entes.

A execução desse Componente deve ocorrer de forma descentralizada, segundo o art. 8º, sendo de responsabilidade dos Municípios, do Distrito Federal e dos Estados, a organização dos serviços e a execução das atividades farmacêuticas, entre as quais se inclui a seleção, programação, aquisição, armazenamento, distribuição e dispensação dos medicamentos e insumos. II) Componente Estratégico: são adquiridos de forma centralizada pelo Ministério da Saúde, e então repassados aos Estados e Municípios (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2007, Portaria GM/MS n. 204). III) Componente Especializado da Assistência Farmacêutica: como prevê o art. 2º, da Portaria 1.554/2013, a política direciona-se pelo financiamento de medicamentos que estão divididos em três grupos, com características, responsabilidades e formas de organização distintas, conforme art. 3º, Portaria n. 1.554/2013 (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2013).

No mesmo dispositivo são previstos os medicamentos cujo financiamento é responsabilidade de cada um dos entes, sendo tal divisão pautada por três critérios centrais: I) A complexidade do tratamento da doença; II) A garantia da integridade do tratamento da doença no âmbito da linha de cuidado; III) A manutenção do equilíbrio financeiro entre as esferas de gestão do SUS.

Essa sistematização, organizada a partir da atribuição de responsabilidades específicas para cada ente caracteriza as políticas públicas enquanto ações governamentais que exigem do poder público estratégias para sua realização, a fim de concretizar de direitos. Assim sendo, o agir público é estrategicamente organizado por



medidas legislativas e diversas outras manejadas pelo Poder Executivo e Legislativo – inclusive, em termos de financiamento público, como se pretendeu demonstrar neste capítulo – com vistas a assegurar à coletividade a realização gradual e progressiva dos direitos sociais (CARA, 2010, p. 76).

Embora as políticas públicas sejam guiadas pela ideia de coletividade, sendo o direito materializado pela ação estatal à população como um todo, é reconhecido também o caráter individual desses direitos, que podem ser exigidos individualmente, o que se opera quando acionado o Poder Judiciário (BITTENCOURT, 2013, p.367). A atuação jurisdicional em sede de políticas públicas, principalmente aquelas discutidas nesta pesquisa, qual seja, a assistência farmacêutica, implica não só em reflexões sobre procedência ou improcedência do pedido de concessão de medicamentos, mas também afeta toda estrutura de financiamento apresentada no presente capítulo.

4 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL NO QUE SE REFERE À CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

No que concerne à pesquisa jurisprudencial, inicialmente, a partir dos filtros selecionados, foram encontradas 43 decisões. Desse conjunto, três foram excluídas, por não apresentarem pertinência temática com o recorte proposto neste estudo, especificamente as apelações cíveis números 70069999746, 70037026291 e 70029603149. Embora a temática destes três versasse sobre o pleito da assistência farmacêutica, em tais apelações o Tribunal não foi instado a decidir sobre a manutenção ou reforma da decisão de primeira instância que concedeu ou negou medicamento de alto custo, mas dizem respeito a recursos de apelação que tratam de questões processuais.

Com base na análise de cada uma delas, foi possível depreender que o Tribunal possui um entendimento firmado favorável à concessão de medicamentos. Dos 40 acórdãos restantes, 95% determinaram a concessão pelo ente demandado, se opondo às 5% que foram contrárias a este posicionamento, sendo as fundamentações de ambos os grupos abordadas ao longo deste capítulo. Importante mencionar que todas as demandas visam a concretização do direito fundamental à saúde, e o mencionam em suas fundamentações para sustentar seus argumentos. Nas decisões, os desembargadores reafirmaram que a concretização de tal direito se dá, em regra, por meio de políticas públicas elaboradas e ordenadas pelo Executivo, o qual detém a competência e o dever de fazê-lo nas suas três esferas de poder.

Quando o cidadão, titular do direito à saúde, se vê dele privado em função da insuficiência da política pública à luz do caso concreto, demanda o Poder Judiciário para que este, com base no direito de quem pleiteia, conceda o fármaco essencial.



Nessa senda, o sujeito ativo da demanda, conforme entendimento do Tribunal em questão, em congruência com os Tribunais Superiores, deve provar três fatores que condicionam a concessão: a imprescindibilidade, a hipossuficiência e a efetividade.

A imprescindibilidade se refere à capacidade que detém o fármaco de reestabelecer a saúde do paciente, ou, não podendo essa ser plenamente reestabelecida, provar que este proporciona melhoras no quadro clínico e, conseqüentemente, nas condições de saúde e de vida do paciente, fato que não será possível sem o seu uso. A atividade probatória quanto a tal condição se dá através de laudos assinados pelo médico que vem acompanhando o paciente, sendo dispensável sua confirmação através dos laudos desenvolvidos dentro do processo pelo ente demandado, por intermédio dos médicos da rede pública.

Trata-se de um argumento frequentemente utilizado pelo Poder Público na sua defesa processual, entendendo este que além de possuir laudo que configure a patologia e a necessidade do fármaco, deve haver a comprovação pelos médicos do Estado do mesmo quadro clínico e a correspondência entre o fármaco e a doença no Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas (PCDT), vez que esta é a finalidade de tal norma administrativa. Sobre o tema, embora Estado e Municípios insistam haver cerceamento de defesa, o Tribunal é pacífico ao afirmar que, basta laudo médico daquele que acompanha o paciente para que se configure a necessidade do tratamento, independentemente de reafirmação em sede processual.

O segundo requisito refere-se à hipossuficiência, qual seja, incapacidade do demandante de arcar com tratamento por conta própria, sem prejuízos ao próprio sustento e de sua família. Este critério vem adstrito ao princípio da dignidade da pessoa humana, e conforme explicitado, não exige condições como miserabilidade ou carência, mas que o custeio do tratamento por conta própria inviabilize que arque com seus custos de vida essenciais. Foi com base nesse critério, que o Tribunal sustentou um dos dois casos de não concessão encontrado a partir do recorte proposto, mais precisamente na apelação n. 70035667369, fundamentando a negativa da concessão do medicamento no fato de a família comprovadamente possuir condições financeiras para adquirir a medicação pleiteada.

Por fim, é ainda essencial a prova da eficácia do fármaco ao quadro clínico do paciente, de forma que o Poder Público não seja condenado a gastos em função de medicamentos com efetividade duvidosa que igualmente não cumprirão a função de garantir o restabelecimento da saúde do paciente. Entretanto, cabe ressaltar o entendimento que considera a prevalência da prescrição efetuada pelo médico, que acompanha o paciente. Nesse ponto, cabe mencionar que a segunda decisão que determinou que o medicamento não fosse concedido – apelação cível n. 70069999746 –, tinha por fundamento o descumprimento de tal requisito. Tal critério, novamente, independe da correspondência prevista no PCDT, bastando a comprovação médica de que o resultado é efetivo e favorável ao quadro do paciente,



à luz do caso concreto.

A demanda alvo do presente estudo tem por sujeito passivo qualquer um dos entes federativos, com base na divisão de competências estabelecida no art. 23, II da CF. Deste dispositivo, o Tribunal em foco, em consonância com os Tribunais Superiores, firmou o entendimento de que entes possuem responsabilidade solidária no que tange a assistência à saúde. Dessa forma, será responsável por fornecer o fármaco pleiteado o ente que for demandado pelo titular do direito subjetivo, tendo este o poder de escolha de quem deverá cumprir a obrigação, podendo fazê-lo em conjunto ou separadamente, independentemente de regionalização e hierarquia que estruturam a prestação do serviço público de saúde, tratando-se, portanto, de um litisconsórcio facultativo.

Na prática, verificou-se que, embora tanto a União, quanto os Estado e os Municípios possam configurar o polo passivo da demanda, em 57% das decisões analisadas, foram demandados o Estado do Rio Grande do Sul e o Município de residência do demandante conjuntamente; em 40% das decisões analisadas foi demandado isoladamente o Estado do Rio Grande do Sul; por fim, em 3% das decisões foi demandado isoladamente o Município no qual residia o demandante. Nessa senda, surgem alguns elementos trazidos nas defesas de Estado e Municípios, analisados pelos acórdãos, as quais são atinentes a este estudo.

Alegam estes que, embora o texto constitucional, em seu artigo 23, II, determine a competência comum dos entes para cuidarem da saúde, existe uma organização administrativa que orienta a forma como o Poder Público irá concretizar tal direito fundamental. Inicialmente, há uma divisão articulada de competências aos três níveis de gestão, segundo a qual cada ente é responsável por uma classe de fármacos, de acordo com critérios como a complexidade e os custos, conforme já mencionado. Logo, quanto aos medicamentos de alta complexidade, o ente demandado deveria, necessariamente, ser a União, os de média o Estado e os do componente básico o Município.

Além disso, reafirmam que existem normas administrativas que orientam a política pública de saúde, como por exemplo, a RENAME e o PCDT, os quais igualmente dividem a competência dos entes em relação a cada classe de fármacos e associando a doença com o respectivo tratamento, devendo estes serem respeitados na concessão judicial, vez que são as balizas de tal prestação pública. O tema é pacífico nas decisões analisadas. Adota-se o entendimento de que a solidariedade dos entes em tal matéria faz com que qualquer um deles possa ser demandado, independentemente da estrutura administrativa adotada no âmbito do Executivo para a materialização do direito. Dessa forma, parte-se do pressuposto de que tais normas que estipulam a divisão, conforme mencionado, servem para orientar a ação do próprio poder público, conforme trecho extraído da apelação cível nº 70060168317:



Verifica-se que foram 'instituídos diversos requisitos para a dispensação de medicamentos e produtos pelos entes públicos. Segundo tais regras, é imprescindível na esfera administrativa a observância dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas e, na falta destes, das competências estabelecidas na própria lei'. Da leitura dos citados dispositivos, fica claro que as disposições são 'direcionadas aos próprios entes estatais, cabendo a eles fazer acerto administrativamente dos regramentos estabelecidos'.

Nesse contexto, inegavelmente a decisão que concede tal categoria de fármacos o faz pelo caminho oposto ao adotado para as demais prestações de saúde em forma de política pública. Esta se dá através da estruturação administrativa, articulação dos órgãos e normatização do âmbito de atuação de cada um dos entes, de forma a prestar um serviço universal, igualitário e gratuito a toda a população. Enquanto que aquela se concretiza a partir de uma decisão judicial de órgão jurisdicional provocado por um titular de direito subjetivo à saúde, que o não vê materializado plenamente. Portanto, embora seja de competência do Executivo a materialização da saúde, o Judiciário vem desempenhando um papel de coadjuvante nesse cenário.

É nesse ponto que se sucedem uma gama de argumentos utilizados pelos entes públicos ao recorrerem das sentenças de primeiro grau. Embora o Judiciário detenha competência constitucional para reparar lesão e ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CF), como no caso em tela, quando o faz, interfere diretamente no orçamento do ente que condena, sobretudo no dos Estados e Municípios, os quais configuram-se como os principais demandados. O primeiro argumento utilizado na defesa dos entes consiste no Princípio da Reserva do Possível, segundo o qual condiciona-se a concretização dos direitos sociais à existência de condições materiais e financeiras para fazê-lo. Significa dizer que estes possuem um orçamento fixo para gastos com saúde da população como um todo, devendo despender parte desse para o cumprimento das decisões judiciais de tutela individual.

Seja pela imprevisibilidade ou pelo custo do tratamento que o ente deverá suportar, este sustenta que se trata de interferência de outro poder no seu âmbito de competência, bem como nos seus gastos. O Tribunal, por sua vez, ao analisar tal fundamento justifica que, embora seja essencial a possibilidade orçamentária de concessão do fármaco, meio pela qual se concretizará o direito à saúde, tal princípio não deve consolidar-se como impedimento à sua efetivação através do Judiciário, vez que não possui caráter absoluto, devendo ser ponderado à luz do caso concreto.

Dessa forma, embora reconheça a existência e validade de tal princípio como fundamento, tal argumento só será acolhido caso haja a comprovação de que "os recursos arrecadados estão sendo disponibilizados de forma proporcional aos problemas encontrados, e de modo progressivo a fim de que os impedimentos ao



pleno exercício das capacidades sejam sanados no menor tempo possível” (SCAFF, 2005, p.215). Por um lado, os entes federativos prelecionam que não poderia um Poder exógeno determinar como estes entes devem usar seu orçamento ou como devem se estruturar para cumprir seus deveres constitucionalmente impostos, uma vez que tais decisões interferem na execução das políticas por estes de forma que parte de suas verbas impositivamente devam ser direcionadas ao cumprimento de decisões.

Por outro, ao analisar os acórdãos foi possível depreender que a postura de tal órgão jurisdicional se legitima na competência para apreciar as lesões e ameaças de direito, conforme supracitado, que decorrem da ineficiência ou omissão do poder público em cumprir o que lhe compete. Pelo fato de que a suposta interferência decorre de um dever constitucionalmente imposto, não há que se falar em afronta à independência dos poderes, vez que seus atos são legalmente previstos constituindo-se como dever de agir.

Acrescenta-se a este, o argumento recorrente dos entes demandados de que a concessão de uma tutela individual pelo Judiciário violaria os princípios orientadores do SUS, qual seja, prestação igualitária e universal. Afirmam que a finalidade do SUS é o atendimento da população como um todo, com o objetivo de concretizar o direito à saúde, por meio do tratamento gratuito e integral, como já abordado. Em contraponto, na apelação cível nº 70060653631, resta elucidada a posição consolidada do Tribunal sobre o tema, que entende que incumbe ao Poder Judiciário assegurar o cumprimento das políticas públicas, e também as voltada para a saúde, principalmente quando estas forem insuficientes ou ineficazes, sendo possível: “a sua revisão judicial com a concessão de medicação, exame ou procedimento não previsto. Com tais medidas, não se privilegia um interesse subjetivo, porque o interesse social é de que a política seja suficiente e eficaz”.

Sendo assim, firmou-se o entendimento de que o Judiciário atua quando o Executivo deixa de cumprir o dever que lhe é legalmente imposto, não sendo possível se referir às decisões concessivas como afrontas ao princípio da reserva do possível, da separação de poderes ou da isonomia. Por fim, no que se refere à decisão do acórdão, a condenação dos entes ao fornecimento, obedecidos os critérios e fundamentos esmiuçados neste capítulo, quando concessivas não determinam como se dará o cumprimento da obrigação imposta. Quando o demandado é, isoladamente, o Município ou o Estado, não há maiores dificuldades, vez que este deverá fornecer o fármaco da maneira que lhe aprouver.

Mas, quando ambos são demandados, a decisão não especifica como se dará tal cumprimento, se haverá rateio da obrigação, dividindo os custos, se haverá transferência de valores de um ente ao outro, ou qualquer outra forma. Partem, portanto, do pressuposto de que existe uma organização administrativa que irá coordenar a forma de cumprimento da decisão, um dos poucos momentos em que



foi possível depreender a validade desta quanto às lides levadas à apreciação do Judiciário, no recorte abordado.

Ademais, a possibilidade de ressarcimento do ente condenado ao fornecimento do fármaco que não era de sua competência de acordo com a organização administrativa, já supramencionada, não fora apontada em todos os acórdãos analisados, mas em 8 deles, sendo 7 de relatoria do Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, transcreve-se, especificamente, da apelação cível nº 70059954073:

Esclareço, no entanto, que cabe a cada ente público buscar o ressarcimento cabível dentro do próprio sistema público de saúde. Ou seja, se os protocolos apontam que o fornecimento de determinado serviço, medicamento ou alimento especial é de responsabilidade de outro ente público, que não está sendo demandado, cabe ao demandado buscar o repasse dos valores gastos ou, então, promover a cobrança administrativa (ou mesmo judicial) junto ao ente público obrigado, consoante os convênios e protocolos que orientam o sistema público de atendimento à saúde, que é o SUS – SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE.

Observando o histórico dos acórdãos, foi possível identificar que esse posicionamento aparece pela primeira vez na apelação cível n. 70028658201, também de relatoria do Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, na qual o Estado pleiteia pelo reconhecimento de sua ilegitimidade passiva, tendo em vista ser do Município a responsabilidade pelo fornecimento. Na oportunidade, o relator pondera justamente sobre a importância da repartição de competências para a concretização dos princípios que norteiam o Sistema Único de Saúde (SUS).

É com base nesses fundamentos que o relator reconheceu a procedência do pleito feito pelo Estado, para então reconhecer sua ilegitimidade passiva e reconhecer a competência do Município de Porto Alegre para fornecer o medicamento solicitado. Entretanto, o revisor abriu divergência, destacando justamente a responsabilidade solidária entre os entes e reconhecendo a igual responsabilidade do Estado no fornecimento do fármaco, posicionamento que terminou sustentado pela jurisprudência do STJ e STF, e sagrou-se prevalecente também na apelação cível em comento.

Exposto o resultado da análise dos fundamentos extraídos das decisões, este pode ensejar distintas abordagens e reflexões críticas. Porém, para os fins do presente estudo, sejam estes argumentos dos entes demandados ou dos membros do Judiciário em suas decisões, voltou-se especificamente à verificação de como se dá o enfrentamento dos limites administrativos e orçamentários, quando há concessão do medicamento solicitado.



5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A assistência farmacêutica configura-se como uma das principais formas de realização e garantia do direito à saúde (e, sobretudo, à vida) e aquela que consome um grande percentual do orçamento a elas destinado. Não apenas por preconizar a dispersão de medicamentos de forma gratuita e universal, mediante alguns requisitos, mas pelo fato de que, quando não o faz, suscita constantes interferências do Poder Judiciário nas políticas elaboradas e desenvolvidas pelo Executivo nesse setor. Tal interferência se materializa por meio de decisões judiciais que desconsideram toda a estrutura administrativa que orienta a materialização do direito fundamental, enfraquecendo a eficácia almejada com a sua construção.

Como visto, em que pese a supramencionada organização administrativa, pautada em uma forma federativa de cooperação entre os entes, este modelo parece fragilizado quando a jurisprudência, inclusive pautada em decisões do Supremo Tribunal Federal, ao RE 566.471/RN, vale-se do princípio da solidariedade para afirmar a competência comum dos entes na garantia da assistência farmacêutica. Isso porque, ao assegurar a possibilidade do administrado receber a prestação de qualquer dos três entes, esse entendimento jurisprudencial dominante cria, do ponto de vista prático, dificuldades em relação aos limites administrativos e grande dispêndio de recursos, principalmente porque, já em juízo, três estruturas passam a funcionar para atuarem na defesa da Fazenda Pública (BARROSO, 2007, p. 59).

Ademais, o que se tem é o risco da superposição de esforços, de agentes públicos e desorganização da estrutura administrativa e orçamentária, então apresentada neste estudo, vez que o entendimento da solidariedade dos entes, tal como postulado pela jurisprudência dominante, parece ir de encontro à divisão de competência do modelo federativo (BARROSO, 2007, p. 58). Ressaltar esses efeitos colaterais das decisões concessivas, pautadas no princípio da solidariedade, não é sobrepor a organização administrativa ao direito à saúde, constitucionalmente assegurado. Até mesmo porque, enquanto direito fundamental, este deve ter sempre assegurada sua prevalência.

Ao contrário, objetiva-se ensejar reflexões críticas que também considerem que toda estrutura administrativa, igualmente é voltada para a concretização do direito fundamental à saúde, em sua dimensão coletiva. E, se esta resta prejudicada para satisfação de demandas individuais, não se pode deixar de considerar as consequências para a coletividade, destinatária das políticas públicas de saúde, como a assistência farmacêutica.

Assim, a partir da análise das decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o que se constata é o conflito de interesses, posto em segunda instância por intermédio do recurso de apelação, que leva ao Poder Judiciário elementos que, normalmente, não compõem seu escopo decisório, como a eleição de prioridades de atuação em situações de múltiplas demandas e recursos escassos.



Depreende-se do caso em tela que, no âmbito do Judiciário, tais normativas administrativas são vistas como óbices à concretização dos direitos, ainda que estas, de fato, tenham o objetivo de orientar a prestação estatal da forma mais ampla e eficaz possível. Por fim, cumpriu-se o objetivo de analisar como decide o Tribunal em foco, e, a partir de tal posição, foi possível reafirmar que a organização e o emparelhamento do Executivo não devem ser vistos como fatos impeditivos do direito, mas levados em consideração nas decisões como orientação do cumprimento das obrigações por eles impostas, da forma mais efetiva e baseada nos princípios orientadores tanto da política pública quanto do sistema jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público**, n. 46, p. 31-61, nov.-dez./2007.

BITENCOURT, Caroline Muller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas**. Brasília: Ministério da Saúde, v. 2, p. 6, 2010.

_____. Ministério da Saúde. **Relação nacional de medicamentos essenciais**. RENAME 2017. Brasília: Ministério da Saúde, 2017. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao_nacional_medicamentos_rename_2017.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2018.

_____. Ministério da Saúde. **Portaria GM nº 176/99**. Estabelece critérios e requisitos para a qualificação dos municípios e estados ao incentivo à Assistência Farmacêutica Básica e define valores a serem transferidos. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/doc/portariagm179/gm.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

_____. Ministério da Saúde. **Portaria nº 204/07**. Regulamenta o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde, na forma de blocos de financiamento, com o respectivo monitoramento e controle. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/doc/portariagm207/gm.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

_____. Ministério da Saúde. **Portaria nº 698/06**. Define que o custeio das ações de saúde é de responsabilidade das três esferas de gestão do SUS, observando o disposto na Constituição Federal e na Lei. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/doc/portariagm698/gm.htm>>. Acesso em: 16 jul. 2018.

_____. Ministério da Saúde. **Portaria nº 2.001/17**. Altera a Portaria n. 1.555/GM/MS, de 30 de julho de 2013, que dispõe sobre as normas de financiamento e de execução do Componente Básico da Assistência Farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prt2001_15_08_2017.html>. Acesso em: 23 jul. 2018.

_____. Ministério da Saúde. **Portaria nº 1.554/13**. Política Nacional de Medicamentos. Disponível em: <<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/>>



prt3916_30_10_1998.html>. Acesso em: 5 set. 2018.

_____. Ministério da Saúde. **Portaria nº 3.916/98**. Dispõe sobre as regras de financiamento e execução do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1554_30_07_2013.html>. Acesso em: 15 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF, n.841**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo841.htm>>. Acesso em: 29 jun. 2018.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARA, Juan Carlos Gavara de. **La dimensión objetiva de los derechos sociales**. Barcelona: Librería Bosch, S.L., 2010.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

OLIVEIRA, L. C.; ASSIS, M. M.; BARBONI, A. R. Assistência farmacêutica no Sistema Único de Saúde: da política nacional de medicamentos à atenção básica à saúde. **Revista Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 15, supl. 3, p. 3561-3567, nov. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000900031&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 jul. 2018.

RAEFFRAY, A. P. O. de. **Direito da saúde de acordo com a Constituição Federal**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 67, p. 125-172, jul./set. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCAFF, Fernando. Reserva do possível, mínimo existencial e direito humanos. **Interesse público**, v.32, jul./ago. 2005.

SCHWARTZ, G. A. D. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e federação na Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.



A EVOLUÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS A PARTIR DA ERA DA *INTERNET*

THE EVOLUTION OF THE SOCIAL MOVEMENTS AFTER THE INTERNET ERA

*Bruna Bastos*¹

*Vitalínio Lannes Guedes*²

1 INTRODUÇÃO

Notório que, na medida em que avançamos na linha temporal que construiu a humanidade que conhecemos, o início dos tempos modernos marca o começo do período da reconexão global da espécie humana, acompanhada, claramente, de revoluções de ordem demográfica, econômica, política, social e, finalmente, nas comunicações.

Vive-se, portanto, em zonas urbanas sem exterior, conectadas umas às outras por redes de transporte e comunicação extremamente coordenadas e profundas, referências econômicas e midiáticas cada dia mais convergentes, onde cada sociedade é invadida pelas mesmas revoltas e pelas mesmas informações independente da região do globo, sendo possível a afirmação de que vivemos, todos, em uma megalópole virtual (LÉVY, 2001).

Ante o panorama supramencionado, portanto, em que medida a internet contribuiu para a evolução dos movimentos sociais no panorama da sociedade em rede? Para responder ao problema de pesquisa, o estudo apresentará o método de abordagem dedutivo, isto porque, partindo da generalização de um fenômeno – os movimentos sociais –, o estudo se estreitará sob o viés da possibilidade, ou não, de reconhecer a influência da internet no desenvolvimento de novas modalidades no panorama da sociedade em rede.

Ainda, enquanto método de procedimento, será utilizado o histórico e monográfico, justificando a opção pelo primeiro na medida em que se fará uma abordagem histórica do fenômeno da sociedade em rede e do terrorismo como

1 Mestranda junto ao Programa de Pós-graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria, na linha de pesquisa Direitos na Sociedade em Rede: atores, fatores e processos na mundialização, com bolsa CAPES. Pós-graduanda em Direitos Humanos e Questão Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria, com período sanduíche junto à Universidad de Cantábria, em Santander, na Espanha. Endereço eletrônico: bts.bru@gmail.com

2 Advogado e Cientista Social. Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria - RS na Linha de Pesquisa, Direitos na Sociedade em Rede: atores, fatores e processos na mundialização. Especialista em Direito de Família e Mediação de Conflitos na Faculdade Palotina de Santa Maria - FAPAS. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria-RS. Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria - RS. É sócio do escritório de advocacia Lannes & Gehrke Assessoria e Consultoria Jurídica. Endereço eletrônico: vitaguedes@hotmail.com



predecessor do ciberterrorismo. O segundo, por sua vez, se justifica porque serão analisados casos de ciberterrorismo no mundo para se obter generalizações. Quanto às técnicas de pesquisa, serão utilizados levantamentos documentais e bibliográficos, principalmente a partir da elaboração de resenhas e fichamentos.

O primeiro capítulo será responsável por traçar o panorama histórico dos movimentos sociais ocorridos ao longo do século XX, a serem tratados especialmente como os precursores daqueles que viriam a desenvolver-se no século seguinte. Na segunda seção, por sua vez, o estudo se estreitará na análise dos chamados “novíssimos movimentos sociais”, bem como na influência da internet no seu desenvolvimento.

No contexto trazido à baila, portanto, o objetivo do presente artigo, potencialmente, é estudar o modo como os chamados Novíssimos Movimentos Sociais se materializam e se consolidam em uma sociedade mundial interconectada e extremamente unificada, e quais são os reflexos práticos da internet para a busca por ideologias comuns a determinados grupos e contextos sociais, ou à humanidade como um todo.

Cabe referir que a discussão aqui entabulada se coaduna adequadamente ao eixo temático “Demandas Sociais e Políticas Públicas” da XI Mostra Internacional de Trabalhos Científicos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC).

2 OS MOVIMENTOS SOCIAIS TRADICIONAIS DO SÉCULO XX COMO PRECURSORES DOS NOVÍSSIMOS MOVIMENTOS SOCIAIS

Notório que os movimentos sociais, nas suas mais variadas formas e de acordo com o período histórico em que se inserem, sempre estiveram presentes em todas as sociedades, principalmente no que tange aos séculos XX e XXI, dissecando temas polêmicos, sejam estes de cunho político, econômico, cultural ou de inclusão social, e não escondem a revolta, a indignação e a esperança de seus adeptos pela construção de uma nova realidade, bem como pela mudança de paradigmas previamente impostos e tidos como uma espécie de “verdade real social” – o que, vale dizer, é absurdamente inconcebível.

Isso porque, da mesma forma que ocorre com diversos ramos de estudo do Direito Processual, a verdade real é um ápice impossível de ser alcançado. “A” verdade, no singular, será sempre incompleta, necessariamente dependente de referenciais (tempo, espaço e lugar). Essa ambição de verdade, que nunca deixa de perigosamente rondar a nossa sociedade, deve ser limitada, como limitado deve ser o poder (ao qual ela adere para se realizar) (DE ÁVILA, 2013).

A ambição de verdade acaba por matar o contraditório, o que, em analogia,



pode ser chamado como as diversas manifestações do pensamento humano e da cultura mundial e, portanto, o ponto nevrálgico da democracia e da diversidade. Com base na naturalizada igualdade, a mídia e aqueles instituídos de determinado poder pretensamente tentam forjar um mundo transcendente a qualquer impureza, muito além da verdade, já que o falso só serve de modo a conformá-la (DE ÁVILA, 2013).

Fechado o parêntese acerca de tal analogia, deparamo-nos com um questionamento aparentemente simples, contudo complexo de proferir uma única resposta. Dessa feita, o que seriam os tais movimentos sociais?

Movimentos sociais podem ser considerados como as expressões de uma sociedade civil, que age de forma coletiva e organizada pela resistência à exclusão e luta pela inclusão social. Tais movimentos provocam a mobilização social, de modo a conquistar a sensibilização na consciência dos demais indivíduos, por ora não envolvidos, materializando-se em atividades na forma de passeatas e ocupações públicas, apresentando as demandas sociais que determinada classe social enfrenta (MEDEIROS, 2015).

Nesse sentido:

Os movimentos sociais demonstram muita variedade e mutabilidade, mas têm em comum a mobilização individual baseada num sentimento de moralidade e (in) justiça e num poder social baseado na mobilização social contra as privações (exclusões) e pela sobrevivência e identidade. A força e importância dos movimentos sociais é cíclica e relacionada a longos ciclos políticos, econômicos e (talvez associados a estes) ideológicos. (FRANK; FUENTES, 1989, p. 01).

Ademais, outra definição é interessante trazer à baila. Isso porque os movimentos sociais podem ser ações de grupos, dotados de organização, que objetivam determinados fins, configurando-se como uma ação coletiva que pretende alcançar mudanças de cunho social por meio de uma luta política, decorridos de valores ideológicos previamente compartilhados, questionando uma determinada realidade que se caracteriza por uma determinação que impede a realização do que os integrantes do movimento em questão buscam (MEDEIROS, 2015).

Contudo, importante salientar a divergência existente entre movimentos sociais e protestos sociais. Expõe Medeiros (2015) acerca da controvérsia que o simples fato de ir às ruas protestar contra um determinado tema ou a favor de certa mudança não caracteriza, por si só, um movimento social, por ser apenas uma ação esporádica que, mesmo mobilizando um grande número de manifestantes, não caracteriza um movimento social como tal.

Ao longo, principalmente, do século XX, inúmeros movimentos sociais tomaram



forma por toda a extensão do mundo. Pierre Lévy (2001) atribui tais acontecimentos – e a sua difusão – à questão da cultura identitária, a qual acaba criando uma nostalgia de determinadas realidades imutáveis que impedem a sociedade de adaptar-se a uma nova existência em constante mudança.

Ora, segundo Pierre Lévy (2001), as pessoas sentem uma espécie de necessidade de serem produzidas e reproduzidas como seres humanos dentro de uma cultura, uma sociedade, uma língua e valores. Contudo, para o autor, mesmo com essas raízes culturais, deve-se evoluir ao lado de outros seres humanos, os quais foram introduzidos com outras línguas, outros valores e outros modos de vida.

As metamorfoses das maneiras de ser e de fazer sociedade, ou comunidade, ou grupo social, caracterizam novas fases, estas que não são aceitas da maneira como deveriam, o que acaba por desenvolver os impasses dos quais falávamos anteriormente (LÉVY, 2001).

Devemos compreender que as culturas identitárias, como tais, são impasses. Se conservamos dela apenas o aspecto identitário, uma cultura não é, então, nada além do que um grupo de pessoas que se imitam. Mas, sobretudo, fechando-nos em culturas identitárias, separamo-nos dos que são diferentes, e isso pela única e falsa razão de que eles nasceram (por acaso) em um meio que comportava outros modelos de identificação, diferentes dos nossos. [...] As culturas identitárias nos dividem. Elas nos opõem. Elas tornam a alteridade, a diferença e a mudança ameaçadoras para nós. Elas correm o risco de nos aprisionar no medo e no ódio. (LÉVY, 2001, p. 128).

E é nesse panorama de dificuldade de aceitar o novo, e da criação de relações de poder e de interesses, principalmente políticos e econômicos de privilégio de classes mais elevadas, que surgem os movimentos sociais – tanto os tradicionais quanto os contemporâneos (CASTELLS, 2013).

Ora, não há como pensar em um movimento social que não seja dotado da busca pela construção de uma nova realidade que não mais agrada aos olhos críticos de quem a vê, e/ou da indignação daqueles que são considerados “diferentes” à luz do padrão social previamente estabelecido (CASTELLS, 2013).

Não podemos afirmar com grande precisão o momento em que os movimentos sociais eclodiram. Contudo, existem diversos marcos na história da humanidade que nos permitem chegar ao que podemos denominar de os pioneiros dos movimentos sociais. Considerando como base, primeiramente, a análise de dois grandes movimentos sociais, há quem acredite serem estes os precursores, o que, por óbvio, não afasta a importância e magnitude dos demais.

O primeiro movimento social que marcou a história mundial e impulsionou



a rebelião das massas ocorreu em 1789, a exponencial Revolução Francesa. As circunstâncias que levaram essa Revolução a acontecer são muito semelhantes às de Boston: a inquietude de uma sociedade que não tolerava mais ser explorada. Porém, o movimento realizado na França conta com um aspecto a mais: marcou a transição da Idade Moderna para a Idade Contemporânea, onde o povo não só se libertou da exploração, como também de conceitos já há muito falidos, como o teocentrismo e o poder absoluto da Igreja Católica (SCHILLING, 2013).

Menção honrosa se faz necessária à Confederação dos Tamoios, que ocorreu entre 1556 a 1567, sendo aludida por muitos como “a primeira revolução brasileira que se teve registro”. Os portugueses tentavam por diversos atos infiltrarem-se na aldeia dos Tupinambás, para que pudessem interferir nas decisões tomadas pelos caciques e, assim, conseguir algum tipo de benefício. O ato mais comum para tal objetivo era o chamado “cunhadismo”, onde um português casava-se com uma índia, e, assim, começava a fazer parte da tribo, conquistando o direito de opinar quanto a assuntos políticos (INFOESCOLA).

Em certa feita, os indígenas não mais toleraram a presença de portugueses e revoltaram-se contra estes. Após muitos anos de combates, com inúmeras baixas de ambos os lados, os portugueses conseguiram pôr fim à longa batalha. Contudo, após o episódio da Confederação dos Tamoios, os portugueses começaram a importar escravos de navios negreiros africanos, pois se renderam à impossibilidade de escravizar os indígenas, o que, de certa feita, contribuiu para o propósito inicial do movimento (INFOESCOLA).

Feitas as breves considerações acerca desses movimentos mais antigos, necessário trazer os olhares para momentos histórico-sociais mais próximos, e que influenciam de modo direto a realidade social em que estamos inseridos atualmente.

Nesses movimentos sociais tradicionais, presentes especialmente na segunda metade do século XX, muito ligados aos sindicatos e aos partidos políticos, existia uma pauta específica, lideranças definidas, uma estrutura organizada e, sobretudo, uma vontade de institucionalização das demandas, ou de torná-las pautas institucionais (CARVALHO, 2013).

Nessa esteira, tivemos o surgimento (visto que permanecem até hoje inseridos nos debates sociais no âmbito da internet, como será exposto no próximo capítulo) de importantes movimentos sociais ao longo do período histórico supramencionado até o ano presente, como o Movimento Feminista, a Marcha das Vadias, os coletivos LGBTT's e a Occupy Wall Street, esta última já com o cunho das redes sociais.

Tratando especificamente desses movimentos trazidos à baila, o Movimento Feminista surgiu em uma sociedade caracterizada pelo patriarcalismo, ou seja, uma das estruturas caracterizadas pela autoridade do homem sobre a mulher que, antes



sendo apenas no âmbito familiar, passou a permear o âmbito social como um todo, da produção e do consumo à política, à legislação e à cultura. Os relacionamentos interpessoais também eram marcados pela dominação e pela violência em face do sexo feminino (CASTELLS, 1999).

O movimento feminista teve seu início, nas suas diversas facetas conhecidas, no final da década de 60, ainda no século passado, essencialmente quando do início da tomada do mercado de trabalho remunerado pela mulher. Manuel Castells (1999) atribui o estopim para a entrada do movimento feminista na sociedade quando o trabalho fora de casa abriu-lhes as portas para as redes sociais e para o mundo, fazendo-as reivindicar a igualdade de gênero. Tal movimento iniciou-se com reuniões presenciais e demorou anos para disseminar-se por todo o globo, em razão da dificuldade nas comunicações à época de seu surgimento. Contudo, atualmente, permeia toda a sociedade mundial, tendo as mulheres unido-se de uma maneira extraordinária na busca pelo fim dos conceitos machistas (CASTELLS, 1999).

Os coletivos LGBTTT's surgiram na Europa no século XX, mais especificamente nos anos 60, levantando a bandeira da defesa dos direitos e o respeito aos homossexuais, bem como da igualdade e da liberdade de sexualidade. No Brasil, o referido movimento tomará forma no final dos anos 70 e início dos anos 80, lutando pela desconstrução de uma cultura heterossexual e promover uma mudança na sociedade, principalmente em relação aos direitos civis dos LGBTTT's e ao combate à homofobia (FACCHINI, 2008).

A Marcha das Vadias, como ficou conhecida no Brasil, teve início em 2011 na cidade de Toronto, no Canadá, com o nome original de *Slutwalk*. Um dos objetivos principais da referida marcha é a luta contra uma cultura misógina, adotando o conceito de “vadia” para garantir a oposição ao estereótipo de culpa que recai sobre mulheres do mundo inteiro que sofrem agressões em razão da exposição de seus corpos ou de suas sexualidades, utilizando como pauta principal a liberação do corpo feminino e o *slogan* “Meu corpo, minhas regras” (GALETTI, 2014).

Conforme já exposto anteriormente, a luta pela autonomia do corpo da mulher e o fim da cultura de estereótipos criada pela ordem patriarcal e pela naturalização da norma heterossexual sempre esteve presente nas discussões dos movimentos feministas, principalmente a partir da década de 1970. Contudo, por óbvio que ganhou muito mais força ao longo do século XXI, com a luta pela desconstrução do pensamento machista e conservador que permeia a sociedade mundial, bem como a divulgação cada vez maior dos atos de violência praticados contra a mulher (GALETTI, 2014).

A Occupy Wall Street, por fim, teve seu início quando o mercado imobiliário dos Estados Unidos naufragou, bem como o sistema financeiro chegou à beira do colapso, como consequência da especulação e da ganância de seus administradores, o que



deixou milhares de pessoas sem residência e milhões sem emprego (CASTELLS, 2013).

Assim, em um mundo já conectado ao vivo pela internet, os cidadãos comprometidos ficaram imediatamente a par de lutas e projetos com os quais podiam se identificar, e a força para se revoltar com a situação social, política e econômica tomou forma de uma maneira que, na busca pelo fim da corrupção e pelo fortalecimento da democracia, no dia 17 de setembro de 2011 cerca de mil pessoas manifestaram-se em Wall Street, o que propiciou a continuidade das manifestações com o mesmo propósito em diversas outras cidades americanas (CASTELLS, 2013).

É notória a diferença entre os movimentos supra discorridos, mesmo que brevemente expostos, quando pensamos no papel que a internet possui na manifestação do pensamento e das revoltas sociais. Os movimentos sociais tradicionais foram de suma importância para a reformulação da melhor maneira, para a sociedade, de divulgar e exteriorizar aquelas demandas que não mais atendem aos seus interesses – seja porque o pensamento precisa evoluir, seja porque as novas críticas precisam surgir.

3 OS NOVÍSSIMOS MOVIMENTOS SOCIAIS COMO UMA REINVENÇÃO SOCIAL A PARTIR DA INTERNET

Nos últimos anos, a comunicação, efetivada em uma escala maior, tem passado por diversas transformações tecnológicas e organizacionais, baseada em redes horizontais de comunicação multidirecional, interativa, por meio da internet e das redes de comunicação sem fio, as quais dominam as plataformas atuais.

É nesse contexto, no cerne da sociedade em rede como uma nova estrutura social, que os movimentos sociais do século XXI se inserem (CASTELLS, 2013).

Ademais, por óbvio que a influência das redes de comunicação no pensamento da população também veio por aumentar consideravelmente o índice de alienação aos acontecimentos do globo, o que, por si só, contribui para que as revoltas daqueles que não se contentam com informações prontas repassadas de forma descontrolada assumam a liderança nas revoltas globais.

Alienação essa, válido ressaltar, que não se trata de ausência de conhecimento, mas sim de uma consciência moldada aos interesses daqueles que detém o poder, especialmente no que tange temas que geram polêmica e espaço para manifestações sociais (CASTELLS, 1999).

Nesse sentido, portanto, as redes de transporte e comunicação, com o passar dos anos, decrescem de custo, fazendo com que a sociedade, seja de forma individual ou coletiva, explore novos mundos e novas revoltas, multiplicando, assim,



as vizinhanças e, por derradeiro, contribuindo para a reconexão da humanidade como um todo (LÉVY, 2001).

É nesse patamar que encontramos os movimentos sociais, não como frutos de apenas uma sociedade, aprisionada e alienada em sua realidade fática e distante de todas as outras comunidades do globo, mas sim como revoltas mundiais, interconectadas pelas redes de comunicação que constroem, aos poucos, uma cultura única e sobreposta a qualquer ideal que represente apenas interesses fechados (LÉVY, 2001):

As grandes agitações políticas do século XX podem ser interpretadas como peripécias da crise de unificação, sobressaltos de sociedades e culturas herdeiras da fase de divergência e habituadas a uma relativa estabilidade, que se viram aprisionadas no irresistível turbilhão da unificação e da mudança. Em meio ao estrondo e ao furor, sem que nenhum campo fosse absolutamente puro, sem que cada um soubesse exatamente o que estava em jogo no conflito, os modos de organização mais poderosos, isto é, mais livres, mais abertos, mais favoráveis à inteligência coletiva e à valorização de todas as qualidades humanas, foram escolhidos pela seleção cultural. (LÉVY, 2001, p. 23).

Nessa esteira, surgem nesse referido novo panorama social, onde todas as mais diversas sociedades são dotadas da capacidade de se comunicarem e de compartilharem de revoltas e pensamentos comuns, bem como permanecem interligadas constantemente mesmo considerando a cada vez maior falta de tempo, os chamados novíssimos movimentos sociais.

Os novíssimos movimentos sociais, como bem preceitua Salo de Carvalho (2013), são aqueles movimentos que podem ser identificados nos grupos e coletivos urbanos, e nos quais inexistente liderança, apresentando pautas múltiplas e não necessariamente requerendo a institucionalização de suas demandas, mas buscando, sempre, a necessária transição de paradigmas.

Dessa feita, faz-se a ocupação do espaço público para celebrar as diferenças e impor igualdades, porquanto possibilita o encontro e a união de diversos grupos sociais, para o fim comum de buscar um determinado ideal que agregue senso de justiça aos manifestantes e que atenda às suas insatisfações (CARVALHO, 2013). Mantém-se, portanto, a mobilização social e a sensibilização dos demais indivíduos acerca da demanda social em comento: o que se modifica é a forma de abordagem.

Nesse sentido, também:

Os movimentos sociais do século XXI, ações coletivas deliberadas que visam a transformação de valores e instituições da sociedade,



manifestam-se na e pela internet. O mesmo pode ser dito do movimento ambiental, o movimento das mulheres, vários movimentos pelos direitos humanos, movimentos de identidade étnica, movimentos religiosos, movimentos nacionalistas e dos defensores/proponentes de uma lista infindável de projetos culturais e causas políticas. O ciberespaço tornou-se uma ágora eletrônica global em que a diversidade da divergência humana explode numa cacofonia de sotaques. (CASTELLS, 2003, p. 114).

Notório que, como supramencionado, os movimentos sociais não nascem apenas da pobreza ou do desespero político, ou de condições extremas de desigualdade. Podem ser uma simples reação a pequenas injustiças que tomam o mundo em velocidade inigualável, como sabiamente pontua Manuel Castells (2013, p. 163):

Os movimentos sociais exigem uma mobilização emocional desencadeada pela indignação que a injustiça gritante provoca, assim como pela esperança de uma possível mudança em função de exemplos de revoltas exitosas em outras partes do mundo, cada qual inspirando a seguinte por meio de imagens e mensagens em sede pela internet.

Assim, é possível afirmar que, a partir do surgimento e difusão da internet, os movimentos ganharam força nas redes sociais, estas que são as ferramentas que instrumentalizam e possibilitam esses novíssimos movimentos sociais, além dos mecanismos que permitem a agilidade necessária no que tange à divulgação de informações e à capacidade de indignação coletiva (CARVALHO, 2013).

Antes os movimentos sociais se utilizavam do folhetim, do rádio e da televisão. A primeira grande revolução da era informacional é esta que surge viabilizada pelas redes sociais. As redes são um canal agregador. As redes presentificam os problemas. Mas os conteúdos socializados são fornecidos pelas pessoas, com seus desejos de mudança. As redes sociais apenas potencializam e dão publicidade aos movimentos. (CARVALHO, 2013, p. 05).

Para Manuel Castells (2003), no entanto, a internet é mais do que um mero instrumento útil a ser usado simplesmente porque está lá, disponível, para grande parte dos cidadãos mundiais. Descreve o autor que a internet se ajusta às características básicas do tipo de movimento social que está surgindo nessa era dos novíssimos movimentos sociais, bem como difunde questões específicas de determinada parcela da população, tornando a pequena luta em uma revolta global contagiante.

A internet, em especial as redes sociais, tornou-se um componente indispensável



para a espécie de movimento social que emerge com a sociedade em rede do século XXI. Isso porque os novíssimos movimentos sociais são mobilizados, essencialmente, em torno de valores culturais, envolvendo a luta pela mudança dos códigos de significado nas instituições e na prática da sociedade, estabelecendo um novo contexto histórico de igualdade e desconstrução de pensamentos conservadores, tornando a comunicação de valores, e a mobilização em torno de significados, fundamentais (CASTELLS, 2003).

Ainda, a internet viabiliza a união dos revoltados contra a monopolização dos canais de comunicação básicos (em especial os televisivos), pelos governos e empresas, utilizados como alicerces da propagação do seu poder. Possibilita, assim, a segurança necessária para que pessoas de todas as idades e condições possam ocupar o espaço público, e reivindicar seu direito de fazer história mediante manifestação do pensamento crítico (CASTELLS, 2013).

Dessa feita, os movimentos se espalham por contágio em um mundo interligado pela internet sem fio e caracterizado pela difusão rápida de imagens e ideias sem filtros, o que permite que, do outro lado do globo, os cidadãos possam compartilhar da mesma revolta e indignação que este lado está imerso (CASTELLS, 2013).

Nessa esteira, preceitua Castells (2013, p. 13) que “em todos os casos, os movimentos ignoraram partidos políticos, desconfiaram da mídia, não reconheceram nenhuma liderança e rejeitaram toda organização formal, sustentando-se na internet e em assembleias locais para o debate coletivo e a tomada de decisões”. Nota-se que, mesmo com o inegável avanço das redes sociais, não foi dispensada a reunião física, esta que se mostra como uma espécie de concretização daquilo que foi exposto *online*.

Por fim, notório que a internet permitiu, também, a quebra do pensamento conservador imposto pelas instituições que detém o poder econômico e político dentro de determinado Estado, e o questionamento acerca do que está sendo repassado para a população. Coloca-se em xeque questões como a corrupção, a violência desenfreada, o machismo e a chamada sociedade do estupro, os preconceitos junto aos grupos LGBT e à comunidade negra, a exclusão dos imigrantes e refugiados e o descaso com situações extremas de pobreza.

A autocomunicação em massa forneceu a plataforma tecnológica necessária para a construção da autonomia do ator social, seja ele individual ou coletivo, em relação às instituições da sociedade. Agora, o cidadão está livre para desenvolver o pensamento crítico, e reivindicar a igualdade que vem sendo obstada pelos polos de poder, por meio dos novíssimos movimentos sociais fortalecidos pelas redes de compartilhamento de dados.



4 CONCLUSÃO

Por todos os argumentos acima alinhavados, bem como todas as ideias difundidas ao longo de anos, e tendo em vista os movimentos sociais aqui abordados, notório que as características desses modificam-se de acordo com o que estão reivindicando, ou com base no momento histórico em que estão inseridos, haja vista a clara evolução dos meios de comunicação e sua influência já exposta nas manifestações do pensamento crítico da sociedade.

Contudo, o que permanece imutável durante os anos de evolução dos quais foram expostos é a vontade dos agentes de mostrarem ao mundo o seu descontentamento e a força que lhes move a ponto de serem chamados de “revolucionários”, de “inovadores”, uma vez que pensam e agem com ideias que muitas vezes estão à frente do seu tempo, ou que caminham em descompasso com o pensamento conservador que pretendem abolir.

Desde o primeiro movimento social que se tem notícia até aqueles denominados novíssimos movimentos sociais, o objeto é o mesmo: mostrar a uma sociedade, muitas vezes omissa e apática, que o que vem sendo imposto precisa ser alterado, que existem pessoas com espíritos inquietos que lutam por seus direitos, sejam eles de igualdade e de condições melhores, ou pelo simples reconhecimento de que fazem parte de uma sociedade que precisa ser mais justa e acompanhar a evolução social a que está sujeita.

Dentre os citados ao longo do desenvolvimento do presente trabalho, é de se destacar aqueles que buscam a inserção social e o fim dos tratamentos desiguais e preconceituosos, como os movimentos LGBT e feministas iniciados no século passado, além de outros interessados na melhora do âmbito político ou na diminuição da violência e das pequenas guerras que se espalham pelo mundo.

Portanto, se a sociedade evolui a passos largos, seus movimentos sociais também o fazem. Aprimoram-se a cada dia para atender às necessidades de uma comunidade mundial interligada pela tecnologia e pela falta de tempo, mas que, ainda assim, precisa de mudanças. As reivindicações, por serem justas, legitimam cada movimento e retratam a ótica dos cidadãos sobre determinado período da história, e sobre suas insatisfações.

Dessa forma, por fim, necessário ressaltar a importância que a internet, em especial as redes sociais, agora indispensáveis para a evolução social e o convívio em sociedade, têm quando parte dos movimentos sociais, possibilitando a difusão cada vez maior destes em prol da transição de paradigmas, bem como para que pessoas de todo o globo possam compartilhar das mesmas causas. Assim, a luta de um pequeno grupo torna-se, pouco a pouco, a luta de todos.



REFERÊNCIAS

- CARVALHO, Salo de. **Protestos, política e cultura**. A Toga, Porto Alegre, n. 1, p. 4-5, set. 2013. Entrevista concedida a Rafael Schuch.
- CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. (A era da informação: economia, sociedade e cultura; v. 2).
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. (A era da informação: economia, sociedade e cultura; v. 1).
- CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet**. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- DE ÁVILA, Gustavo Noronha. **Falsas memórias e o processo penal – A prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- FACCHINI, Regina. **Histórico da luta de LGBT no Brasil**. 2008. Disponível em: <http://www.crpsp.org.br/portal/comunicacao/cadernos_tematicos/11/frames/fr_historico.aspx>. Acesso em: 01 jul. 2016.
- FRANK, André Gunder; FUENTES, Marta. Dez teses acerca dos movimentos sociais. **Lua Nova**, São Paulo, nº 17, junho 1989. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451989000200003&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 20 abr. 2016.
- GALETTI, Camila Carolina H. **Feminismo em movimento: a Marcha das Vadias e o movimento feminista contemporâneo**. 2014. Disponível em: <<http://www.ufpb.br/evento/lti/ocs/index.php/18redor/18redor/paper/viewFile/533/771>>. Acesso em: 01 jul. 2016.
- INFOESCOLA. **Confederação dos Tamoios**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/historia-do-brasil/confederacao-dos-tamoios/>>. Acesso em: 01 jul. 2016.
- LÉVY, Pierre. **A conexão planetária: o mercado, o ciberespaço, a consciência**. São Paulo: ed. 34, 2001.
- MEDEIROS, Alexsandro. **Movimentos sociais**. Disponível em: <<http://www.portalconscienciapolitica.com.br/ci%C3%A9ncia-politica/movimentos-sociais/>>. Último acesso em: 20 abr. 2016.
- SCHILLING, Voltaire. **A rebelião das massas: a origem dos movimentos sociais**. 2013. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/educacao/historia/a-rebeliao-das-massas-a-origem-dos-movimentos-sociais,60c596875b8cf310VgnVCM5000009ccceb0aRCRD.html>> <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=14510><<http://www.infoescola.com/historia-do-brasil/confederacao-dos-tamoios/>>. Acesso em: 01 jul. 2016.



JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA



O ATIVISMO JUDICIAL E A GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

Fernanda Tavares Sonda¹

1 INTRODUÇÃO

Acreditar na saúde como premissa básica ao exercício da cidadania do ser humano é essencial para a sociedade. De plano pode-se correlacionar a saúde a condições que garantam o gozo da vida de forma plena. Tal fato caracteriza um dos principais objetivos de todo e qualquer cidadão, no pleno exercício de seus direitos.

Hodiernamente, ao analisar a série de avanços oriundos da Constituição Federal de 1988, em prol da consagração do direito à saúde como direito fundamental, configura-se o constitucionalismo democrático-social, responsável pela reestruturação do cenário de proteção aos direitos à saúde no Brasil.

Até 1988 existia uma limitação efetivamente restritiva desse direito, confirmada pela existência de normas esparsas. Entretanto o caráter fundamental atribuído ao direito à saúde, atribuiu-lhe o status de direito subjetivo, isto é, oponível ao Estado. Tal característica permitiu judicializar a saúde, a fim de que seja assegurada sua integral realização, ou seja, o Estado deve proporcionar meios suficientes, para que de forma universal e igualitária, a saúde possa ser gozada de forma plena.

Para tanto, a obrigatoriedade vinculada ao Estado, em promover condições de saúde torna-se a cada dia menos concreta, motivada pela limitação de recursos associado a má administração, resultando no colapso vivido pelo sistema de saúde pública brasileiro, com oferta limitada e deficiente de serviços. Consequentemente o que se segue é o crescimento daquilo que denominamos de judicialização do direito à saúde, onde o Poder Judiciário passa a instrumentalizar o debate entre a obrigatoriedade da garantia do acesso à saúde como direito fundamental a ser assegurado conforme previsão Constitucional.

O objetivo deste trabalho é destacar a importância do ativismo judicial, exercido no intuito de promover a evolução e adequação do entendimento legislativo, atendendo aos preceitos Constitucionais. Através da análise do caso selecionado, evidencia-se a importância da evolução científica aplicada à saúde, da qual resulta

¹ Fernanda Tavares Sonda é mestranda do PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Integrante do grupo de pesquisa *TRANSPARÊNCIA E ACESSO À INFORMAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DO CONTROLE SOCIAL: um estudo dos portais transparência dos municípios do Rio Grande do Sul com enfoque aos serviços públicos e políticas públicas de saúde e educação* – coordenado pela Dra. Caroline Muller Bitencourt. Farmacêutica e advogada. Contato: ftsonda@gmail.com.



uma série de adequações essenciais.

O presente artigo será desenvolvido através do método de abordagem dedutivo, tendo como procedimento técnico de abordagem a pesquisa documental e revisão bibliográfica em doutrinas, artigos, resoluções e decretos atrelados à temática, como forma de justificar as considerações apresentadas no estudo.

2 SAÚDE: DIREITO ASSEGURADO

A saúde perfaz importante direito social garantido pela Carta Constitucional, e é condição indispensável à efetivação da Dignidade da Pessoa Humana.

Assevera Sarlet, tratar-se o direito à saúde, de um direito social que simultaneamente apresenta uma dimensão defensiva e outra dimensão prestacional. Considera ainda, que o direito à saúde, enquanto direito de defesa, determina o dever de respeito, de modo a garantir sua preservação. Já quando da dimensão prestacional, fica obrigado, em especial o Estado, da execução de medidas reais e concretas a fim de assegurar a efetivação da saúde da coletividade (SARLET, 2010, p. 88).

Como consequência da garantia desse direito faz-se necessária a sua positivação no ordenamento jurídico. Destaque à Constituição Federal de 1988 que elencou, em seu artigo 6º², um rol de direitos e garantias fundamentais, dentre eles o direito à saúde.

A elevação do direito à saúde à condição de direito fundamental destaca a preocupação do legislador em promover a efetividade dessa condição como garantia de direito inerente à pessoa humana. Destaque ao disposto nos artigos 196³ da CF/88.

Reitera-se o dever constitucional, atribuído ao Estado, em assegurar a efetividade da saúde coletiva, através da promoção de políticas públicas, zelando pelas ações e serviços de saúde.

Surgiu a necessidade da criação de um sistema de saúde público e integrado, seguido da implementação de um Sistema Único de Saúde (SUS), estruturado a partir do artigo 198 da Constituição Federal de 1988. Essa estrutura foi pensada de modo a assegurar a dignidade material a todos os usuários.

O SUS, enquanto instrumento concretizador do direito à saúde, baseia-se nos princípios da universalidade, integralidade e equidade. É regulado pela Lei nº 8080,

2 Art. 6º São direitos sociais a educação, à saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (CF, 1988).

3 Art. 196 A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (CF, 1988).



de 19 de setembro de 1990, cuja criação reflete a preocupação em assegurar o cumprimento das normas trazidas pelo texto constitucional.

Conforme o artigo 2^o da Lei n^o 8080/90, de pronto, fica claramente demonstrada a intenção do legislador em fornecer elementos de eficácia às normas implementadas pela Constituição Federal, garantindo o acesso universal à saúde. Reitera-se a responsabilidade da Administração Pública em proporcionar a adequada oferta desses mecanismos, viabilizando um bem-estar físico, mental e social, a fim de proporcionar uma vida digna a todo ser humano.

3 SAÚDE E SUA EXIGIBILIDADE

Demostrou-se até o momento, que o ordenamento jurídico brasileiro prevê o direito fundamental à saúde, bem como as garantias que deveriam efetivar sua promoção e proteção. Entretanto, a dificuldade em alcançar tal perspectiva de direito cria condições para que se analise aspectos relevantes acerca da sua exigibilidade.

Nesse sentido, Figueiredo assevera que essa ideia de justiciabilidade do direito à saúde leva ao reconhecimento de posições jurídico-subjetivas favoráveis a quem pleiteie tal direito, quer quanto pretensão defensiva, quer em pretensões de caráter prestacional (FIGUEIREDO, 2007, p. 103).

Destaca-se que a proteção constitucional do direito à saúde está implicitamente descrita em nossa Constituição logo no artigo 1^o, que consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Tal perspectiva é complementada pelo artigo 3^o ao constituir como objetivo desta República a promoção do bem de todos. Corroborando acerca de tal objetivo, o artigo 5^o garante a inviolabilidade do direito à vida, bem como o artigo 6^o elenca, de forma expressa, o direito à saúde dentre os direitos sociais.

Embora a Constituição Federal de 1988, em seu parágrafo 5^o, atente sobre a aplicabilidade imediata das normas fundamentais, face a inobservância parcial, ou total dessa norma, faz-se necessário reconhecer parâmetros mínimos de garantia, a fim de salvaguardar a tutela do bem jurídico.

O cumprimento da CF/88 deve ser assegurado. Não se pode agir contrariamente ao disposto em lei, tampouco deixar de observar os princípios por lei positivados, reiterando que a supremacia normativa da Constituição serve para orientar a

4 Art. 2^o A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1^o O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, Lei n^o 8080/90).



construção de uma sociedade ordenada (FIGUEIREDO, 2007, p. 105).

A necessidade da interferência judicial na garantia do direito fundamental à saúde prevê a judicialização desse direito. Barroso, define a judicialização de uma forma muito objetiva, infere que a implementação das políticas públicas, a priori, a cargo dos Poderes Executivo e Legislativo migram a cargo do Poder Judiciário (BARROSO, 2009, p. 02).

Do ponto de vista jurídico, essas demandas judiciais são extremamente significativas, haja vista excederem a mera realização de uma norma constitucional de direito fundamental de eficácia imediata, mas como direito fundamental social, cuja característica de prestação positiva gera inúmeros efeitos prático-teóricos.

Rios afirma que, sob a perspectiva da saúde pública, as demandas judiciais direcionam para compreensões e tensões pertinentes aos princípios norteadores das políticas de saúde pública e as consequências de sua implementação, com desdobramentos decisivos no direito à saúde dos indivíduos e no desenvolvimento dessas políticas (RIOS, 2008, p. 02).

4 VIDA, SAÚDE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Para Carvalho, o primeiro direito do homem consiste no direito à vida, condicionador de todos os demais. Desde a concepção até a morte natural, o homem tem o direito à existência, não só biológica como também moral. O direito à vida traduz-se no direito de permanecer existente e no direito a um adequado nível de vida (CARVALHO, 2011, p. 638-639).

Vida, no texto constitucional (artigo 5º, caput), não é considerada apenas no seu sentido biológico de incessante autoatividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua aceção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo, que se instaura com a concepção, transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Destaca-se que tudo o que interfere em prejuízo desse fluir espontâneo e incessante contraria a vida. Nesse sentido correlaciona-se o direito à vida com direito à existência, o direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável (SILVA, 2005, p. 197-198).

Vinculado ao direito à vida está o direito à saúde, dela indissociável é bem jurídico constitucionalmente tutelado e assegurado à generalidade das pessoas estando positivado em nossa Constituição nos artigos 196 e seguintes.



O direito à saúde é direito subjetivo público e fundamental que deve ser garantido pelos entes federativos da União, Estados e Municípios e não pode transformar-se em promessa constitucional vazia e inconsequente fraudando, o Poder Público, as justas expectativas nele depositadas pela coletividade em seu impostergável dever ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado (CARVALHO, 2011, p. 649).

A dignidade da pessoa humana é considerada uma qualidade inerente a todo ser humano, constitui um atributo próprio, e não um direito imposto exclusivamente pelo ordenamento jurídico.

Sarlet caracteriza a dignidade da pessoa humana como uma qualidade intrínseca a cada ser humano. Tal característica denota consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade. Dessa relação decorre uma série de direitos e deveres fundamentais que devem garantir as condições existenciais para uma vida saudável, promovendo sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em coletividade (SARLET, 2010, p. 35).

Segundo Figueiredo, a dignidade da pessoa humana, no ordenamento jurídico brasileiro, merece destaque quanto a dois aspectos principais: o de operar como limite dos poderes estatais e o de atuar como dever dos poderes estatais, impondo ao Estado a tarefa prestacional e assistencial às condições para seu total desenvolvimento (FIGUEIREIDO, 2007, p. 53).

Barcellos disciplina o direito à saúde como um dos elementos do núcleo básico de proteção da dignidade humana, prescindindo de um conteúdo mínimo de prestações que devem ser providas pelo Estado. Destaca-se que tal conteúdo poderia ter sua concessão determinada pelo Judiciário, em virtude da disciplina Constitucional (BARCELLOS, 2009, p. 272-289).

Carvalho assevera que:

A dignidade da pessoa humana, que a Constituição de 1988 inscreve como fundamento do Estado, significa não só um reconhecimento do valor do homem em sua dimensão de liberdade, como também de que o próprio Estado se constrói com base nesse princípio. O termo dignidade designa o respeito que merece qualquer pessoa. A dignidade da pessoa humana significa ser ela, diferentemente das coisas, um ser que deve ser tratado e considerado como um fim em si mesmo, e não para a obtenção de algum resultado. A dignidade da pessoa humana decorre do fato de que, por ser racional, a pessoa é capaz de viver em condições de autonomia e de guiar-se pelas leis que ela própria edita: todo homem tem dignidade e não preço, como as coisas, já que é marcado, pela sua própria natureza, como fim em si mesmo, não sendo algo que pode servir de meio, o que limita, conseqüentemente, o seu livre arbítrio, consoante o pensamento kantiano. (CARVALHO, 2011, p. 582).



A Constituição Brasileira estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos de nossa República (artigo 1º, III da CF/88). A dignidade é multidimensional, e relaciona-se a um grande conjunto de condições ligadas à existência humana, a começar pela própria vida, passando pela integridade física e psíquica, integridade moral, liberdade, condições materiais de bem-estar. Nesse sentido, a realização da dignidade humana está vinculada à realização de outros direitos fundamentais (VIEIRA, 2006, p. 63).

A despeito da inevitável subjetividade envolvida nas tentativas de discernir a nota de fundamentalidade em um direito, e apesar de haver direitos formalmente incluídos na classe dos direitos fundamentais que não apresentam ligação direta e imediata com o princípio da dignidade humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança (MENDES e BRANCO, 2014, p. 147).

É o princípio da dignidade humana que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça. Assim, a dignidade da pessoa humana deve ser considerada como primado e inspiração para todos os outros princípios e direitos fundamentais, os quais devem ser protegidos pela Constituição, de modo que estes não podem confrontá-la e se isso ocorrer a necessária ponderação entre os mesmos deverá privilegiá-la.

5 O USO TERAPÊUTICO DA CANNABIS SATIVA E O PAPEL DO JUDICIÁRIO A PARTIR DO CASO ANNY FISCHER

Assunto de extrema relevância, a abordagem acerca do uso da planta *Cannabis sativa*, vulgarmente conhecida como maconha, ainda desperta muita polêmica.

Carvalho destaca que apesar das propriedades psicotrópicas, conhecidas e amplamente utilizada para fins recreacionais, o destaque de sua importância, extrapola o seu uso como droga de abuso. A maconha apresenta elevado potencial terapêutico com múltiplas ações, dentre elas analgésica, antiinflamatória, antiepiléptica e estimulante do apetite (CARVALHO, 2004).

O uso medicinal da *cannabis* é tão antigo quanto ela própria. Segundo Honório “o primeiro relato medicinal da planta *Cannabis* foi atribuído aos chineses, que descreveram os potenciais terapêuticos desta planta no Pen-Ts’aoChing há 2000 anos atrás” (HONÓRIO *et al.*, 2006, p. 318).

Carlini destaca que autorizar o uso medicinal dos derivados da *Cannabis sativa* se tornou um imenso desafio, mesmo após a comprovação da ação terapêutica, em especial, do canabidiol (CBD) (CARLINI *et al.*, 2005).



5.1 Interesse farmacoterapêutico do canabidiol no Brasil

A potencialidade medicinal da *cannabis*, segundo Honório, está diretamente relacionada a grande número de substâncias químicas encontradas na planta (HONÓRIO et al., 2006, p. 319).

Assevera Pamplona que o interesse terapêutico está diretamente relacionado ao canabidiol (CDB), que é um composto canabinoide bastante abundante na planta e com efeitos bastante interessantes, apresentando particularmente ação anticonvulsivante e inibição da ansiedade (PAMPLONA, 2014, p. 29).

Atualmente, em virtude da comprovação do alto poder terapêutico do canabidiol, existem inúmeras pesquisas que orientam sua utilização médica. No Brasil, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), regula a importação do canabidiol para uso medicinal, restrita a casos específicos, exigindo-se entretanto, prescrição, laudos médicos e termo de responsabilidade.

Merece destaque a Resolução nº 2.113/2014 do Conselho Federal de Medicina que regulamenta o uso compassivo do canabidiol como terapêutica médica, restrita para o tratamento de epilepsias na infância e adolescência refratárias às terapias convencionais. Importante considerar ainda, que a prescrição compassiva fica limitada à profissionais especializados em neurologia, neurocirurgia e psiquiatria, devidamente habilitados e cadastrados em seus órgãos de classe.

Importante destacar o artigo 4º da Resolução em comento, que preocupa-se com a vedação de prescrição de *cannabis in natura* para uso medicinal, bem como quaisquer outros derivados que não o canabidiol.

Até 2017, o canabidiol não possuía registro junto a ANVISA, e era avaliada a possibilidade da concessão de seu uso após longo trâmite burocrático, como terapia de uso compassivo, isto é, aquele caracterizado por prescrição de substância destinada a pacientes portadores de doença grave e sem alternativa terapêutica viável mediante produtos devidamente registrados.

Consultas bibliográficas junto a centros de estudo em epilepsia confirmam o amplo potencial terapêutico do canabidiol em nível do sistema nervoso central, indicando a relevância da sua aplicação no tratamento de diversos distúrbios neurológicos. Além disso, o reconhecido efeito anticonvulsivo do canabidiol revela ampla capacidade de redução significativa das crises convulsivas de pacientes epiléticos farmacorresistentes.

A repercussão gerada pelo caso Anny Fischer, a partir de 2013, evidenciou a necessidade do debate acerca da possibilidade da aplicação terapêutica dos derivados da *cannabis*, no Brasil.



5.2 O Caso Anny Fischer

Anny Fischer é portadora de uma doença genética rara (síndrome do CDLK5), chamada encefalopatia epilética infantil precoce tipo 2. Essa doença induz graves crises convulsivas. As manifestações da doença tiveram início quando Anny tinha 45 dias de vida e evoluíram de forma significativa, provocando até 80 crises convulsivas por semana. Anny foi submetida a inúmeros tratamentos convencionais, medicamentosos e cirúrgico, porém sem que houvesse qualquer resposta positiva.

A veiculação sobre possibilidade de resposta positiva de tratamento, em aplicações clínicas semelhantes ao quadro de Anny, com tratamentos à base de canabidiol levaram seus pais a recorrer ao tratamento alternativo. O resultado foi efetivo, a menina apresentou significativa melhora do quadro clínico, reduzindo gradativamente suas crises convulsivas, até a sua completa cessação. No entanto, o canabidiol era um produto, até então, de uso proscrito no Brasil e o tratamento de Anny era importado ilegalmente dos Estados Unidos.

A família de Anny recorreu ao Poder Judiciário a fim de requerer a importação da substância canabidiol, independentemente de autorização da ANVISA. Foi arguida a gravidade do estado de saúde da paciente e o risco de grave lesão, inclusive com risco de morte.

Passamos à análise da decisão da 3ª Vara Federal da Seção Judiciário do Distrito Federal, Procedimento Ordinário N°0024632-22.2014.4.01.3400, senão vejamos (<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>):

O Poder Judiciário, face o processo de Anny, deferiu a antecipação dos efeitos da tutela a fim de determinar que a ANVISA não impedisse a importação do canabidiol.

Há de se destacar a preocupação evidente na decisão em não fazer apologia ao uso terapêutico da *Cannabis sativa*, quer de forma medicinal, tampouco recreativa, esclarecendo que a importação fica restrita ao canabidiol, uma das substâncias extraídas da planta da maconha.

Destacou que as provas apresentadas aos autos, caracterizam fortes evidências de que o canabidiol é eficaz em relação à epilepsia, atuando na diminuição e até mesmo eliminando as convulsões. No caso específico de Anny, a substância se mostrou essencial no bloqueio das crises, oferecendo qualidade de vida jamais antes experimentada pela criança, e reduzindo o risco de morte, servindo de subsidio suficiente ao convencimento do juiz, a fim de concessão da tutela antecipada.

Na decisão, o magistrado ressalta o fato de não haver razões para criticar a atuação da ANVISA, pois, diante da circunstância de se tratar de importação de medicamento desconhecido no mercado brasileiro, não se poderia exigir da agência responsável pela vigilância sanitária conduta diversa da que adotou, num primeiro momento, com a retenção do produto, cautelarmente, para a colheita de informações



que permitissem a conclusão sobre a possibilidade de liberação do medicamento para uso interno sem risco ao usuário. Entretanto, justificado pelo grave estado de saúde da paciente a quem o medicamento se destina entende que não há justificativa para a permanência da retenção do produto pela ANVISA. Determina, ainda, que a Agência se abstenha de impedir a importação, pela autora, da substância canabidiol, sempre que houver requisição médica.

A decisão assegurou à ANVISA a continuidade das investigações para confirmar a segurança e a eficácia do medicamento. Concluiu que por tratar-se de um processo de registro com um trâmite complexo e demorado, tem em contrapartida, a gravidade das condições clínicas da autora, com risco de dano e morte, o que autoriza sua importação.

Anny Fischer foi a primeira brasileira, autorizada pelo Poder Judiciário, a importar canabidiol, até então de uso proscrito no Brasil, para uso médico. Tal fato foi de extrema relevância e abriu precedentes para inúmeras outras ações com o mesmo teor.

6 ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

O ativismo judicial é o resultado prático de um novo constitucionalismo, mais pautado na efetivação dos anseios sociais e de justiça esboçados no texto constitucional. Assim como sucedeu em outros países, o ativismo judicial no Brasil decorreu da necessidade de assegurar a democracia, igualdade e resguardar os direitos humanos, tendo como principais causas a redemocratização, a constitucionalização abrangente de direitos e o sistema de controle de constitucionalidade.

Paula, ao tratar da jurisdição constitucional e o ativismo judicial, sustenta que este surge, ao menos no Brasil, a partir da redemocratização e assimilação cultural jurídica da supremacia dos princípios e valores consagrados na Constituição sobre as diversas formas de relacionamento, dentre elas a relação processual. Há uma ampliação da concepção pura da jurisdição constitucional, que supera a análise das ações constitucionalmente previstas e normas relacionadas ao direito processual, permitindo que se insira nas demandas os princípios e valores contidos na Constituição Federal (PAULA, 2002, p. 138).

Para Dworkin a irrupção do ativismo judicial só poderá ser compreendida se relacionada a um movimento profundo, onde é apenas uma das manifestações. Não se trata de uma transferência de soberania face ao juiz, mas em uma transformação da democracia. A grande popularidade dos juízes está atrelada ao fato de que ao serem confrontados com uma nova expectativa política, encarnaram uma nova maneira de conceber a democracia (DWORKIN, 1999, p. 09-17).

Cunha Júnior, enfatizando as argumentações a favor da postura ativista-



concretista, assevera que o Estado Brasileiro, está subordinado ao ideal da democracia substantiva ou material, o que permite que as eventuais inércias dos Poderes Legislativo e Executivo devem ser complementadas ou supridas pela atuação do Poder Judiciário, com escopo em mecanismos jurídicos previstos pela própria Constituição que instituiu um estado democrático de direito (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 107).

Imperioso distinguir a judicialização e o ativismo judicial, nesse sentido destaca-se a lição de Barroso:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...] o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2009, p. 21).

Sinteticamente, por judicialização entende-se o ato de levar ao Judiciário demandas que tratam do reconhecimento e concretização de um direito, transferindo a este Poder decisões que a princípio deveriam ser realizadas pelo Executivo e Legislativo. Nesse sentido, a judicialização é a possibilidade de utilização de mecanismos jurídicos para conferir-lhe efetividade (SALAZAR; GROU, 2009, p. 13-14).

Já o ativismo judicial, simplificada, pode ser descrito como uma atitude a ser seguida pelo magistrado, que o leve ao reconhecimento da sua atividade como parte essencial para o eficaz e efetivo exercício da atividade jurisdicional, isto é, o ativismo judicial surge no momento em que o magistrado não decide dentro dos limites estabelecidos pela Constituição, agindo de forma discricionária, perpassando portanto pelo problema hermenêutico de interpretação da Constituição (DELGADO, 2008, p. 319).

Ainda, sobre o ativismo judicial parte-se do princípio de que ele consiste num profícuo instrumento de concreção da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da justiça e da democracia. Admite, por outro lado, que a intervenção judicial em matérias politicamente controversas apresenta um risco de juristocracia, ou um governo de toga, ou seja, um aristocrático governo de juízes exercido sob o manto



de uma atividade aparentemente técnica de interpretação de dispositivos jurídicos mediante conceitos da dogmática especificamente constitucional (TAFFAREL; DABULL, 2012, p. 37).

Não se pode negar que a judicialização abre caminhos ao ativismo judicial, mesmo que dela não seja dependente (LEAL, 2012, p. 430).

De fato, não há um conceito pronto e acabado sobre ativismo judicial, entretanto seus contornos giram em torno de uma atuação proativa do Poder Judiciário, habitualmente associada a uma eventual interferência na esfera de atuação dos demais Poderes (BARROSO, 2009, p. 06).

Nesse sentido, ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, principalmente em detrimento da função legislativa, além da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício impetuoso da legiferação, ou outra função não jurisdicional, que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes (RAMOS, 2010, p. 116-117).

O ativismo representa um determinado modo de interpretação e aplicação da norma constitucional, tendo como principais características, além de uma relativização da relação entre os Poderes, uma atuação intensificada e ampliada da jurisdição constitucional, com uma expansão da atuação do Judiciário a âmbitos até então jamais vistos. Leal assevera, assim, que o Poder Judiciário invoca a responsabilidade pela garantia da Constituição e dos direitos fundamentais e, sob o argumento de sua proteção, desempenha funções e toma decisões que não lhe seriam, em princípio, atribuídas (LEAL, 2013, p.154-155).

É necessário a aplicação da ponderação por parte do Poder Judiciário para sair da sua esfera de competência e alcançar competência ainda pouco explorada que pertence ao legislativo.

6.1 O ativismo judicial e a necessidade de adequação social

Apesar de decorridos aproximadamente 30 anos da promulgação da Constituição Federal, ainda são discutidos os limites e as possibilidades da exigibilidade do direito à saúde via Poder Judiciário. Esse aspecto é justificado pelo caráter aberto e programático dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal.

Para Rocha a análise judicial sobrepõe a mera preocupação do Judiciário em cumprir a finalidade de concretização do direito fundamental à saúde. Trata-se de um



exemplo daquilo que conceituamos como ativismo judicial, onde o Poder Judiciário operacionaliza meios normativos com intuito de alcançar os fins sociais, buscando a efetividade dos direitos fundamentais (ROCHA et al., 2005, p. 32).

O pós-positivismo abriu margem para novos tratamentos cognitivos ao fenômeno jurídico, concebendo um sistema aberto aos influxos dos fatos e valores sociais da realidade cambiante (SOARES, 2010, p. 56).

Retrata-se, assim, o fenômeno do ativismo judicial, o qual traduz-se na ideia da interpretação constitucional expansiva, com arrimo nos princípios constitucionais.

Da lição de Eros Grau, depreende-se que

a realização da Constituição passa pela atividade intelectual de interpretar/aplicar conceitos e categorias jurídicas de elevado grau de generalidade e abstração, mesmo que para tanto seja necessário abraçar competências institucionais que ordinariamente tocam a outros Poderes. O problema com essa sorte de postura seria estarmos substituindo a vontade do soberano que criou a lei e a Constituição pela vontade do intérprete. (GRAU, 2006, p. 247).

A interpretação constitucional proporciona complementaridade ao ordenamento jurídico, pois, se liga intimamente com a hermenêutica constitucional. Vale mencionar que a compreensão plena do texto constitucional com seus princípios e regras, enquanto portador de um significado, é o objetivo final da interpretação (BASTOS, 2002, p. 143).

Para Streck, automaticamente, o ato de aplicar o direito o cria através da hermenêutica e da interpretação constitucional adequada. Desse modo, o ativismo judicial é um forte poder à disposição dos magistrados que inquestionavelmente criam novos direitos toda vez que decidem um caso importante aparentemente sem previsão legal, anunciando, portanto, uma regra, um princípio ou uma ressalva a uma disposição (STRECK, 2002, p. 158).

A análise do caso Anny Fischer é um exemplo efetivo daquilo que pode ser consubstanciado como ativismo judicial. Existe o confronto entre a ameaça de um direito, qual seja, à integridade à vida humana, em oposição direta, existe a possibilidade de concessão da segurança, porém de forma *contra legem*.

No caso concreto fica evidente, por meio de provas contundentes, que confirmavam a eficácia do tratamento (involução do quadro clínico crítico, cerca de 80 crises convulsivas semanais, até a completa cessação das convulsões). Em contrapartida, o tratamento almejado, tratava-se método terapêutico não reconhecido pelas autoridades sanitárias, sem registro ou aprovação para uso no país.

Como resultado do confronto direto entre a prerrogativa da administração pública de reter o medicamento para fins de controle e averiguação de sua segurança



e eficácia *versus* os direitos fundamentais à vida e à saúde da autora, (condicionada ao uso do canabidiol), não resta dúvida quanto a prevalência ao interesse jurídico da demandante, ao passo que a intervenção estatal poderia causar lesão e danos irreversíveis, os quais contrariam, em definitivo, o fim visado pela vigilância sanitária, que é o de proteger a saúde pública.

Em virtude do chamado pós-positivismo, que caracteriza o atual Estado constitucional, exige-se do juiz uma postura muito mais ativa, cumprindo-lhe compreender as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e princípios constitucionais, bem assim com os direitos fundamentais (MARIONI, 2006, p. 90).

Nesse sentido, o princípio da supremacia da lei, amplamente influenciado pelos valores do Estado liberal, que enxergava na atividade legislativa algo perfeito e acabado, atualmente deve ceder espaço à crítica judicial, no sentido de que o magistrado, necessariamente, deve dar à norma geral e abstrata aplicável ao caso concreto uma interpretação conforme a Constituição, sobre ela exercendo o controle de constitucionalidade se for necessário, bem como viabilizando a melhor forma de tutelar os direitos fundamentais (MARIONI, 2006, p. 90).

Asensi assevera que o direito à saúde abrange o bem-estar do indivíduo de forma global, o que influencia diretamente na qualidade de vida. Tal conceito reflete o resultado do uso do medicamento como instrumento de promoção da saúde de Anny, determinando, conseqüentemente uma melhora em sua qualidade de vida (ASENSI, 2013, p. 133).

No caso em análise, onde a paciente já havia sido submetida a inúmeros tratamentos, inclusive cirúrgico, sem sucesso, a única expectativa possível em proporcionar uma condição de vida aceitável, acabou por determinar a liberação de uso de um medicamento proibido no país. Justamente porque a norma é incapaz de contemplar todas as necessidades sociais, existem tais possibilidades de aplicação razoável e pertinente da norma, de modo que o Poder Judiciário pode garantir ao jurisdicionado o direito pleiteado, mas que a lei não garantiu.

7 CONCLUSÃO

Reitera-se o fato de que o direito à saúde é condição fundamental, tanto para a conquista, quanto ao exercício da cidadania. A Constituição Federal de 1988 ao elevar a saúde à categoria de direito fundamental oponível ao Estado, permitiu sua judicialização, como instrumento de garantia de efetivação desse direito.

Importante considerar o fenômeno de judicialização da saúde, surgido a partir do constitucionalismo moderno, resultado do dever do Estado em proporcionar



a tutela jurisdicional. Diferentemente do ativismo judicial, que deriva de uma ação proativa do magistrado, buscando atingir a concretização de direitos.

O caso Anny Fischer exemplifica de forma concreta a aplicação do ativismo judicial, de forma que resultou na efetiva retirada do *canabidiol* da lista de substâncias proscritas no Brasil.

A crise de funcionalidade do Poder Legislativo não deve obstar a dinâmica do direito e os constantes avanços da ciência jurídica face as lacunas jurídicas existentes. Contudo, o Poder Judiciário deve formular uma norma de concreção, de acordo com a realidade fático-social, garantindo os direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Reitera-se a importância que detêm os magistrados, através de decisão jurídica fundamentada, garantirem a tutela jurisdicional adequada e efetiva. Conclui-se que esse papel do Poder Judiciário é essencial, não apenas aplicado individualmente, mas de modo que viabilize transformações sociais que beneficiem a coletividade.

Questões de cunho ativista, de grande repercussão política ou social, decididas pelos órgãos do judiciário, na tentativa de suprir litígios sociais, estão cumprindo com as diretrizes estabelecidas pelo Estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS

ASENSI, Felipe Dutra. **Direito à saúde: práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação**. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

ANVISA. **Seminário: Uso medicinal do canabidiol**. Câmara dos deputados comissão de seguridade social e família. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cssf/seminario-e-outros-eventos/seminarios-2014/uso-medicinal-do-canabidiol-cbd/apresentacao-1>>. Acesso em: 29 maio 2018.

_____. Resolução - RDC nº- 17, de 6 de maio de 2015. Define os critérios e os procedimentos para a importação, em caráter de excepcionalidade, de produto à base de Canabidiol em associação com outros canabinóides, por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde. **Diário Oficial da União nº. 86**, Brasília – DF, sexta-feira, 08 de maio de 2015. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/4fd4b700484d2c65a479a5bdc15bfe28/EXTRATO+DI%C3%81RIO+08-05-2015.pdf?MOD=AJPERES>>. Acesso em: 30 maio 2018.

_____. **Alerta de teor de CBD para produtos à base de Canabidiol importados dos Estados Unidos**. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/Anvisa+Portal/Anvisa/Inicio/Medicamentos/Publicacao+Medicamentos/Alerta+de+teor+de+CBD+para+produtos+a+base+de+Canabidiol+importados+dos+Estados+Unidos>>. Acesso em: 30 maio 2018.



_____. **Nota Técnica nº 093/2015 – CPCON/GGFIS/SUCOM.** Orientações para a aquisição intermediada de produtos à base de Canabidiol em associação com outros canabinóides para pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde. Brasília, 28 de setembro de 2015. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/3c1052004a4426e1aca1ef1d56d425c7/093_esclarecimento_CBD_secretarias_de_saude_crm.pdf>. Acesso em: 30 maio 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista atualidade jurídicas** – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB, 4. ed, jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1234066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2018.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional.** 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 maio 2018.

BRASIL, **Lei n. 8080, de 19 de setembro de 2000.** 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: 01 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 1. 3ª VARA FEDERAL. Procedimento Ordinário Nº.0024632-22.2014.4.01.3400. Comercialização E/Ou Utilização Sem Restrições De Medicamentos - Licenças - Atos Administrativos. Deferimento de Antecipação dos Efeitos da Tutela. Juiz: Pedro Felipe De Oliveira Santos. Brasília, 07 de Abril de 2014. Disponível em: <<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>>. Acesso: 27 maio 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Protocolo clínico e diretrizes terapêuticas da epilepsia.** Retificada em 27 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2015/dezembro/01/PT-SAS-N---1319-Epilepsia-RETIFICADA.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n. 2.113, de 2014. Aprova o uso compassivo do canabidiol para o tratamento de epilepsias da criança e do adolescente refratárias aos tratamentos convencionais. **Diário Oficial da União**, República Federativa do Brasil, Brasília, DF, n. 243, seção I, p. 183, dez. 2014. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2014/2113_2014.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2018.

CARLINI, E. A.; RODRIGUES, Eliana; GALDURÓZ, José Carlos F. **Cannabis sativa L. e substâncias canabinóides em medicina.** 1. ed. Cebrid: São Paulo, 2005.

CARVALHO, JCT. **Fitoterápicos anti-inflamatório.** Aspectos químicos, farmacológicos e aplicações terapêuticas. Ribeirão Preto, SP: Tecmedd, 2004.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional.** 17. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.



CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

DELGADO, José Augusto. **Ativismo judicial**: o papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea. Processo Civil Novas Tendências: homenagem ao professor Humberto Theodoro Jr. Minas Gerais: Del Rey, 2008. p. 319.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FIGUEIREDO, Mariana Flichtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 236 p.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HONORIO, Kathia Maria; ARROIO Agnaldo; SILVA, Albérico Borges Ferreira da. Aspectos terapêuticos de compostos da planta Cannabis sativa. **Quím. Nova**, São Paulo, abr. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010040422006000200024&lng=en&nrm=isso>. Acesso em: 05 maio 2017.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: existe realmente “unactivismo” o “el” activismo. In: **Estudios Constitucionales**, v.10, n.2. Santiago: CECOCH, 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sc>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

_____. Jurisdicción constitucional, judicialización y activismo judicial desde la perspectiva del Supremo Tribunal Federal brasileño. In: BRAVO, Álvaro Sánchez et al. **Derechos Sociales en Tiempos de Crisis**. Sevilla: Punto Rojo Libros, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. São Paulo: RT, 2006. v.1.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo G. G. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

PAMPLONA. Fabricio A. Quais são e pra que servem os medicamentos à base de Cannabis? **Revista da Biologia da USP**, São Paulo, vol. 13, p. 32, 2014. Disponível em: <<http://www.ib.usp.br/revista/node/184>>. Acesso em: 15 maio 2017.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social**: revitalizando as regras do jogo democrático. Barueri: Manole, 2002.

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

RIOS, Roger Raupp. **Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas**: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos. Disponível em: <http://cebes.org.br/site/wpcontent/uploads/2014/10/Direito__sade_universalidade_integralidade.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2017.

ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **A defesa da saúde em juízo**. São Paulo: Ed. Verbatim, 2009.



SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**: na Constituição Federal de 1988. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica** - Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAFFAREL, Claridê Chitolina; DABULL, Matheus Silva. A efetivação dos direitos fundamentais sociais mediante o ativismo judicial. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da (Org.) **Direito & políticas públicas VII**. Curitiba: Multideia, 2012. <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/7529/6043>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**. Uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.



CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: ALCANCE COLETIVO DAS DECISÕES OU EFETIVAÇÃO SUBJETIVA?¹

CONCRETIZATION OF FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS AND IMPLEMENTATION OF PUBLIC POLITICS: COLLECTIVE SCOPE OF DECISIONS OR SUBJECTIVE EFFECTIVENESS?

Maria Valentina de Moraes²

Flávia Thais Stein³

1 INTRODUÇÃO

O texto constitucional brasileiro não faz referência direta ao termo "políticas públicas", bem como não traz indicativos claros do que encontra-se abarcado em seu conceito. Nesse sentido, estudar as políticas públicas torna-se necessário em um Estado de Direito, visto que a sua frustração, gerada com a omissão dos Poderes Públicos - e conseqüente ofensa aos direitos fundamentais -, principalmente, traz

- 1 Este artigo foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001, e é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Dever de proteção (*Schutzpflicht*) e proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) como critérios para o controle jurisdicional (qualitativo) de Políticas Públicas: possibilidades teóricas e análise crítica de sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5), onde as autoras atuam na condição de participantes. A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.
- 2 Doutoranda no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, na linha Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas. Bolsista PROSUC/CAPES. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa PROSUC/CAPES e bolsa CAPES no Processo nº. 88887.156773/2017-00, Edital PGCI nº 02/2015, Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil) e Universidad de Talca - Centro de Estudios Constitucionales de Chile - CECOCH (Chile). Membro do Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional - instrumentos teóricos e práticos", vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Dr^a Mônia Clarissa Hennig Leal. E-mail: <mariavalentina.23@hotmail.com>.
- 3 Graduanda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, campus Sobradinho. Membro do Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional - instrumentos teóricos e práticos", vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Dr^a Mônia Clarissa Hennig Leal. E-mail: <flah.stein@hotmail.com>.



para o campo do direito implicações diversas.

Configuram-se as políticas públicas, assim, como um dos meios de concretização dos direitos fundamentais sociais, não sendo, contudo, a única forma de realizá-los. Outrossim, quando tem por finalidade a realização desses direitos protegidos pela Carta Política de nosso país, vinculam os Poderes Legislativo e Executivo a sua criação e execução.

O Poder Judiciário deve assegurar a aplicação dos direitos fundamentais e com ressalvas, vez que também pode gerar lesões a direitos fundamentais. Muito se debate quando à legitimidade do Judiciário em determinar a criação ou implementação dessas ações - intervindo em uma seara onde não lhe convém atuar em um primeiro momento -, pois, mesmo diante da vinculação à proteção dos direitos fundamentais sociais, sabe-se que referidas políticas possuem um procedimento específico para sua elaboração. Outrossim, a criação e execução de políticas públicas, em razão de suas características, é de primazia dos Poderes Legislativo e Executivo, respectivamente, vinculando os mesmos a implementá-las.

Diante disso, questiona-se: Há um controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil? Ou existe, por outro lado, determinações de concretização individual de direitos fundamentais sociais? Para tanto, é utilizado o método dedutivo e como técnica de pesquisa a análise bibliográfica e jurisprudencial, a partir de doutrina nacional e estrangeira e da análise de quatro decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no período de 2017 até 2018 (considerado como um marco temporal suficiente para a demonstração do que vem sendo o entendimento sedimentado do órgão). Para tal partiu-se da análise da vinculação dos poderes do Estado à realização das Políticas Públicas, para então analisar se há concretização das políticas públicas ou a determinação individual de efetivações dos direitos individuais sociais, com objetivos de analisar a jurisprudência do STF.

2 AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MEIO DE REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: AÇÕES ESTRATÉGICAS OU MERO DISCURSO?

O texto constitucional brasileiro, apesar de citar apenas em dois momentos (nos artigos 216-A e 227 da Constituição Federal brasileira) o termo "políticas públicas", faz referência indireta as mesmas em diversos artigos, não trazendo, no entanto, indicativos claros do que encontra-se abarcado em seu conceito. É imprescindível separar o termo políticas de políticas públicas, pois nem todos os momentos em que a lei refere a expressão "política", está se referindo há "políticas públicas" (BUCCI, 2006). Diante desse fator, oportuna a reflexão trazida por Bitencourt (2013, p. 33) ao questionar se "o conceito de política pública é extraído da Constituição ou a partir do conceito é que se identifica o conteúdo das políticas públicas na Carta?".



As discussões e estudos quanto às políticas públicas não são próprias do direito, pertencendo, inicialmente, à Ciência Política e também à Ciência da Administração Pública, no entanto, o estudo jurídico dessas vem demonstrando a abertura do Direito à dinâmicas da política (BUCCI, 2006). O fato de as políticas públicas serem guiadas pela legalidade e pela constitucionalidade faz também com que elas sejam trazidas ao campo do Direito (BUCCI, 2006). Estudar as políticas públicas torna-se necessário em um Estado de Direito, uma vez que a sua frustração, gerada com a omissão dos Poderes Públicos - e conseqüente ofensa aos direitos fundamentais -, principalmente, traz para o campo do direito implicações diversas.

Desde já, é fundamental compreender a diferença existente no que diz respeito à proteção e efetivação dos direitos sociais e à implementação de políticas públicas, tendo Queiroz (2006, p. 25, grifado no original) salientado a diferenciação que deve ser realizada entre esses conceitos, colocando que

depois de se afirmar que os recursos disponíveis, designadamente os meios orçamentais, resultam naturalmente escassos, parte-se para uma distinção entre o '*direito fundamental social*' propriamente dito, o '*direitos de acesso ao ensino superior público*', e a correspondente '*política pública*' de implementação desse direito.

Como se vê, em uma categoria encontram-se os direitos fundamentais sociais - os quais exigem prestações por parte do Estado -, e, em outra, as respectivas políticas públicas que serviram de meio a sua realização, constituindo ações coordenadas para atingir esse fim, existindo significativas diferenças nos conceitos. A doutrina, assim, tratou de definir e limitar o conteúdo das políticas públicas, traçando também as diferenças entre política pública e política social, onde a segunda sempre será considerada política pública, todavia, nem toda política pública será identificada como uma política social (RODRIGUES, 2010).

Diante das diferentes colocações acerca do que se traduz como política pública, adota-se o conceito trazido por Leal (2014, p. 08), segundo o qual, políticas públicas são "meios (escolhas políticas) para a realização dos fins propostos, traduzidos na figura dos direitos fundamentais (fixados juridicamente)". Inegável é o fato de que as políticas públicas configuram-se como escolhas políticas e possuem como finalidade a realização de direitos fundamentais sociais, valendo-se de uma série de ações estratégicas visando alcançar um fim específico.

Nesse ensejo, cabe considerar ainda a ligação apresentada por Penna (2011), citado por Bitencourt (2013, p. 54), ao referir que "é tarefa adequada relacionar direitos fundamentais a políticas públicas, de forma a encontrar um campo para atuação do Poder Judiciário no seu controle". Entretanto, não separa claramente o autor os dois campos "apenas desenvolve a ideia que são as políticas públicas o



meio de concretização dos direitos sociais, embora, nem todas as ações estatais que concretizem direitos sejam necessariamente políticas públicas" (BITENCOURT, 2013, p. 54). Configuram-se as políticas públicas, assim, como um dos meios de concretização dos direitos fundamentais sociais, não sendo, contudo, a única forma de realizá-los. Outrossim, quando tem por finalidade a realização desses direitos protegidos pela Carta Política de nosso país, vinculam os Poderes Legislativo e Executivo a sua criação e execução.

O extenso rol de direitos fundamentais sociais abarcado pela Constituição pátria tem, como uma das formas de sua concretização, a criação e a execução de políticas públicas. Em razão do significativo conteúdo presente nos direitos fundamentais sociais - ligados à proteção do direito à vida, por exemplo -, esses acabam por vincular os Poderes Legislativo e Executivo⁴ à realização dessas políticas que efetivem, de fato, o seu conteúdo. Queiroz (2006, p. 27, grifado no original) salienta o conteúdo de dever que é imposto por esses direitos, analisando:

Uma 'política' de direitos, e particularmente uma 'política dos direitos fundamentais sociais', inclui quase sempre uma linguagem de 'dever'. Os direitos à educação, à segurança social ou à proteção (sic) da saúde não se apresentam como 'concessões' do legislador. Constituem 'deveres positivos', 'deveres de proteção' 'deveres de acção' (sic), que decorrem de imperativos constitucionais.

A ligação entre a realização de direitos sociais e a existência de políticas públicas que os promovam e garantam o acesso a esses é fundamental. O papel da máquina Estatal na efetivação de direitos sociais passa, portanto, pela criação e execução de políticas públicas que lhes assegurem e, nas palavras de Leal (2005, p. 160) "a finalidade do Estado, ao obter recursos, para em seguida gastá-los sob forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição". Cara (2010, p. 75) também traça esta ligação entre os direitos sociais e as políticas públicas, em razão da vinculação positiva dos primeiros "que serán los mecanismos para garantizar la eficacia final de dichos derechos sociales".

A realização de políticas públicas exige, portanto, muitas ações estratégicas, que resultam da atividade política - e de várias decisões políticas - com a finalidade de que sejam implementados os objetivos traçados, constituindo-se como decisões

4 Extrai-se a vinculação em alguns dispositivos, dentre eles: art. 4º, p. ú., alínea "c", da Lei 8.069/90 (*preferência na formulação de Políticas Sociais Públicas específicas*); art. 5º e seguintes, da Lei Complementar n. 141/2012 (*valores mínimos a serem aplicados anualmente em ações e serviços públicos da saúde*), bem como dispositivos encontrados na Constituição Federal, quais sejam: art. 195 (*financiamento da seguridade social*), art. 198, § 2º (*recursos mínimos de aplicação nas ações voltada à saúde*), art. 211 (*vinculação aos regimes de ensino na promoção da educação*), art. 212, "caput" (*percentuais a serem aplicados na manutenção da educação*), entre outros.



notadamente detentoras de uma autoridade decorrente da soberania do Estado (RODRIGUES, 2010). A exigibilidade da efetivação dos direitos fundamentais, vincula os Poderes do Estado também a criarem e a implementarem políticas públicas, ou seja, vincula tanto o Poder Legislativo com o Poder Executivo. Sendo assim, a característica prestacional desses direitos, embora exija uma ação, reserva certa margem ao legislador quanto à escolha dos meios que serão utilizados para tal finalidade (QUEIROZ, 2006).

A vinculação não atinge apenas o Poder Legislativo, ficando também o Poder Executivo e os entes da administração direta e indireta, ao realizarem funções públicas, vinculados à concretização dos direitos fundamentais, estendendo-se essa vinculação, por construção jurisprudencial, ainda, às pessoas jurídicas de direitos privados, sempre que realizem atividades públicas (MENDES, 2012). Dessa maneira, o Estado, através da Administração Pública, tem a obrigação de implementação de políticas públicas já criadas e, não o fazendo, incorre em uma omissão na realização de direitos fundamentais que seriam atingidos com determinada política.

Se estende também ao Poder Judiciário a vinculação com a proteção desses direitos, devendo este Poder assegurar a aplicação dos mesmos e respeitar o seu conteúdo, vez que também o Poder Judiciário pode gerar lesões a direitos fundamentais (MENDES, 2012). Questiona-se, no que diz respeito às políticas públicas, qual seria a legitimidade do Judiciário em determinar a criação ou implementação dessas ações - intervindo em uma seara onde não lhe convém atuar em um primeiro momento -, pois, mesmo diante da vinculação à proteção dos direitos fundamentais sociais, sabe-se que referidas políticas possuem um procedimento específico para sua elaboração. Outrossim, a criação e execução de políticas públicas, em razão de suas características, é de primazia dos Poderes Legislativo e Executivo, respectivamente, vinculando os mesmos à implementá-las.

Constituindo-se como uma das formas de concretização dos direitos fundamentais sociais, as políticas públicas encontram-se associadas à promoção de ações visando uma finalidade específica - a qual, nesse caso, é a efetivação de um direito. A atividade do legislador demonstra-se, dessa maneira, fundamental e basilar no tocante às políticas públicas, estando o mesmo constitucionalmente incumbido de criar leis que viabilizem e prevejam a criação dessas e, como reforça Mendes (2012, p. 118), apontada atividade "é essencial não só para a proteção dos direitos fundamentais como também para a concretização destes em inúmeras hipóteses".

Assim, a existência de uma tutela rigorosa quanto aos direitos fundamentais atinge diversas situações que encontram-se protegidas constitucionalmente, ocasionando, além de uma considerável limitação da liberdade de atuação do legislador, que esses direitos se configurem como uma questão de justiça e não apenas como uma questão política (QUEIROZ, 2006). Essa vinculação do Poder Legislativo à efetivação de direitos sociais faz com que haja uma margem para a



escolha das formas como tais direitos poderão ser concretizados, existindo sempre a ideia de necessidade de uma ação do Estado (QUEIROZ, 2006). Portanto, é o Legislativo que, em sua função principal, tem o dever primordial de construir legislações e definir meios orçamentais para a criação de políticas públicas, de forma a garantir, de mesmo modo, a proteção dos direitos sociais.

Há, nesse sentido, a necessidade de uma previsão normativa relativa às políticas públicas para que seja possível exigí-las frente ao Estado, o que, no caso do Brasil, não parece configurar-se como o problema maior diante da extensa proteção constitucional dos direitos fundamentais e das ações visando sua efetividade, que, como analisa Hachem (2014, p. 300) "generosa en disposiciones que regulamentan estos derechos". As argumentações presentes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal demonstram referido fato, sendo consideravelmente maior a caracterização dos omissões por parte do Poder Executivo em relação ao Poder Legislativo.

Dessa forma, presente a previsão normativa, é do Poder Executivo a responsabilidade pela execução das políticas públicas, não podendo dispor de sua realização de forma totalmente discricionária. O Poder Executivo detém a primazia na realização das políticas públicas, sendo de sua competência a avaliação de determinadas questões que envolvam as mesmas, vez que, na condição de gestor público, possui uma margem para a realização de certas escolhas, ainda que possua sua discricionariedade limitada. A execução de políticas públicas presta-se, assim, a garantir que o maior número de pessoas possa ter o seu direito garantido, demandando, em razão da escassez de recursos, que sejam analisadas diferentes questões em sua criação.

O Poder Público, ao menos em um primeiro momento, é quem encontra-se apto à execução dessas ações, de forma a obedecer certos procedimentos que se fazem imprescindíveis. Rodrigues (2010, p. 22) reforça essa ideia ao trazer que "a implementação de políticas públicas está concentrada nas mãos dos gestores e daqueles que fazem o seu acompanhamento, monitoramento ou controle interno" e, dessa forma, fazem o acompanhamento de diferentes etapas das políticas públicas. Estas seriam, por assim dizer em "um quadro de ação governamental", uma vez que se configuram como um "conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública" ou um direito (BUCCI, 2006, p. 14).

Com efeito, ainda que o Administrador se encontre vinculado aos direitos fundamentais sociais, algumas escolhas relativas a procedimentos ou estratégias de ação encontram-se dentro de sua margem de decisão. Em razão disso, questiona-se a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, uma vez que o julgador não estaria cercado por elementos suficientes que norteassem uma melhor decisão que se adequasse aos objetivos pretendidos e as melhores formas de articulação das ações necessárias ao fim que se pretendia atingir. Trata-se, na



sequência, sobre um dos entraves à intervenção judicial, o qual estaria ligado à ideia de reserva do possível e à necessidade de realização de previsões orçamentárias para que sejam, então, criadas e executadas as políticas públicas, como se apresenta.

3 A NECESSIDADE DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA PARA A EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: ÓBICE À INTERVENÇÃO JUDICIAL?

A problemática dos custos acarretados pelos direitos fundamentais, em especial os sociais - em razão de demandarem uma prestação estatal -, se reflete diretamente na implementação de políticas públicas, pois estas, em razão do grau de organização que é demandado, precisam estar previstas nos orçamentos públicos. Sabe-se, nesse diapasão, que os recursos financeiros de um Estado não dariam conta da realização de todos os direitos previstos constitucionalmente a todos os seus titulares. Em outra ponta, tratando-se de ações planejadas, a função das políticas públicas passa pela ideia de eleição, de escolha de meios que atinjam uma maior promoção de direitos com menos custos. Canela Junior (2011, p. 230) destaca a imprescindibilidade de uma atuação voltada para o futuro, pontuando que "a ausência de recursos atuais para a consecução dos fins do Estado [...] deverá pautar a conduta dos Poderes Executivo e Legislativo para a atuação responsável nas finanças públicas a fim de que seja programado o custeio dos gastos".

A realização dos direitos de cunho prestacional, por meio das políticas públicas, deve estar condicionada à reserva do que é politicamente possível prestar, devendo se produzir uma adequação nessa realização à possibilidade econômica e de prestação do Estado (CARA, 2010). Observa-se, novamente, que embora o conceito de reserva do possível esteja vinculado originalmente à razoabilidade, no sentido de ser ou não razoável se exigir determinada prestação do Estado, na jurisprudência brasileira há a vinculação de referido conceito apenas à questão financeira, estando muito mais conectado à escassez de recursos.


Nesse ínterim, não há como negar o fato de que as políticas públicas encontram-se, em certa medida, conformadas à reserva do possível, vez que, ao dependerem de uma previsão orçamentária, se condicionam a determinadas capacidades financeiras estatais, bem como a diferentes limitações de ordem fática e até mesmo jurídica, como, por exemplo, a necessidade de leis que determinem objetivos e procedimentos a serem adotados pelo gestor. Como consequência

sempre que se busca estabelecer uma política pública, nos moldes do que é desenvolvido em outros sistemas constitucionais, como uma política pública trata de planejamento, execução dentre outras características, pode se dizer que o seu nascimento, de regra, fica condicionado ao valor orçamentário a ela destinada (podendo



umentar ou diminuir - mas sempre vinculada a um custo). (BITENCOURT, 2013, p. 153).

Nos dias de hoje, pode-se dizer que o orçamento do Estado adquire uma função muito mais política do que meramente financeira, como era na antiguidade, em razão de sua vinculação com os planos de atuação de um governo e com a delimitação das condutas a serem adotadas (CANELA JUNIOR, 2011). Sendo assim, diante dos condicionamentos apresentados pelo orçamento público no tocante às políticas a serem adotadas, a problemática envolvendo a intervenção judicial ganha significativo relevo, pois, pela lógica estrutural das políticas públicas, são essenciais decisões coordenadas e estratégicas, as quais implicam em diversos fatores, não bastante apenas uma pontual intervenção judicial que ignore as questões vitais a serem analisadas.

Michelman (2005, p. 133), após abordar diversas questões envolvendo o reconhecimento de direitos e a intervenção judicial, faz uma importante abordagem em relação à transferência dessas decisões notadamente políticas aos juízes, refletindo que "isto pode, dessa forma, fazer com que pareça má a ideia de se convidar o Judiciário a concorrer com o governo em matéria de alocação e distribuição de recursos materiais". Hachem (2014, p. 289, grifado no original) analisa, ainda, a determinação judicial de realização de direitos sociais sem critérios, entendendo que "estos 'excesos e inconsistencias [...] ponen en riesgo la propia continuidad de las políticas de salud pública, desorganizando la actividad administrativa e impidiendo la asignatura racional de los escasos recursos públicos' ".


Há, assim, um risco de comprometimento dos recursos públicos sem a observância, pelo Poder Judiciário, de critérios materiais e formais em suas decisões, as quais acabam por priorizar aspectos individuais em face à execução de políticas públicas em sua complexidade. Referida concepção de políticas públicas, ao ser levada ao Poder Judiciário, acaba por ser desfigurada, inexistindo uma real preocupação com a disponibilidade financeira - ainda que esta não seja comprovada perante o Poder Judiciário - ou mesmo com mecanismos e estratégias que garantam uma proteção mais alargada de direitos. Bucci (2006, p. 33) trata da imprevisibilidade que cerca decisões nesse sentido, considerando que

a atuação judicial, via de regra, tem o efeito de pulverizar os pleitos por direitos. Na medida em que o juiz não está vinculado à lógica da disponibilidade dos meios, como está o Poder Executivo, as consequências de uma decisão judicial específica sobre o universo de direitos alheios aos limites da lide são imprevisíveis.

Essas objeções à intervenção jurisdicional, envolvendo especialmente os custos que decorrem de uma determinação de implementação de políticas públicas, fazem

com que seja questionada a atuação de órgãos judiciais ao interferirem diretamente na margem de discricionariedade do Administrador - a qual, como citado, não é absoluta diante da vinculação desse à concretização de direitos fundamentais. Dessa forma, a discussão sobre eventuais ofensas ao Princípio da Separação de Poderes serve como pano de fundo quando está em jogo a determinação, pelo Poder Judiciário, de um *facere* aos demais Poderes, ou seja, da determinação de que uma política pública seja efetivada.

4 HÁ DE FATO UMA INTERVENÇÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS POR PARTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL? ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

No tocante à intervenção judicial e às decisões que decorrem de um, em tese, controle jurisdicional de políticas públicas - exercido, no país, pelo Supremo Tribunal Federal - cabe analisar, pelo teor dessas decisões, se há, de fato, tal intervenção em políticas públicas ou se há apenas um discurso que legitima essa atuação, sem que ao final, se tenha uma interferência em decisões que competem ao gestor público. Há, assim, um controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil? Ou existe, por outro lado, determinações de concretização individual de direitos fundamentais sociais?

A fim de responder tais questões, serão analisadas as decisões nos agravos regimentais: Segundo Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 674 Ceará referente ao direito à saúde; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.076.316- Minas Gerais, sobre acesso dos portadores de necessidades especiais à escola pública; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.049.831- Pernambuco que se refere ao fornecimento de alimento especial à criança portadora de alergia alimentar e Agravo Regimental No Recurso Extraordinário N° 903.241 – Distrito Federal que fala sobre área de proteção ambiental, bem como efetivação de norma criadora de parque ecológico.

O que se verifica é que em relação ao controle jurisdicional de política pública não há a efetiva aplicação, uma vez que o que se percebe é a efetivação de direitos individuais para a concretização dos direitos individuais, senão vejamos. Na análise do segundo agravo regimental na suspensão de tutela antecipada 674 do Ceará⁵ depreende-se que restou claro o entendimento do STF no tocante à possibilidade de intervenção do Tribunal em casos excepcionais, podendo o Poder Judiciário determinar a implementação de políticas públicas sem que isso configure ofensa ao princípio da separação dos Poderes (BRASIL, STF, 2018).

5 EMENTA: SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO. SEPARAÇÃO DOS PODERES. INTERVENÇÃO JUDICIAL PARA CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. PRECEDENTES. AMEAÇA DE GRAVE LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA NÃO DEMONSTRADA. RISCO DE AGRAVAMENTO DO QUADRO MÉDICO DOS PACIENTES. DANO INVERSO. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS OU FATOS NOVOS CAPAZES DE INFIRMAR A DECISÃO RECORRIDA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.



Em seu voto a Ministra Carmem Lúcia explicou que o risco ao direito fundamental em questão do agravante era considerável se continuasse com elevado tempo de espera na unidade de saúde, nesse sentido a intervenção judicial é necessária para assegurar a eficácia do direito fundamental.

Existe a possibilidade de dano inverso caracterizado pelo agravamento da saúde mental dos indivíduos atendidos pela unidade de saúde em questão, pelo elevado tempo de espera para atendimento. (BRASIL, STF, 2018, p. 4).

No mesmo sentido, a decisão do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.076.316 de Minas Gerais⁶ confirmou o entendimento do Supremo Tribunal Federal ao deferir uma efetivação de um direito individual social, o Judiciário não está criando política pública, mas sim determinando seu cumprimento.

Outrossim, a decisão no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.049.831 de Pernambuco⁷ mais uma vez corrobora para a jurisprudência dominante no sentido de efetivar um direito fundamental social, em que determinou a responsabilização solidária dos entes públicos na prestação de alimentos especiais à criança com alergia alimentar, visto que não efetivou o controle jurisdicional da política pública de saúde mas, sim, efetivou uma necessidade individual (BRASIL, STF, 2017).

Nesse sentido, cabe destacar o reconhecimento de um caráter multifuncional que acompanha os direitos fundamentais, sendo estes dotados tanto de uma função defensiva, como de uma função prestacional (HACHEM, 2014). Tal função prestacional pode configurar-se tanto como uma prestação de ordem normativa - e mais relacionada com a atuação legislativa - ou de ordem fática - intimamente ligada com a atuação executiva no sentido de viabilizar o direito fundamental.

O reconhecimento desse caráter e da existência de dimensões subjetiva e objetiva nos direitos fundamentais de cunho notadamente social, permite que os mesmos sejam tutelados de forma individual, como se extrai de referidas decisões.

Como destaca Sarlet, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais configura-se como uma mais-valia jurídica, reforçando sua tutela de forma subjetiva e atuando

6 EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 09.04.2018. ACESSO DOS PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS À ESCOLA PÚBLICA. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. JURISPRUDÊNCIA DE MÉRITO DOMINANTE.

7 EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 29.8.2017. FORNECIMENTO DE ALIMENTO ESPECIAL À CRIANÇA PORTADORA DE ALERGIA ALIMENTAR. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. RE 855.178-RG. NECESSIDADE DE FORNECIMENTO DO ALIMENTO PLEITEADO. INEXISTÊNCIA NA LISTA DO SUS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279 DO STF.



como um reforço à justiciabilidade desses direitos (SARLET, 2010). Não há como afirmar a identificação dos direitos fundamentais sociais - ou do caráter prestacional dos direitos fundamentais - apenas com uma vertente objetiva, o que significaria restringir em demasia sua efetividade. Não se sustenta nos dias de hoje, portanto, teorias que pretendam uma restrição das formas de tutela dos direitos fundamentais, como o afastamento de sua dimensão subjetiva (KLATT, 2015), a qual vem sendo amplamente reconhecida na concessão individualizada das decisões.

Por fim, também foi analisada a decisão proferida no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 903.241 do Distrito Federal, cuja ementa transcrevemos:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 10.4.2017. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. EFETIVAÇÃO DE NORMA CRIADORA DE PARQUE ECOLÓGICO. CONSERVAÇÃO E FISCALIZAÇÃO. SEPARAÇÃO DE PODERES. INEXISTÊNCIA DE OFENSA (BRASIL, STF, 2017, p.1).

Em seu voto, o Ministro Edson Fachin, apontou o direito ambiental como direito social, determinando a implementação de políticas públicas nas questões referentes à preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado para a atual geração, bem como para as futuras gerações.

Assim, constata-se que as medidas determinadas pelas instâncias de origem, destinadas à efetiva conservação e fiscalização das áreas de proteção ambiental em exame, não configura violação do princípio da separação de poderes, porquanto não se cuida de ingerência ilegítima de um Poder na esfera de outro. (BRASIL, STF, 2017, p. 2).

Em se tratando de uma ação civil pública o Supremo Tribunal Federal definiu que as medidas determinadas pelas instâncias de origem, destinadas à efetiva conservação e fiscalização das áreas de proteção ambiental, não configuram violação do princípio da separação de poderes, uma vez que não se trata de ingerência ilegítima de um Poder na esfera de outro (BRASIL, STF, 2018).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal confirmou mais uma vez o entendimento majoritário de efetivação de direitos fundamentais, sem jurisdicionar políticas públicas de efetivação coletiva de direitos fundamentais. Há por outro lado, uma argumentação que não se preocupa em realizar uma distinção desses conceitos e que transmite a ideia de que existe uma intervenção, por parte do órgão, em matéria de políticas públicas, quando, de fato, há a concretização de direitos de forma individual.



5 CONCLUSÃO

Nesse íterim, a fim de responder à problemática trazida a este trabalho, qual seja, se há um controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil? Ou existe, por outro lado, determinações de concretização individual de direitos fundamentais sociais? Pode-se inferir a partir dos dados analisados, bem como a partir da análise jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal apenas efetiva direitos individuais sociais não intervindo na criação de políticas públicas para efetivação coletiva dos direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal.

A implementação de políticas públicas por parte do Supremo Tribunal Federal configura-se muito mais como um discurso do que como uma prática, não intervindo o órgão, de fato, nessa seara. Ainda, no que diz respeito aos custos e à necessidade de previsão orçamentária, pode-se perceber que os mesmos devem ser analisados na perspectiva da concretização individualizada de direitos fundamentais sociais, vez que não há a determinação de criação ou mesmo de efetivação de uma política pública.

Assim sendo, o que existe é a confirmação jurisprudencial da possibilidade de intervenção do Tribunal Superior Federal em casos excepcionais, podendo o Poder Judiciário determinar a implementação de políticas públicas sem que isso configure ofensa ao princípio da separação dos Poderes. Contudo, a análise jurisprudencial do órgão revela que não se efetiva um controle jurisdicional de políticas públicas, mas sim uma necessidade individual por meio de uma prestação isolada.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Intervenção judicial na saúde pública**: panorama no âmbito da justiça federal e apontamentos na seara das justiças estaduais. Disponível em: <<http://u.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa---o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2016.

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

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no recurso extraordinário com agravo 903.241**. Relator Ministro EDSON FACHIN. Brasília, DF, 22 de junho de 2018. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 14 ago. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no recurso extraordinário com agravo 1.049.831**. Relator Ministro EDSON FACHIN. Brasília, DF, 27 de outubro de 2017. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 14 ago. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no recurso extraordinário com agravo 1.076.316**. Relator Ministro EDSON FACHIN. Brasília, DF, 22 de junho de 2017.



Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 14 ago. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. **Segundo Agravo Regimental na Suspensão De Tutela Antecipada 674- Ceará**. Relator Ministra Carmem Lucia. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2018. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 14 ago. 2017

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARA, Juan Carlos Gavara de. La dimensión objetiva de los derechos sociales. In: _____. **Cuadernos de derecho Constitucional**. Barcelona: Librería Bosh, 2010.

HACHEM, Daniel Wunder. Derechos fundamentales económicos y sociales y la responsabilidad del Estado por omisión. **Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, n. 1, p. 285-328, 2014.

KLATT, Matthias. Direitos a prestações positivas: quem deve decidir? Controle judicial ponderado. In: ALEXY, R.; BAEZ, N. L. X.; SILVA, R. L. N. da (Org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: [s.n.], 2015. p. 215–266.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A dignidade humana como critério para o controle jurisdicional de políticas públicas: análise crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal. In: LEAL, M. C. H.; COSTA, M. M. M. (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2014.

LEAL, M. C. H.; MAAS, R. H. **O Amicus Curiae e o Supremo Tribunal Federal: fundamentos teóricos e análise crítica**. Curitiba: Multideia, 2014.

LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Jurisdição e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 157-177.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: Estudos de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MICHELMAN, Frank Isaac. A Constituição, os direitos sociais e a justificativa política liberal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Jurisdição e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 131-155.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Lisboa: Coimbra, 2006.

RODRIGUES, Marta Maria Assumpção. **Políticas públicas**. São Paulo: Publifolha, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias de proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanente busca da superação dos fundamentalismos hermenêuticos. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Interpretação constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica**. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 103-140.



DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMANDAS SOCIAIS



EDUCAÇÃO INCLUSIVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: DESAFIOS ATUAIS

INCLUSIVE EDUCATION AS FUNDAMENTAL LAW: CURRENT CHALLENGES

Ana Luiza Barbosa Maciel¹

Tatiana Luiza Rech²

1 INTRODUÇÃO

Pensar a Educação Inclusiva como sendo um “direito fundamental” é partir do pressuposto de que todos têm assegurado o direito à educação regular, independente de suas características individuais. Para tanto, torna-se necessário argumentar que a educação é um direito fundamental, previsto há 30 anos pela nossa lei maior, a *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988. Além disso, uma outra visão é articulada à educação, a qual é vista como um direito humano e um bem público (ZARCO, 2006). Por esse motivo, é dever do Estado assegurar esse direito a todos os cidadãos brasileiros, sem distinção ou discriminação em todos os aspectos.

Na mesma linha, os autores Clovis Gorczewski e Gionara Tauchen (2008) abordam a questão dos Direitos Humanos como sendo

[...] uma forma abreviada e genérica de se referir a um conjunto de exigências e enunciados jurídicos que são superiores aos demais direitos. Superiores porque anteriores ao Estado, porque não são meras concessões da sociedade política, mas nascem com o homem, fazem parte da própria natureza humana e da dignidade que lhe é inerente, e são fundamentais, porque sem eles o homem não é capaz de existir, de se desenvolver e participar plenamente da vida, e são universais, porque exigíveis de qualquer autoridade política, em qualquer lugar. Eles representam as condições mínimas necessárias para uma vida digna. (GORCZEVSKI; TAUCHEN, 2008, p. 66).

Nesse sentido, pode-se perceber que o Estado tem a obrigação de atender a todos os seus cidadãos, dando-lhes condições dignas para facilitar a sobrevivência e a convivência com as demais pessoas. Para tanto, a *Constituição Federal de 1988*, no

1 Graduada em Pedagogia – Licenciatura pela Universidade Estadual do Rio Grande do Sul (UERGS), Pós-graduanda em Educação Especial e Inclusiva pelo Centro Universitário Leonardo Da Vinci (UNIASSELVI). E-mail: analuizamaciel90@gmail.com

2 Doutora em Educação pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora Adjunta na Universidade Estadual do Rio Grande do Sul (UERGS). Integrante do Grupo de Estudo e Pesquisa em Inclusão (GEPI/CNPQ) e do Grupo de Estudos e Pesquisas em Currículo e Pós-modernidade (GEPCPós). E-mail: tatianarech@yahoo.com.br



artigo 3º, inciso IV, expressa que um dos seus objetivos fundamentais é “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988, p. 1). Sendo assim, justifica-se abordar a questão da inclusão escolar de crianças com deficiências, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação nas escolas regulares — público-alvo da Educação Inclusiva na visão do Ministério da Educação (MEC) —, visto que, na realidade atual, nem sempre esse direito tem sido assegurado dentro do espaço escolar.

Com relação à garantia da entrada e permanência dos alunos brasileiros na escola regular, a *Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN)*, Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, contemplou a inclusão de “todos” os alunos nas escolas de ensino regular. Assim, pode-se observar que o termo “todos” é analisado como uma expressão referente a todos os alunos com ou sem deficiência, pois todo educando tem necessidades e dificuldades distintas no seu processo de aprendizagem.

Ao encontro disso, fazendo uso da atual Constituição Federal, a qual expõe em seu artigo 208, inciso III, que é dever do Estado, através da educação, garantir às pessoas com deficiência um atendimento educacional especializado, sendo esse atendimento, de preferência, oferecido em escolas regulares de ensino, defende-se problematizar a Educação Inclusiva como direito fundamental. Partindo desse princípio, o presente estudo buscou verificar a seguinte questão-problema: Quais são os desafios enfrentados pelas equipes diretivas e outros membros do corpo escolar para incluir um aluno com deficiência numa escola de Educação Infantil no município de Cruz Alta/RS?

Em razão disso, algumas indagações foram levantadas, sendo elas: O que os professores das escolas municipais de Educação Infantil entendem por Educação Inclusiva? Como está ocorrendo o processo de inclusão desse(a) aluno (a) com deficiência? Como as equipes diretivas e os outros membros do corpo escolar enxergam a inclusão nas escolas em que atuam? E, por fim, como a inclusão acontece?

Cabe ressaltar que as discussões acerca das questões propostas serão problematizadas na seção “Resultados e Discussões”, a fim de propor um melhor entendimento da temática. A seguir, será apresentada a metodologia deste estudo.



2 METODOLOGIA

Metodologicamente, utilizou-se uma pesquisa de cunho qualitativo.³ A investigação sucedeu-se a partir de dois tipos de pesquisa: a pesquisa de campo e a pesquisa bibliográfica,⁴ a fim de alcançar os objetivos descritos neste estudo.

Ressalta-se que a partir da pesquisa de campo foi realizado um mapeamento em todas as escolas públicas da rede municipal de ensino infantil e equivalentes da cidade de Cruz Alta/RS, tendo como finalidade verificar quais instituições possuíam alunos incluídos. Posteriormente, foi realizada a aplicação de questionários às diretoras, às professoras e às monitoras das escolas pesquisadas.

Cabe destacar que a pesquisa de campo tem como característica aspectos investigativos que transcendem a pesquisa documental ou bibliográfica (FONSECA, 2002). A partir desse contexto, salienta-se que a coleta dos dados e, respectivamente, as análises, foram fundamentadas teoricamente, objetivando elucidar e compreender a questão problema investigada. A fim de dar mais rigor à pesquisa, realizou-se uma pesquisa bibliográfica e documental, com o intuito de examinar documentos legais, artigos e livros alusivos à temática da investigação, ou seja, a “Inclusão na Educação Infantil”.

Salienta-se que os sujeitos da pesquisa foram 8 (oito) diretoras⁵ das instituições de ensino pesquisadas do município de Cruz Alta/RS, seguido de 10 (dez) professoras,⁶ 2 (duas) monitoras⁷ e 1 (um) membro da Secretaria Municipal de Educação (SME), o qual é responsável pelo setor do Atendimento Educacional Especializado (AEE). Cabe salientar que participaram da pesquisa 2 (duas) escolas de Educação Infantil, 4 (quatro) escolas de Ensino Fundamental e 2 (duas) escolas de Educação Especial. Dessas, 7 (sete) educandários são vinculados à Rede Municipal de Ensino e 1 (uma) escola de Educação Especial é apontada como uma Organização Não Governamental (ONG).

3 De acordo com a autora Maria Cecília de Souza Minayo (1994), a pesquisa qualitativa responde a questões muito particulares. Ela se preocupa, nas ciências sociais, com um nível de realidade que não pode ser qualificado. Ou seja, ela trabalha com o universo de significados, motivos, aspirações, crenças, valores e atitudes (MINAYO, 1994, p. 22).

4 O autor Antônio Carlos Gil (2002) explica que “a pesquisa bibliográfica é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos. Não é aconselhável que textos retirados da Internet constituam o arcabouço teórico do trabalho monográfico” (GIL, 2002, p. 74).

5 Cabe salientar que 3 (três) diretoras pertencem a escolas municipais de Educação Infantil, 3 (três) diretoras atuam em instituições de Ensino Fundamental – Anos Iniciais e Finais que possuem pré-escola e, 2 (duas) diretoras exercem suas atividades em Escolas Especiais.

6 Vale ressaltar que, 3 (três) professoras atuam em escolas de Educação Infantil, 3 (três) professoras trabalham na pré-escola em instituições de Ensino Fundamental – Anos Iniciais e Finais e 4 (quatro) professoras pertencem a Escolas de Educação Especial.

7 É importante destacar que uma monitora pertence à escola de Educação Infantil e a outra monitora atua na pré-escola, em uma instituição de Ensino Fundamental – Anos Iniciais e Finais.



Nessa perspectiva, ressalta-se que os instrumentos de coleta de dados empregados na pesquisa foram questionários semiestruturados às diretoras, professoras e monitoras das instituições de ensino pesquisadas. Além disso, foi realizada uma entrevista com um membro responsável pelo Atendimento Educacional Especializado (AEE) em Cruz Alta/RS. Cabe salientar que todas as questões abordadas nos questionários foram de suma importância para compreendermos os desafios enfrentados pelas equipes diretivas e outros membros da comunidade escolar, principalmente no que se refere ao processo de inclusão na Educação Infantil em uma escola de ensino regular.

Nesse sentido, a coleta de dados foi organizada em duas fases. Na primeira fase foi realizado um mapeamento, a fim de verificar quantas escolas públicas da Rede Municipal de Educação Infantil e demais instituições ofereciam pré-escola ou prestavam atendimento a crianças de zero a cinco anos no município de Cruz Alta/RS. A partir disso, foram analisadas quantas instituições municipais possuíam alunos incluídos. Na segunda fase, foram aplicados os questionários às diretoras, professoras e monitoras e realizada a entrevista com um membro do AEE da Secretaria Municipal de Educação de Cruz Alta/RS. Após a coleta dos materiais da pesquisa, os dados foram organizados e classificados, analisados a partir de categorias⁸ analíticas, em forma de quadros, o que contribuiu para o desenvolvimento das investigações finais.

3 RESULTADOS

Esta seção contempla a análise dos resultados obtidos a partir das análises de dados pertinentes aos questionários aplicados e à entrevista realizada com os sujeitos da pesquisa, isto é, com as diretoras, professoras e monitoras das escolas pesquisadas, juntamente com o membro responsável pelo AEE da Secretaria Municipal de Educação de Cruz Alta/RS.

Diante dos resultados obtidos, foi definida a categoria analítica intitulada *Inclusão escolar: desafios e possibilidades no cotidiano das escolas regulares*. Ao examinar os questionários, percebeu-se a necessidade de analisar três questões que foram as mais significativas para essa categoria.

Para compreender a concepção das professoras diante da temática, foi realizada a seguinte questão: *O que você entende por Educação Inclusiva?* Os sujeitos da pesquisa responderam o seguinte:

⁸ Segundo a autora Laurence Bardin (2011) a categorização é uma operação de classificação de elementos constitutivos de um conjunto, por diferenciação e, seguidamente, por reagrupamentos segundo o gênero (analogia), com os critérios previamente definidos. As categorias são rubricas ou classes, as quais reúnem um grupo de elementos (unidades de registros, no caso da análise de conteúdo) sob um título genérico, agrupamento esse efetuado em razão dos caracteres comuns destes elementos. (BARDIN, 2011, p. 147).



“Não concordo muito com essas palavras, pois todos têm direitos à Educação conforme consta na Constituição Federal. Mas, como criou-se este tema, penso que Educação Inclusiva abrange muitas fronteiras, a deficiência, o gênero e outros” (Professora A).

“A educação é para todos. Então, “Educação Inclusiva” dá entender que o aluno está fora dos parâmetros e tem que incluí-lo.” (Professora B).

“Busca interagir o aluno especial com a turma, porém muitas vezes o espaço não é adequado para esta inclusão” (Professora G).

“Aquele que proporciona suporte para o desenvolvimento integral do aluno” (Professora I).

Como já se sabe, a Educação Inclusiva é aquela que acolhe a todos os alunos, indistintamente, independente das diferenças de origem étnica, social, cultural, gênero ou até mesmo se a pessoa apresenta algum tipo de deficiência.

Para o autor Boaventura de Souza Santos (2003) a Educação Inclusiva é vista como “respeitadora das diferenças de concepções alternativas da dignidade humana” (p. 25). Em outras palavras, a Educação Inclusiva é essencial para que todos os estudantes sejam respeitados e atendidos de acordo com as suas especificidades, tendo como intuito o ato de acolher e aceitar esses seres humanos no ambiente escolar. Sendo assim, ela se estende a todos os alunos e proporciona a inclusão das minorias nos grupos socializadores.

Ao encontro disso, ao ler os excertos acima percebe-se que há diversas opiniões sobre a temática da Educação Inclusiva. Em razão disso, analisou-se a resposta da Professora “A”, a qual acredita que a “Educação Inclusiva abrange muitas fronteiras, a deficiência, o gênero e outros”. Com isso, pode-se dizer que a Educação Inclusiva promove o olhar pela diferença na escola. Para complementar, busca proporcionar a todas as pessoas uma educação mais justa e de qualidade, para que todos possam consolidar conhecimentos, sem menosprezar o respeito pela singularidade de cada um.

No entanto, a Professora “F” afirmou que,

a Educação Inclusiva é aquela em que o aluno com deficiência participa ativamente das atividades em sala de aula e no ambiente escolar. Mas, para que isso ocorra a direção, os funcionários e o professor devem estar preparados para atender esse aluno incluído. Acredito que a escola deve ter uma boa infraestrutura para ser inclusiva. Só que isso não acontece na realidade. (Professora F).

Nessa perspectiva, percebe-se que a Educação Inclusiva é vista como um desafio para as escolas, pois denota-se que a maioria das instituições de ensino regular no Brasil encontra-se despreparada para receber e atender o público-alvo, principalmente



no que tange à infraestrutura necessária. Nessa perspectiva, é importante lembrar que, em nosso país, contamos com a Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva, de 2008, criada pelo Ministério da Educação (MEC) com o intuito de garantir:

[...] o acesso, a participação e a aprendizagem dos estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação nas escolas regulares, orientando os sistemas de ensino para promover respostas às necessidades educacionais. (BRASIL, 2008, p. 10).

Ainda na esteira desse pensamento, torna-se fundamental pensarmos sobre a seguinte questão: Se a educação é para todos, conforme a legislação brasileira, por que estamos discutindo a necessidade de garantirmos “Educação Inclusiva” em nosso país? Isto, inclusive, parece redundante, visto que a educação é um direito fundamental e está prescrita na nossa lei maior, a Constituição Federal de 1988.

Quando questionadas sobre: *Como está ocorrendo o processo de inclusão do seu aluno (a) com deficiência?* as professoras responderam que:

“Aqui na escola trabalho com alunos de diversas deficiências já citadas acima, todos são trabalhados e desenvolvem-se de acordo com suas particularidades” (Professora A).

“Aqui na escola trabalhamos com todos os tipos de deficiências, desenvolvendo suas potencialidades” (Professora B).

“Trabalhamos especialmente com AEE” (Professora C).

“Dentro da normalidade” (Professora D).

“O aluno participa das atividades escolares de acordo com a sua realidade, respeitando sua deficiência” (Professora E).

“Muito bem, eles se adaptaram muito bem à escola e os colegas ajudam muito eles com muito carinho, entendimento e respeito dos seus limites” (Professora F).

“O que tem traços de autismo interage com a turma, as vezes ignora as atividades. A aluna com deficiência intelectual está em fase de adaptação” (Professora G).

“É aquela em que a criança interage normalmente com as demais. Onde o aluno especial é visto como os demais tanto na escola como na vida diária” (Professora H).

“Da parte dos outros alunos, ele é superprotegido. Da minha parte como professora ele é tratado como todos os outros fazendo as mesmas atividades” (Professora I).

“Em pouco tempo nos adaptamos um ao outro, tudo com muito envolvimento, paciência, cuidado e principalmente com amor” (Professora J).



É interessante nos reportarmos ao princípio de criação da escola, a fim de observar que a necessidade de instrução é extremamente longínqua. Tão antiga que, no século XVI, Comenius já falava sobre a ideia de “Educar tudo e todos”, que seria “um método com o qual se pudesse concretizar a pansofia” (NARODOWSKI, 2006, p. 75), pois a sua ideia estava voltada à possibilidade de educar as pessoas. No entanto, ao analisar-se essa ideologia utópica de Comenius para a nossa realidade contemporânea, ver-se-á que, nas escolas, há certa necessidade de normalizar as pessoas a um “[...] discurso binário que compreende certo e errado, bom e mau, normal e anormal, aquele que aprende e aquele que não aprende [...]” (ACORSI, 2009, p. 173), entre outras classificações.

Ao encontro disso, faz-se necessário analisar a resposta da “Professora D” que, ao ser questionada sobre como está acontecendo o processo de inclusão de algum aluno com deficiência na sala de aula, afirma estar ocorrendo “dentro da normalidade”. Para esta resposta cabe, neste momento, uma discussão, mesmo que breve, sobre a noção de norma e normalidade.⁹

Segundo Tatiana Luiza Rech (2010), a norma seria a homogeneização dos sujeitos, que visa eliminar as diferenças de alunos anormais ou não aprendentes e transformá-los num aluno ideal. De acordo com a autora, essas práticas tendem a classificar os estudantes a partir da norma e colocá-los em ambientes diferenciados. Ao encontro disso, pode-se notar que nesses ambientes são estabelecidas estratégias de normalização que objetivam a correção de sujeitos, a fim de enquadrá-los num sistema de maquinaria escolar (SCHEID, 2007) que tem como propósito a inclusão de todos os alunos.

Em razão disso, pode-se observar que a norma irá servir como modelo de conduta para discernir o normal do anormal, considerando-se o normal como o bom, o inteligente. De certa forma, pode-se dizer que a norma é histórica, contextual e social, por isso ela determina o normal e o anormal.

Em continuidade a esse pensamento, François Ewald (1993) explica que a normalidade será restrita somente àqueles que mantiverem “[...] as operações entre normal e anormal ou entre normal e patológico” (EWALD, 1993, p. 79), para posteriormente serem enquadrados numa média e fazer parte da zona de normalidade dentro da norma. Portanto, pode-se considerar que é “[...] dessa zona de normalidade que se constituirá o processo de normalização [...]” (ACORSI, 2009, p. 175), isso quer dizer que a escola irá trazer os alunos considerados anormais para a zona de normalidade, na tentativa de torná-los normais.

É a partir desse contexto que será apresentada outra visão em relação a esses alunos que não se enquadram nessa zona de normalidade. Diante disso, coloca-se

9 Entre os séculos XVII e XVIII surgiram na sociedade os debates sobre a normalidade e noção de norma.



o relato da “Monitora B”, a qual comenta algumas situações sobre o processo de inclusão de um aluno com deficiência, quando diz: “[...] vejo muita cobrança, e de certa forma um preconceito, já ouvi dizerem que ‘o aluno atrapalha o desenvolvimento dos demais colegas’, e, também, a tal pergunta ‘o incomodativo não veio hoje?’ Vejo a inclusão como um ‘incluir para excluir’” (Monitora B).

Considera-se esse argumento de suma importância, pois mostra a realidade do aluno com deficiência na sala de aula. É a partir desse contexto que se pode observar que o aluno se encontra “incluído” em sala de aula, mas isto não garante que a inclusão em si esteja de fato acontecendo. Ao encontro disso, surge o questionamento, será que inserir um aluno com deficiência no âmbito escolar é inclusão? Mas, ao analisar-se com mais detalhes é possível notar que a inclusão não ocorre e, sim, a “in/exclusão” (VEIGA-NETO, 2011), em outras palavras, seria incluir um aluno com deficiência para excluí-lo, ou seja, pode-se verificar que a inclusão não ocorre de fato nas escolas.

A fim de dar continuidade à problematização, abaixo será transcrita uma parte da entrevista com o membro da Secretaria Municipal de Educação responsável pelo Atendimento Educacional Especializado (AEE) na cidade de Cruz Alta/RS. Ao ser questionado sobre “O que vocêalaria para aquele professor que está recebendo um aluno que tenha alguma deficiência em sua sala de aula?”, o sujeito da pesquisa explanou:

“Eu penso que a primeira questão é o olhar. Acredito que o professor tem que ter sensibilidade e não só estudo. Claro! O estudo vem para contribuir, para nos dar um suporte, mas a sensibilidade é muito importante para observar e ajudar aquele aluno com deficiência. Penso que nós temos muitos problemas dentro da educação, mas parece que alguns professores massacram aquele aluno com deficiência, afirmando que tem um “deficiente” em sala de aula, rotulando-o como se fosse apenas um número. Por essa razão, nós estamos trabalhando com essa parte da sensibilização com os nossos professores, para que eles possam entender que antes da deficiência há uma pessoa. Considero que é através da sensibilização do professor, que ele precisará buscar conhecimento e querer aprender, e não apenas ver o aluno com deficiência como um empecilho. Claro! Que a inclusão desse aluno irá desacomodar esse profissional e fazer com que ele pense diferente, além de modificar todo o planejamento curricular, pois a forma que esse professor irá trabalhar será bem singular.” (MEMBRO DA SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO DE CRUZ ALTA/RS).

Pode-se observar que, “o aluno que não tem um comportamento dito ideal para a escola, mesmo estando incluído, é excluído, pois a escola ainda espera resultados iguais ou, pelo menos, parecidos [...]” (SILVEIRA, 2007, p. 122) com aqueles alcançados pelos ditos normais.



De acordo com Alfredo Veiga-Neto (2000), Immanuel Kant pode ter sido a primeira pessoa a identificar a “[...] escola moderna como a grande instituição envolvida com o disciplinamento dos corpos infantis” (VEIGA-NETO, 2000, p. 9). Dessa maneira, a escola passou a funcionar como uma máquina disciplinadora. É a partir desse contexto que, quando se olha para os alunos que se encontram fora desse padrão disciplinador, — aqueles sujeitos que não estão seguindo tal modelo de conduta, o que é o correto aos olhos da escola —, vê-se que esses alunos passam a ser rotulados por seus comportamentos, sendo vistos pelos seus professores como crianças bagunceiras e indisciplinadas.

Quando as diretoras e as professoras, juntamente com as monitoras, foram questionadas sobre: “*Como você enxerga a inclusão na sua escola? Como ela acontece?*”, responderam que:

“Os alunos que estão incluídos na escola participam de todas as atividades propostas, as professoras adaptam os espaços e as atividades de acordo com as possibilidades” (Diretora E).

“Acontece de forma natural. Todos são iguais e todos aprendem juntos” (Diretora F).

“A inclusão na nossa escola é vista como uma escola que prepara o aluno para ser independente e que tenha os seus direitos e deveres como uma pessoa dita normal” (Diretora G).

“Boa, só que os professores deveriam ter cursos de especialização para poder atender esses alunos com mais precisão e sanar suas dificuldades” (Professora F).

“Se enxerga a inclusão na escola de forma que ela não está preparada, pois não temos espaços adequados, recursos acessíveis e profissionais para atender a inclusão. Acontece de forma obrigatória, regida por lei, sem qualificação adequada de profissionais” (Professora G).

A partir desse questionamento sobre a inclusão, pode-se observar nas respostas das participantes entrevistadas que o processo de inclusão do aluno com deficiência está acontecendo de “forma normal” em algumas escolas de ensino infantil. É importante salientar que, “ter uma pessoa com deficiência sentada ao lado de outras ditas normais não garante o lugar de normalidade [...]” (LOPES, 2007, p. 29). De certa forma, se faz necessário romper com as ideias que representam o “excepcional”, o “aluno especial”, o “diferente”, entre outras características.

Pode-se notar que a “Professora G” ressalta que a inclusão ocorre de “forma obrigatória”, pois a lei determina a inclusão do aluno com deficiência e, ainda, relata que não se sente preparada, pois não há espaços adequados na escola em que trabalha. Se faz necessário destacar que na Resolução nº 021/2014, no artigo 4º, consta que



a instituição de ensino tem a obrigação de atender “[...] as pessoas com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação [...]” (CRUZ ALTA/RS, 2014, p. 2) independente das condições emocionais, intelectuais, físicas, sociais ou linguísticas. Para isso, o atendimento a essas pessoas com deficiência deve ser realizado em classes comuns da Rede Regular de Ensino, sendo que as mesmas podem ser atendidas em todas as modalidades de ensino.

A “Professora G” acrescenta que não tem os recursos pedagógicos na instituição e falta qualificação profissional para atender esse perfil de aluno. De acordo com a Lei nº 9.394, de dezembro de 1996, no artigo 58, parágrafo 3º, as creches e as escolas de educação infantil devem receber as crianças com deficiências, a partir de zero ano, para que elas possam receber os cuidados diários de estimulação precoce para o seu desenvolvimento cognitivo, físico e sensorial durante a Educação Infantil.

Ainda falando sobre como ocorre o processo de inclusão das crianças com deficiência, a “Monitora B” salienta que:

“Pelo que eu tenho percebido, o aluno com deficiência é incluído, mas o professor da turma não oferece nenhuma atividade diferenciada para esse aluno, as atividades desenvolvidas ficam a cargo do monitor que não tem especialização nenhuma. E existe muita cobrança por parte dos pais desse aluno, onde querem que o aluno se desenvolva igual aos demais, mas infelizmente por suas limitações isso não acontece” (Monitora B).

Ao encontro disso, é essencial que a comunidade escolar se preocupe em pensar sobre a inclusão, para que ela ocorra de fato, a fim de que esse aluno incluído possa participar ativamente das atividades escolares, assim como os demais alunos. Contudo, há inúmeras barreiras que devem ser quebradas e, também, há muitos desafios que podem ser superados. Isso será possível se os professores, diretores e a comunidade escolar se unirem para combater esse pessimismo dos acomodados, essa descrença que tanto aflige algumas escolas. É preciso união e parcerias para que todos os alunos, indistintamente, possam receber educação de qualidade, igualitária, sem contar a necessidade de preservar o respeito à diversidade no âmbito escolar.

4 CONCLUSÃO

Considerando que o objetivo principal desta pesquisa foi verificar quais são os desafios enfrentados pelas equipes diretivas e outros membros da comunidade escolar para incluir um aluno com deficiência numa escola de Educação Infantil no município de Cruz Alta/RS, pode-se concluir que:

I – A gestão escolar e outros membros da comunidade escolar têm inúmeros



desafios e barreiras para serem derrubadas e vencidas. Dentre as mais relevantes estão as modificações e adaptações na infraestrutura das escolas e, também, as transformações de fato no processo de inclusão das crianças com deficiência, no currículo e na qualificação dos professores.

II – Outro dado constatado é que o processo de inclusão dessas crianças com deficiência está acontecendo de “forma normal” e até mesmo de “forma obrigatória” em algumas instituições municipais de ensino regular.

Com o intuito de finalizar esta pesquisa, salienta-se que o objetivo do estudo foi alcançado, uma vez que esta investigação procurou conhecer os desafios enfrentados nas escolas municipais de Educação Infantil para incluir uma criança com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação no município pesquisado.

REFERÊNCIAS

ACORSI, Roberta. Tenho 25 alunos e 5 inclusões. In: LOPES, Maura Corcini; HATTGE, Morgana Domênica. **Inclusão escolar**: conjunto de práticas que governam. Belo Horizonte: Autêntica, 2009. p. 169-184.

BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 229.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988.

_____. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Lei n. 9394, 20 de dezembro de 1996. Brasília: Presidência da República, 1996. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. **Política Nacional de Educação Especial na perspectiva da Educação Inclusiva**. Brasília: MEC; SEESP, 2008a. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

EWALD, F. **Foucault, a norma e o direito**. Lisboa: Veja, 1993.

GORCZEWSKI, Clovis; TAUCHEN, Gionara. Educação em direitos humanos: para uma cultura da paz. **Educação**, Porto Alegre, v. 31, n. 1, p. 66/74, jan./abr. 2008. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/faced/article/view/2760/2107>>. Acesso em: 20 ago. 2018

CRUZ ALTA/RS. **Resolução CME nº 021/2014**. Estabelece Normas e Diretrizes Curriculares para a oferta da modalidade da Educação Especial e institui Diretrizes Operacionais para o Atendimento Educacional Especializado – AEE na Educação Básica, modalidade Educação Especial, nas Instituições do Sistema Municipal de Ensino de Cruz Alta/RS, 2014.

FONSECA, J. J. S. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.



MINAYO, M. C. S. **Pesquisa social**: teoria, método e criatividade. Rio de Janeiro: Vozes, 1994.

NARODOWSKI, Mariano. **Comenius & a educação**. Tradução de Alfredo Veiga-Neto. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2006. p. 75-98.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 25.

SCHEID, Matilde. **Saberes, correção e normalização no contexto da Educação Especial**. 109 f. Dissertação (Mestrado em Educação - Programa de Pós-Graduação em Educação)– Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007.

SILVEIRA, P. B. Alunos não-aprendentes. In: LOPES, M. C.; DAL'IGNA, M. C (Coord.). **In/exclusão**: nas tramas da escola. Canoas: Ed. ULBRA, 2007. p. 115-132.

RECH, Tatiana Luiza. **A emergência da inclusão escolar no Governo FHC**: movimentos que a tornaram uma “verdade” que permanece. 2010. 186f. Dissertação (Mestrado em Educação - Programa de Pós-Graduação em Educação)– Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2010.

VEIGA-NETO, Alfredo. Espaços, tempos e disciplinas: crianças ainda devem ir a escola? In: SIMPÓSIO ESPAÇOS E TEMPOS ESCOLARES. **Anais...** Linguagens, espaços e tempo no ensinar e aprender. Rio de Janeiro: DP&A, 2000. p. 09-20. Disponível em: <<http://www.lite.fe.unicamp.br/cursos/nt/ta5.4.htm>>. Acesso em: 05 set. 2017.

_____. Incluir para excluir. In: LARROSA, J.; SKLIAR, C. **Habitantes de Babel**: políticas e poéticas da diferença. Belo Horizonte: Autêntica, 2011. (Capítulo 6, p. 105-118).

ZARCO, Carlos. **Um breve balanço e os principais desafios**. In: CAMPANHA Nacional pelo Direito à Educação. A educação na América Latina: direito em risco. São Paulo: Cortez, 2006.



A MULHER NEGRA E A TRÍPLICE DISCRIMINAÇÃO

THE BLACK WOMAN AND THE TRIPLE DISCRIMINATION

Evaldo Lourenço de Lima¹

1 INTRODUÇÃO

O Brasil é um país multirracial, em razão da diversidade de sua população que se formou no decorrer de sua história. Os primeiros habitantes originários foram indígenas e posteriormente apareceram os europeus “descobridores” e exploradores do Brasil, colônia de Portugal e, no seu intuito de explorar as novas terras tentaram usar a mão de obra indígena escravizando-a, porém não deram os resultados esperados, fazendo com que buscassem outra alternativa, a escravização do negro.

A partir dessa entrada forçada do africano no Brasil, como mão de obra escrava, o negro começou a fazer parte e a compor a população brasileira, sobrevivendo a todo tipo de exploração, sendo arrancado de suas terras, de seus familiares, de suas tribos e trazido como escravo para terras brasileiras.

Aqui, a fim de não se criarem núcleos de uma mesma tribo e, evitar rebeliões, os negros eram misturados com outras tribos com dialetos, religiões, costumes diferentes apesar de serem do mesmo continente africano, perdendo suas identidades. Aliado a isso, ainda sofreram as discriminações apontadas pelas teorias raciais do século XIX, que consideram os negros, mestiços e índios raças inferiores.

Após o período escravista, como o Brasil precisava de uma população definida e, de indivíduos brancos para ser aceito na comunidade internacional houve a tentativa, por parte dos que estavam no poder, de devolver os negros ao continente africano no intuito de diminuir a população negra do Brasil e também foram submetidos à teoria do branqueamento, porém tais tentativas de tornar a população brasileira de brancos fracassaram, tendo que se enaltecer a mestiçagem e, sendo esta reconhecida como a população brasileira.

Este trabalho visa, por meio de pesquisa bibliográfica e com os números apresentados pelo IBGE/IPEA, demonstrar a tripla discriminação sofrida pela mulher negra no Brasil.

¹ Mestrando em Direito (UNESC), Especialista em Contabilidade Gerencial – Controladoria (UNESC) e Graduado em Administração (UNESC), Graduado em Ciências Contábeis (UNESC) Graduado em Direito (UNISUL). Participante dos grupos de pesquisas: Núcleo de Pesquisa em Direitos Humanos e Cidadania – NUPEC e do Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos, Relações Raciais e Feminismos. E-mail: evaldoldelima@terra.com.br.



Em um primeiro momento, com base no Censo/2010 (IBGE/IPEA), se situa a mulher no contexto populacional brasileiro em relação aos homens e entre elas mesmas por cor/raça; posteriormente se delineia os números apresentados, sobre os quais se percebe a discriminação de gênero sofrida pela mulher de modo geral, principalmente no campo do trabalho e da política, apesar de na educação estar colocada acima do gênero masculino. Entretanto, quando se trata da mulher negra, salta aos olhos a discriminação racial, tanto em relação ao homem branco, quando à mulher branca.

Em consequência dessas duas discriminações - gênero e raça - sofridas pelas mulheres negras, origina-se a terceira discriminação, a de classe social, razão da tríplice discriminação.

2 SITUAÇÃO DA MULHER E DA MULHER NEGRA, EM GERAL E NA EDUCAÇÃO, TRADUZIDA PELOS NÚMEROS

As pesquisas recentes e seus números apontam o Brasil como sendo o país que possui mais negros fora do continente africano, só perdendo para a Nigéria como país de maior concentração.

No último Censo/2010 (IBGE/IPEA) os números já apontavam que a maioria da população brasileira é composta de pretos e pardos, ultrapassando a população branca.

Assim, em 2010, o Brasil contava com uma população de 190.755.799 habitantes, dos quais 91.051.646 se classificaram como brancos (47,73%), 14.514.961 como pretos (7,61%), 82.277,333 como pardos (43,13%), 2.084.288 como amarelos (1,10%) e 817.963 indígenas (0,43%). Portanto, pretos e pardos somavam 97 milhões, ou seja, 50,7% da população brasileira.

Em um quadro comparativo apresentado pelo IBGE/IPEA (2010), a tendência do crescimento da população negra (pretos/pardos) em relação à branca é de crescimento, ou seja, cada vez mais o Brasil se torna um país de mestiços.

A população branca, no ano de 2000, era de 53,7% do total da população do Brasil; em 2010, representava somente 47,7% desse total; a população preta representava 6,2% do total da população brasileira e, em 2010, subiu para 7,6%; a população de pardos, em 2000, era de 38,5% do total e, em 2010, passou a representar 43,1% de toda a população brasileira.

Apesar da maioria da população brasileira ser formada de pretos e pardos, esses dois segmentos, no decorrer da história do Brasil, sofreram e, ainda continuam, nos dias atuais, sofrendo discriminações e preconceitos em razão da sua cor, independentemente de gênero.



Dentro dessa quantificação da composição da população brasileira, de acordo com o Censo/2010, a mulher tem um papel importante, não só sendo a maioria dessa composição, mas contribuindo para o desenvolvimento econômico e, assumindo responsabilidades, estando à frente de muitas famílias brasileiras.

De acordo com o Censo/2010, a população do Brasil era de 190.755.799 habitantes e, deste total, 93.406.990 eram do sexo masculino, o que representa 48,96% e 97.348.809 eram do sexo feminino, representando 51,04%.

Desse universo feminino, 47.399,158 são mulheres que se declararam brancas (48,69%); 6.991.350, pretas (7,18%); 41.415.469, pardas (42,54%); 1.132.884, amarelas (1,16%) e 408.056 se declararam indígenas (0,42%). Esses números divulgados pelo Censo/2010 demonstram que a sua maioria é composta por mulheres negras (pretas/pardas), na concepção do próprio IBGE, totalizando 48.406.819 (49,72%), isto sem levar em consideração os números das mulheres não brancas (amarelas/indígenas) e de 1.862 não houve declaração de cor (0,01%).

O IBGE/IPEA, por meio de seu último Censo/2010, apresentou números interessantes em relação à alfabetização da população brasileira. Como neste trabalho o foco é a mulher negra (preta/parda) serão mencionados os números referentes às mulheres a partir dos 5 anos ou mais de idade, cujos parâmetros são os mesmos do Censo/2010.

A população feminina de 5 anos ou mais de idade perfaz um total de 90.569.638. Deste total 44.076.294 são brancas (48,66%); 6.678.542 são pretas (7,37%); 38.380.241, pardas (42,38%); 1.074.655, amarelas (1,18%); 358.136, indígenas (0,40%) e 1.770 sem declaração de cor (0,01%).

As mulheres alfabetizadas somam 81.188.216 e na composição desse número tem 40.985.778 mulheres brancas; 5.704.050, pretas; 33.260.665, pardas; 975.309, amarelas; 260.968, indígenas e 1.446 mulheres sem declaração de cor. Em consequência, dos números de mulheres alfabetizadas restaram 9.381.422 não alfabetizadas, destas 3.090.516 são brancas; 974.492 são pretas; 5.119.576 pardas; 99.346 amarelas; 97.168 indígenas e 324 mulheres não declararam a cor.

Em termos quantitativos, o universo das mulheres negras (pretas/pardas) não alfabetizadas é o mais representativo, pois soma 6.094.068 de um total de 45.058.783 delas, perfazendo um percentual de 13,53%.

Individualmente, as mulheres declaradas pardas têm um percentual de 13,34% compondo o grupo das não alfabetizadas; as pretas somam 14,54%; amarelas, 9,24%; indígenas, 27,13%. As mulheres indígenas não alfabetizadas em relação ao grupo total de mulheres têm pouca representatividade, mas em relação a elas próprias é um número bem significativo, pois de um total 358 mil índias, 100 mil são não alfabetizadas. As mulheres não brancas (pretas/pardas/ amarelas/indígenas), em relação às mulheres brancas são as que apresentam menor percentual, somente



7,01% são não alfabetizadas.

Esses números só vêm ratificar as desigualdades existentes entre as mulheres negras (pretas/pardas) que é o foco do presente trabalho, em relação às mulheres brancas, porquanto àquelas são triplamente discriminadas em razão do sexo, da raça e da classe social em todos os setores da sociedade, principalmente no que tange ao mundo da política e do trabalho. As mulheres brancas, em razão de também viverem em um país tradicionalmente machista, são discriminadas pelo sexo e, senão quando, pela classe social, sendo discriminadas bem menos do que as mulheres negras, já que não trazem a mácula do passado e de sua negritude.

As pesquisas atuais sobre gênero (IBGE, 2018) mostram que as mulheres estudam mais do que os homens, e que a desigualdade em razão da cor ou raça perdura na educação mesmo com os avanços, nesse campo, pela existência de políticas públicas visando acesso ao ensino superior.

Com base nos dados de 2016, e levando em consideração a população de 25 anos ou mais de idade com ensino superior completo, a pesquisa demonstra o crescimento das mulheres em relação aos homens, mas também deixa claro que as desigualdades em razão da cor perduram na educação, e com números expressivos das pessoas brancas em relação às negras (pretas/pardas). Em 2016, homens brancos acima de 25 anos que possuíam ensino superior completo eram 20,7% e as mulheres brancas totalizavam 23,5%. Também houve crescimento da mulher negra em relação ao homem negro, porém a disparidade entre estes grupos e o das pessoas brancas é enorme. No mesmo período apurado pela pesquisa, homens negros (pretos/pardos), que tinham ensino superior completo, eram 7,0% e mulheres negras (pretas/pardas) somavam 10,4%.

Já no Censo/2010 (IBGE/IPEA) a população brasileira era na sua maioria composta por pessoas não brancas, e a tendência era de crescimento dessa população, portanto, não justifica essa disparidade entre pessoas brancas e negras, isto só no setor da educação, porquanto, outros setores da sociedade também demonstram a supremacia das pessoas brancas, como é o caso do trabalho e da política.

Enquanto o homem branco maior de 25 anos atinge um patamar de 20,7% com ensino superior completo, o homem negro chega somente a 7,0%, ou seja, é o triplo de vezes menor. A mulher negra não é diferente, atingiu 10,4%, enquanto que a mulher branca chegou a 23,5%, equivalente a 2,3 vezes ao patamar atingido pelas mulheres negras.

Prova de que essas desigualdades entre pessoas brancas e negras são históricas, e, pelos números apresentados no Retrato das Desigualdades (IPEA, 2015) elas irão se perpetuar no tempo, já que os números mostram que entre 1995 e 2015, a população adulta branca com 12 anos ou mais de estudo duplicou, passando de



12,5%, em 1995, para 25,9%, em 2015. No mesmo período, a população adulta negra com 12 anos ou mais de estudo passou de 3,3% para 12%, o que demonstra o imenso abismo entre esses dois grupos, pois somente depois de 20 anos a população negra atinge o patamar que a população branca já havia atingido duas décadas atrás.

Esses números ratificam de que existe no Brasil discriminação e preconceito em razão da cor da pele da pessoa, e de que as ações do governo por meio de políticas públicas são ineficientes, tanto para conceder igualdade de oportunidades às pessoas negras, bem como para combater a discriminação racial e o preconceito, que são geradores de violências contra essas pessoas.

Ratificando os efeitos devastadores da discriminação e o preconceito, as estatísticas demonstram que a maior parcela da população na faixa da pobreza é composta por pessoas negras (pretas/pardas); é a maior população carcerária das prisões brasileiras; são as maiores vítimas de mortes violentas, tanto da população de maneira geral, como de intervenções policiais; são na sua maioria moradores das periferias onde não existem saneamento básico, falta segurança por parte do Estado, faltam escolas, hospitais e, ficam à mercê de um Estado paralelo criado e mantido pelos traficantes, ou seja, é uma população vulnerável em consequência desses fatores, e necessitando urgentemente de políticas públicas mais eficientes e, somente com isso, poderão exercer a sua cidadania.

Essa realidade vivida pela população negra é muito mais sentida pela mulher negra porque além de vivenciar isso, é vítima da sua própria gente, do machismo dos homens negros, simplesmente por ser mulher, abandonando-a com sua prole, tendo que se tornar a responsável, chefe de família.

De acordo os números apresentados no Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça – 1995 a 2015 (IPEA), as mulheres, em 1995, eram referências em 23% dos domicílios; vinte anos depois, este número chegou a 40%. Essa substituição da figura masculina de “chefe” de família pela figura da mulher é um fenômeno majoritariamente existente nas cidades, onde 43% dos lares, em 2015, possui uma mulher de referência, porém não quer dizer que no campo, o comando da mulher à frente da família não acontece, pois elas estão presentes em 25% dos lares no campo. A presença da mulher como pessoa de referência na família não é exclusividade de famílias com a presença masculina, já que muitos lares são formados de famílias monoparentais.

3 SITUAÇÃO DA MULHER NEGRA NO CAMPO DO TRABALHO E DA POLÍTICA

Muito embora as mulheres tenham avançado nos estudos, elas continuam ganhando menos do que os homens, além de trabalharem em média três horas a mais do que os homens, dividindo o seu tempo no desempenho das atividades



profissionais e nos afazeres domésticos e cuidando dos filhos. Segundo o retrato da desigualdade (IPEA, 2011), elas ganham, em média, 76,5% do rendimento dos homens.

Em razão da situação econômica da mulher, os domicílios chefiados por mulheres negras têm situações de maior vulnerabilidade, quando comparados com aqueles chefiados por homens brancos, porquanto, em se tratando de renda para manutenção da família, a média *per capita* daquela chefiada por homem branco é de R\$ 997,00, enquanto a média numa família chefiada por uma mulher negra é de apenas R\$ 491,00 (IPEA, 2011). Ainda de acordo com a pesquisa, enquanto 69% das famílias chefiadas por mulheres negras ganham até um salário mínimo, naquelas chefiadas por homens brancos esse percentual cai para 41%.

Ratificando a discriminação da mulher no mercado de trabalho cita-se:

As mulheres negras são a parcela mais pobre da sociedade brasileira. No mercado de trabalho elas possuem as condições de trabalho mais precárias, têm os menores rendimentos e as mais altas taxas de desemprego.

Em grande maioria ocupam cargos inferiores, subalternos, desvalorizados, com baixos salários, devido a pouca qualificação profissional por falta de oportunidades, têm maior dificuldade de completar a escolarização, além de possuir chances ínfimas de chegar a cargos de direção e chefia que refletem a baixa qualidade de vida social. (SANTOS, et al. 2017, p. 7).

As pesquisas do IPEA (2014) mostram que essas desigualdades tanto em relação à cor da pele, quanto ao gênero, estão presentes nitidamente no mercado de trabalho, porquanto o homem negro ganha em média 40% a mais do que a mulher negra e, quando se trata de mesmo gênero, a discriminação por contra da cor da pele é aumentada assustadoramente, pois uma mulher branca ganha 70% a mais do que uma mulher negra.

De acordo com dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) de 2014, do IBGE, as mulheres brancas e negras não chegavam a 60% de ocupação em postos de trabalho, demonstrando que 40% das mulheres com idade para o trabalho estão desempregadas, o que não ocorre com a mão de obra dos homens brancos e negros, onde a ocupação atinge 80%. Portanto, o universo masculino de desempregados é a metade do feminino, ou seja, atinge somente 20%.

Ainda, segundo pesquisa (PNAD/IBGE, 2014), os homens continuam ganhando mais do que as mulheres. Em 2014, os homens ganhavam, em média, R\$ 1.831,00 contra os R\$ 1.288,00 que era a média da mulher. Se levarmos em consideração somente a média do homem branco, a diferença é bem maior para a mulher, pois o



salário médio do homem branco, em 2014, era de R\$ 2.393,00. Se for considerado somente o ganho médio da mulher negra, nota-se o quanto é discriminada na relação de trabalho, pois, neste caso, aparece a influência da cor da pele. A mulher negra tem uma média salarial de R\$ 946,00, em 2014, ou seja, perde para a mulher branca e o homem branco que ganham 2,53 vezes o salário da mulher negra.

Devido ao histórico da mulher negra na sociedade brasileira, o trabalho doméstico ainda é um dos principais postos ocupados por mulheres, concentrando, em 2014, 14% da população feminina, ou seja, quase 6 milhões de pessoas, com prevalência da mulher negra representando 17,7% contra 10% das mulheres brancas.

Esses dados, apontam para o fato de a mulher negra sofrer tripla discriminação: pela cor da sua pele, por ser mulher e pela situação (classe) social.

Quanto à participação da mulher no campo da política, segmento importante para dispor de ferramentas para inserir mudanças nessa realidade, é insignificante, e mais ainda para a mulher negra, já que é um território masculino e de brancos e, justamente por ser assim, é um lugar de tendências machistas, onde a mulher não tem voz e nem vez.

Para Miguel e Feitosa (2009, p. 2), “o reconhecimento desses fatos levou à pressão por mecanismos que não apenas abrissem formalmente os espaços de participação às mulheres, mas que as empurrassem para dentro da ação política”, e elegem como ação política mais importante “as cotas eleitorais por sexo” que foram adotadas em diversos países, inclusive no Brasil.

A lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009, deu nova redação ao parágrafo que estipula o mínimo de participação das mulheres nas eleições:

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.

Apesar de o governo adotar a ação afirmativa das cotas eleitorais por sexo, pouco ou quase nada aumentou a representatividade das mulheres nos poderes, executivo e legislativo, porquanto, esse mínimo de participação no pleito, não garante o preenchimento de cadeiras no parlamento, pois não tem nenhuma garantia, e a lei



não previu esse alcance, além de que o preenchimento do mínimo exigido é um “faz de conta” para cumprir a lei, pois os partidos não dão nenhum apoio para que elas concorram em pé de igualdade com os homens e também a efetividade dessa ação afirmativa não tem muito efeito, porque no Brasil se vota em candidato e não no partido, e a lista dos candidatos é aberta e não fechada, o que dificulta inclusive a posição que a mulher ocupa nessa lista, que geralmente fica no final e juntamente com candidatos homens sem nenhuma chance de se elegerem (MIGUEL; FEITOSA, 2009).

A dificuldade das mulheres participarem da política nacional brasileira é uma consequência da discriminação que sofrem quanto ao gênero; imagina-se, então, as dificuldades e os sofrimentos da mulher negra que é discriminada pelo gênero e pela sua negritude, isto sem considerar a discriminação de classe social, porquanto, se for pobre, a impedirá inclusive de militar no partido, quanto mais com pretensões de candidatar-se a um cargo eletivo.

As mulheres negras sentiram a necessidade de criarem o seu próprio movimento, o das mulheres negras ou do feminismo negro, pois não se viam totalmente identificadas no movimento feminista, porquanto além de mulher, têm outras especificidades que não são reivindicadas ou são esquecidas no movimento feminista, como direitos sonogados que lhes são próprios e, principalmente combater a discriminação racial e o preconceito.

Barbosa (2017, p. 58), falando sobre a interseccionalidade da mulher negra explicita pelo menos uma razão da criação de movimentos distintos.

As especificidades da condição da mulher negra trazem dificuldades para que esse tema seja tratado no movimento feminista e no movimento negro. No movimento feminista, a variável raça ou etnia é dissolvida dentro da categoria mais ampla de gênero e, no movimento negro, a variável gênero é dissolvida na categoria raça e etnia.

A discriminação de gênero tem a mulher como seu único papel, qual seja, o de reprodução, limitando a sua sexualidade na reprodução, o que fora dessa função seria considerado um desvio, a exemplo da homossexualidade; enquanto a discriminação racial, a qual a mulher negra é vítima, a reprodução é vista como um perigo iminente, porque seria mantido um grupo social indesejado (BARBOSA, 2017).

O engajamento das mulheres nos movimentos sociais, se deu, na maioria dos casos, em função da percepção de uma “injustiça social que atingiu ou a ela ou a alguém da sua família” (BARBOSA, 2017, p. 72).

Ratificando essa participação das mulheres nos movimentos sociais assim se manifesta Gohn (2014, p. 133-134):



As mulheres são maioria nos movimentos feministas, nos movimentos populares de luta por melhores condições de vida e trabalho, nas redes e nos fóruns transversais que ultrapassam as fronteiras nacionais. Nos movimentos organizados segundo a temática do gênero, as mulheres se destacam por ser as que têm tido os maiores índices de participação e de organização de suas demandas em entidades associativas (certamente estamos considerando nos movimentos de gênero a presença feminina e a masculina). As mulheres sustentam também, majoritariamente, as redes solidárias de projetos sociais que trabalham pela inclusão de crianças e adolescentes nas ruas (educadores das escolas articulam-se como grupos comunitários e desenvolvem trabalhos contra a violência e o uso de drogas).

Ou seja, as mulheres são responsáveis diretas pela maioria das ações coletivas públicas, mas apesar de toda essa presença, a autora chega à seguinte conclusão, de que existe uma invisibilidade da atuação das mulheres, e a razão é que “elas estão encobertas pelo véu da denominação de um genérico masculino” (GOHN, 2014, p.159).

Quanto à mulher negra, apesar dos avanços e transformações nas condições de vida e a importância das mulheres nos movimentos sociais e na sociedade de maneira geral, mesmo sendo invisíveis, esta continua nos dias atuais marcada pela tripla discriminação, a de ser mulher em uma sociedade machista; ser negra em uma sociedade racista e, em consequência dessas duas primeiras, ser pobre em uma sociedade em que a classe social está acima de quaisquer valores pessoais, como por exemplo, caráter e honestidade.

A mulher negra continua sendo estereotipada, desempenhando, nos dias atuais, trabalhos que eram realizados por seus ancestrais, como trabalhos braçais, insalubres, pesados, trabalhos domésticos e, atividades desvalorizadas socialmente e com remuneração inferior a outras trabalhadoras (TRIPPPIA; BARACAT, 2014; MUNANGA; GOMES, 2016).

A compreensão e sensibilidade para com a história específica das mulheres negras nem sempre ocuparam a atenção do movimento negro de um modo geral e nem do movimento feminista (MUNANGA; GOMES, 2016, p. 133), razão pela qual, as mulheres negras iniciaram sua luta específica a fim de que sejam reconhecidas como cidadãs brasileiras de fato, com igualdade de oportunidades, na educação, no trabalho, na política e, na luta contra o preconceito e a discriminação racial e de gênero em que são as principais vítimas.



4 CONCLUSÃO

Os números das pesquisas não deixam dúvidas de que a população brasileira, na sua maioria, é composta por pessoas não brancas (pretas/pardas/amarelas/indígenas), ou seja, mais da metade são mestiços e a tendência é a diminuição de pessoas brancas e, conseqüentemente, o aumento de pessoas não brancas, principalmente pretas e pardas, as quais na concepção do IBGE, são consideradas negras, e justamente por ser maioria, não justificam as desigualdades marcantes existentes entre pessoas brancas e negras em todos os setores da sociedade brasileira, a não ser em razão da cor da pele.

Os números também indicam que a população brasileira é composta, na sua maioria, por pessoas do sexo feminino e, novamente nesse universo, as mulheres não brancas (pretas/pardas/amarelas/indígenas) prevalecem sobre as brancas, porém essa superioridade numérica não reflete positivamente em diversos setores quando comparadas, a exemplo das mulheres não alfabetizadas; as brancas somam 7,01%, enquanto que as pardas totalizam 13,34%; as pretas 14,54%; as amarelas 9,24% e as indígenas 27,13%.

Na educação, a supremacia da pessoa branca em relação à pessoa negra (preta/parda) é enorme, deixando transparecer que o fator cor de pele é o grande causador dessa diferenciação, haja vista, os avanços com implementação de políticas públicas universais e a obrigatoriedade de oferta de ensino fundamental e médio público, o que não justifica os números apurados entre 1995 e 2015. A população adulta branca com 12 anos ou mais de estudo em 1995 era de 12,5% e passou em 2015 para 25,9%. No mesmo período, a população adulta negra com 12 anos ou mais de estudo em 1995 era de apenas 3,3% e, em 2015 passou para 12%, ou seja, a população adulta negra agora em 2015 é que conseguiu atingir o patamar que 20 anos atrás a população branca já havia conquistado.

Essa supremacia branca não é somente por meritocracia, porquanto nesse processo há muitas falhas, muitas discriminações e muitos responsáveis, principalmente por parte do governo.

As pesquisas mostram que as mulheres estudam mais do que os homens, porém isso não influenciou, por exemplo, o mundo do trabalho, porquanto as mulheres ainda estão ganhando menos do que os homens. Nessa mesma pesquisa se demonstra que a discriminação racial é fator preponderante para justificar as desigualdades entre brancos e negros, tanto no ensino superior, como no mundo do trabalho.

Segundo dados de 2016, os homens brancos acima de 25 anos que possuíam ensino superior completo eram 20,7% e as mulheres brancas totalizavam 23,5%. No mesmo período apurado pela pesquisa, homens negros (pretos/pardos) que tinham ensino superior completo eram 7,0% e mulheres negras (pretas/pardas) somavam 10,4%. Não há outra razão que justifique, senão a cor da pele, pois o homem branco



atinge 3 vezes o patamar do homem negro e a mulher branca atingiu 2,3 vezes o patamar das mulheres negras.

Mais evidente é a diferenciação quanto ao gênero e à cor, no campo do trabalho, pois os homens continuam ganhando mais do que as mulheres, enquanto àqueles ganham em média R\$ 1.831,00; as mulheres ganham em média R\$ 1.288,00. Levando em consideração somente o homem branco, a média passa para R\$ 2.393,00, enquanto que a média da mulher negra é de R\$ 946,00, ou seja, a mulher negra ganha menos do que a mulher branca e o homem branco, ganha 2,53 vezes o salário médio da mulher negra (PNAD/IBGE, 2014).

Devido aos trabalhos desempenhados pelas mulheres negras geralmente no ambiente doméstico, atividades socialmente desvalorizadas e com baixos salários conduzem a maioria delas às classes sociais inferiores, justificando a tríplice discriminação, ou seja, mulher, negra e pobre.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei 12.034 de 29 de setembro de 2009**. Altera as leis 9.096, de 19 de setembro de 1995, Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965, Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2009/lei/l12034.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BARBOSA, Eliete Edwiges. Mulheres negras: interseccionalidade e a resistência na periferia. In: OLIVEIRA, Dennis de (Org.). **A luta contra o racismo no Brasil**. 1ª ed. São Paulo: Forum, 2017. p. 58-85.

BRITO, Benilda Regina Paiva de. Sociedade: mulher, negra e pobre - A tripla discriminação. **Revista Teoria e Debate**, nº 36, outubro/novembro/dezembro de 1997. Belo Horizonte, maio 2006.

GOHN, Maria da Glória. **Novas teorias dos movimentos sociais**. 5. ed. São Paulo: Loyola, 2014.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Estatísticas de Gênero Indicadores sociais das mulheres no Brasil. **Revista Estudos e Pesquisas Informação Demográfica e Socioeconômica**, IBGE, n. 38, p.1-13, 2018.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, et al. **Retrato das desigualdades de gênero e raça**. 4. ed. Brasília: Ipea; ONU Mulheres; SPM; SEPIIR, 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_retradodesigualdade_ed4.pdf>.

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Dossiê mulheres negras: retrato das condições de vida das mulheres negras no Brasil**. (Org.) MARCONDES, Mariana Mazzini, et al. Brasília: Ipea, 2013.

MIGUEL, Luis Felipe; FEITOSA, Fernanda. O gênero do discurso parlamentar: mulheres



e homens na tribuna da Câmara dos Deputados. **Revista Dados**, v. 52, n. 1, p. 201-221, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v52n1/v52n1a06.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

MUNANGA, Kabengele; GOMES, Nilma Lino. **O negro no Brasil de hoje**. São Paulo: Global, 2016.

SANTOS, Maria Santana dos et al. **Desigualdades de gênero: a mulher negra no mercado de trabalho**. In: JORNADA INTERNACIONAL POLÍTICAS PÚBLICAS, 8., Universidade Federal do Maranhão. Centro de Ciências Humanas. Programa de Pós-graduação em Políticas Públicas. São Luís – MA, 2017.

TRIPPPIA, Luciane Maria; BARACAT, Eduardo Milleo. **A discriminação da mulher negra no mercado de trabalho e as políticas públicas**. 2014. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/.../1939/.../2014_tripppia_luciane_discriminacao_mulher.pdf...>. Acesso em: 23 ago. 2018.



A DISCRIMINAÇÃO CONTRA OS NEGROS NO SETOR BANCÁRIO BRASILEIRO

THE DISCRIMINATION AGAINST BLACKS IN THE BRAZILIAN BANKING SECTOR

Beatriz de Felipe Reis¹

Vivian Maria Caxambú Graminho²

1 INTRODUÇÃO

Conforme dados estatísticos informados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, mais da metade da população brasileira é composta por negros e pardos, e a esse grupo também corresponde a maior parte da população em idade de trabalhar. Apesar de representar boa parcela da população ativa da sociedade, a taxa de desocupação é maior para negros e pardos do que para os trabalhadores brancos. Em pesquisa realizada pelo Ministério Público do Trabalho (MPT), observou-se que em pleno século XXI a população negra é cotidianamente vítima de discriminação e preconceito, em especial no setor bancário, em que negros e pardos são a minoria da força de trabalho das instituições financeiras.

Em que pese a discriminação praticada contra os negros no mercado de trabalho se tratar de assunto corriqueiro na atualidade, observa-se que desde o descobrimento da América, a população negra vem sendo tratada como mero objeto, e não como sujeito de direitos. Não obstante a escravidão tenha cessado há 130 anos, o negro ainda sofre as consequências da discriminação, principalmente no mercado de trabalho, local em que lhe são reservados os salários mais baixos, os trabalhos mais precários e as jornadas mais extenuantes.

Diante da patente desigualdade entre a população negra e branca, e da vulnerabilidade dos negros, o sistema de Direitos Humanos passou a conferir-lhes tratamento especial com a finalidade de assegurar o respeito à diferença e à diversidade e, conseqüentemente, combater a discriminação em todos os setores da sociedade. O Brasil, por meio da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional, estabelece diversos mecanismos que têm como objetivo coibir as práticas discriminatórias, especialmente, nas relações laborais.

No âmbito trabalhista existem diversas formas de discriminação, no entanto, a mais frequente, principalmente no setor bancário, é a discriminação indireta, tendo

1 Mestranda em Direito no PPGD/UNESC. Especialista em Direito do Trabalho pela UNISINOS. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRGS. Pesquisadora junto ao GP – DIREITO DO TRABALHO UNESC. Analista Judiciário do TRT4. Endereço eletrônico: bialippe@hotmail.com

2 Mestranda em Direito no PPGD/UNESC. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa em Direitos Humanos, Direitos Fundamentais Trabalhistas e Políticas Públicas -PPGD/UNESC. Advogada – OAB/PR 44.053. Endereço eletrônico: vgraminho@gmail.com



em vista que os processos seletivos são poucos transparentes. Além disso, nota-se que os negros têm dificuldades para alcançar cargos de chefia e salários mais altos, quando comparados aos trabalhadores brancos.

O presente estudo, portanto, procura analisar, primeiramente, a origem da discriminação contra a população negra, abordando em especial os aspectos históricos relativos ao colonialismo. Num segundo momento, aborda-se, brevemente, o sistema de proteção dos direitos humanos, no âmbito internacional e nacional, para o fim de verificar a proteção conferida aos negros e os mecanismos estabelecidos com a finalidade de coibir a prática de discriminação. E, ao final, examina-se a discriminação da população negra no mercado de trabalho, sobretudo, no setor bancário, assim como os caminhos possíveis para a promoção de ações concretas de inclusão dos negros no ambiente laboral. Utilizou-se o método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

2 A DISCRIMINAÇÃO DO NEGRO NO MERCADO DE TRABALHO: UMA HERANÇA DA COLONIALISMO

Em 2016, de acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio Contínua – PNAD-C (IBGE, 2016), a população brasileira chegou a 205,5 milhões de pessoas, e desse total os que se declararam pretos e pardos totalizou a quantia de 112,7 milhões (95,9 milhões de pardos e 16,8 milhões de negros), isto é, mais da metade da população brasileira.

Ainda, em conformidade com o PNAD-C, no segundo trimestre de 2018, a população em idade de trabalhar (14 anos ou mais) correspondia a 81,5% da população total do país (o equivalente à quantia estimada de 169,8 milhões de pessoas), sendo 46,2% de cor parda, 43,4% de cor branca e 9,3% de cor preta.

Porém, analisando a estimativa da taxa de ocupação, observa-se que foi maior para as pessoas de cor branca (56,0%), ao passo que para as pessoas de cor parda totalizou 51,3%. No tocante à taxa de desocupação por cor ou raça, denota-se que a taxa dos que se declararam brancos (9,9%) ficou abaixo da média nacional, enquanto a taxa de pretos (15,0%) e pardos (14,4%) ficou acima da referida média (IBGE, 2018).

A discriminação e o preconceito em razão da raça, principalmente com o negro, em pleno século XXI, fazem parte do cotidiano da sociedade e das relações de trabalho. Apesar de muito se falar em democracia racial, observa-se que a população negra enfrenta dificuldades para ingressar no mercado de trabalho e para se manter nele.

Em que pese se tratar de assunto atual, a discriminação tem sua origem com o início das grandes navegações e com o descobrimento da América pela Europa – que passou a ser considerada o centro do sistema-mundo³-, surgindo a ideia do

³ De acordo com Silva Filho (2006) a Europa, após ser isolada pelos muçulmanos no comércio das



eurocentrismo.⁴ Ou seja, a construção da ideia de raça começou a ser formada com a expansão do colonialismo europeu,⁵ que passou a difundir a dominação entre europeus e não europeus (QUIJANO, 2005).

Com a dominação do território latino-americano pelos europeus, iniciou-se um processo de escravização dos índios e, posteriormente, com o comércio negreiro,⁶ os colonizadores passaram a utilizar também a mão de obra dos negros – preferidos dos grandes donos de terras – por serem mais úteis e confiáveis (MARCOCCI, 2011).

Desde o início da América e, conseqüentemente, do Brasil, passou-se a associar o trabalho não pago (escravo) com as raças dominadas (inferiores), de maneira que “desenvolveu entre os europeus ou brancos a específica percepção de que o trabalho pago era privilégio dos brancos” (QUIJANO, 2005).

O Brasil foi o país que escravizou o maior número de negros e o último país da América Latina a abolir a escravidão (HELD; BOTELHO, 2016). Assim, a escravização dos negros que perdurou por aproximadamente 300 (trezentos) anos, trouxe como resultado desse poder colonial implicações decisivas: os povos dominados tiveram suas identidades usurpadas, recebendo nova identidade racial (colonial e negativa), que os colocavam numa situação de inferioridade na história da produção cultural da humanidade (QUIJANO, 2005).

No entanto, após praticamente 300 anos do regime escravocrata no país, surgiu a necessidade de ressignificar o trabalho e o trabalhador, pois a escravidão passou a ser vista como uma atividade exercida por trabalhadores indignos (negros escravizados). O trabalho escravo passou a significar atraso e o trabalhador negro era sinônimo de insuficiência e baixo conhecimento. Assim, para haver desenvolvimento e progresso, implantou-se uma política imigrantista, que contribuiu para o modelo de

Índias e haver fracassado com as Cruzadas, iniciou as navegações com a finalidade de descobrir uma rota marítima que contornasse a África e chegasse às Índias. Em 1488 Bartolomeu Dias dobrou o Cabo da Boa Esperança, contornando dessa maneira toda costa africana. Em 1492, com o descobrimento da América, a Europa se tornou o centro do mundo.

- 4 Segundo Quijano (2002), eurocentrismo é a perspectiva de conhecimento que passou a ser construída a partir do século XVII na Europa, relacionada ao processo de eurocentralização do padrão de poder colonial e imposta ao mundo nos séculos seguintes como a única forma de racionalidade existente.
- 5 Conforme Mignolo (2017), a partir do século XVI a Europa escravizou o povo africano, trazendo-o para trabalhar no Novo Mundo, matou boa parte dos índios que residiam na América Latina (como forma de dominá-los), e passou a ter o domínio do mercado internacional e também da história, pois realizou uma configuração racial entre o europeu, o índio e o africano, de maneira que a cor da pele passou a ser critério identificador da raça.
- 6 O Brasil foi o país que mais trouxe escravos da África, ou seja, durante os anos de 1531 a 1855 vieram, através do comércio negreiro, mais de 4 milhões de homens, mulheres e crianças africanas (IBGE, 2000). Durante os dois primeiros séculos após a chegada dos portugueses ao Brasil, o negro foi objeto mercantil, de maneira que desde a partida da África, até o ingresso nas fazendas brasileiras, passavam por pelo menos cinco transações com a finalidade de dissolver por completos os laços familiares. Ao chegar nos portos brasileiros, novamente eram vendidos, eram brutalmente agredidos nas fazendas, como forma de demonstrar o poder absoluto do “senhor” (STREVA, 2016).



hierarquização racial, em que o negro era destituído de valor (SILVA, 2013).

Paralelamente à abolição da escravatura, à proclamação da República, ao movimento imigrantista e ao início da industrialização brasileira, o país permaneceu recebendo e praticando as teorias raciais advindas da Europa, que aumentaram o preconceito racial e, conseqüentemente, a segregação negra (FERES JÚNIOR, 2006). Isto é, mesmo com a independência do Brasil e o fim da escravidão, o negro permaneceu preso àquele sistema de exclusão e de estereótipos raciais como o vagabundo, cachaceiro, criminoso, negro beijudo, entre outros, que afetavam sua autoestima, sua vida profissional e social (STREVA, 2016).

No tocante às relações de trabalho, somente, a partir da década de 50, com o desenvolvimento industrial e o crescimento econômico, observou-se maior aceitabilidade da mão de obra negra em diversos setores. No entanto, percebe-se que os negros ainda se situam nas áreas menos desenvolvidas, atuando em atividades informais, ou ainda, ocupando cargos subalternizados e percebendo remunerações substancialmente mais baixas que a média da população branca⁷ (SILVA, 2013).

Passados 130 anos da abolição da escravatura, permanecem as violações de dignidade e a invisibilidade social a que os negros sempre estiveram submetidos, em especial nas relações laborais, tendo em vista a submissão a trabalhos indignos e a exclusão dos cargos de chefia, que somente podem ser exercidos por pessoas dotadas de capacidade (HELD; BOTELHO, 2016).

Pode-se citar como exemplo da discriminação contra a população negra, a condenação imposta ao Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pela violação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e à Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, tendo em vista que o Estado não garantiu o pleno exercício do direito à justiça e ao devido processo legal, em razão da discriminação racial sofrida pela trabalhadora Simone André Diniz, ao ser descartada de uma oportunidade de emprego tendo em vista a cor da sua pele⁸ (OEA, 2006).

7 De acordo com o relatório do PNAD-C (IBGE, 2017), relativo a 2017, o rendimento médio mensal dos trabalhadores declarados brancos foi de R\$ 2.814,00, ao passo que os rendimentos das pessoas pardas e pretas foram estimados em R\$ 1.606,00 e R\$ 1.570,00, respectivamente. Ou seja, os brancos perceberam rendimentos 29,2% acima da média nacional (R\$ 2.178), enquanto os pardos e pretos rendimentos inferiores à média (26,3% e 27,9%).

8 De acordo com o relatório nº 66/06 (OEA, 2006) a vítima Simone André Diniz ao se candidatar a uma vaga de emprego anunciada nos Classificados do jornal Folha de São Paulo, pela senhora Gisele Mota da Silva (“doméstica. Lar. P/ morar no empr. C/ exp. Toda rotina, cuidar de crianças, c/docum. E ref.; Pref. Branca, s/filhos, solteira, maior de 21a. Gisele”), foi considerada inapta à contratação, tendo em vista a cor da sua pele. Diante do ocorrido denunciou a discriminação racial à Subcomissão do Negro da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo, e prestou *notitia criminis*, na Delegacia de Crimes Raciais. O inquérito foi arquivado, pois o Ministério Público não constatou a prática de racismo tendo em vista que a senhora Gisele não realizou a contratação, pois havia tido experiência negativa com empregada negra. Ainda, restou mencionado no referido documento que no Brasil os negros se encontram em situação de vulnerabilidade como sujeitos



Note-se, portanto, que a prática de coisificar “o outro” (colonizado, escravo), permanece viva na sociedade atual, considerada democrática, ainda que muitas vezes de forma velada.

3 A PROTEÇÃO DO NEGRO EM FACE DA DISCRIMINAÇÃO NO SISTEMA DE DIREITOS HUMANOS

Como demonstrado acima, com o processo de colonização patriarcal e, posteriormente, com a globalização, ocorreu uma reidentificação da história tendo como personagem principal a Europa e o europeu, surgindo assim a ideia do eurocentrismo, que atribuiu novas identidades aos povos. Houve a quebra do vínculo de solidariedade, de maneira que as relações de poder hierarquizadas impostas pelo europeu e a exploração crescente, geraram uma incapacidade de conceber o outro como sujeitos, expandindo-se assim o costume de coisificar o outro (RUBIO, 2014).

Sobreveio a ideia de raça, difundindo-se a discriminação contra índios e negros, principalmente no mercado de trabalho, que reservou, em especial à população negra, o desemprego, os postos de trabalho mais precários, salários abaixo da média, jornadas de trabalho superiores ao do branco, etc. (PIOVESAN, 2005).

Ocorre que esse grupo, integrante de parcela significativa da sociedade brasileira, que por longo período de tempo foi considerado inapto, pela lógica colonial, ao exercício e gozo dos direitos garantidos ao sujeito moderno ocidental (branco) é beneficiário de direitos reconhecidos pelo Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos (SCHROEDER; BIGOLIN NETO, 2016).

A base desse sistema internacional é a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948,⁹ que introduziu a concepção universal e indivisível de direitos humanos, fixando parâmetros protetivos mínimos a serem adotados pelos Estados. Esse sistema internacional, percebendo que tratar os indivíduos de forma genérica, geral e abstrata era insuficiente, passou a conferir a determinados grupos proteção especial e particularizada, dada a sua vulnerabilidade, como por exemplo

de direitos humanos, em razão da ocorrência de desigualdades e discriminação. Apontou que a população negra sofre desigualdades no mercado laboral: salários inferiores, colocação em setores menos dinâmicos da economia, desproporcionalidade do número de negros em posições informais, entre outros.

9 Segundo Piovesan (2000), o sistema internacional de Direitos Humanos tem como ponto de partida o pós-guerra em 1945, tendo em vista as terríveis violações de direitos humanos ocorridas na Segunda Guerra Mundial. Em 10 de novembro de 1948 foi adotada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com a aprovação unânime de 48 Estados e 8 abstenções, consolidando uma concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos, consagrando direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, e unindo o valor da liberdade ao da igualdade. Esse processo de universalização começou-se a adotar no âmbito internacional, inúmeros tratados voltados à proteção de direitos fundamentais e que buscam prevenir violações, como a tortura, discriminação racial e contra as mulheres, etc.



a população negra, mulheres, crianças, etc. Conferiu, assim, tratamento especial a esse grupo, assegurando o respeito à diferença e à diversidade (PIOVESAN, 2005).

Importante destacar que o referido documento internacional em seus artigos I e II-1, prevê que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, de maneira que têm capacidade para gozar de seus direitos e liberdade, sem distinção de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política, origem social, etc., bem como determina em seu artigo XXIII-2,3, que todo ser humano (sem qualquer distinção), tem direito à remuneração justa e satisfatória, compatível com a dignidade humana, e que, para igual labor, perceberá igual remuneração (ONU, 2009). Note-se que há expressa proteção dos direitos à igualdade e a não discriminação.

Ainda no âmbito internacional, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos,¹⁰ a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial,¹¹ o Pacto de São José da Costa Rica,¹² todos internalizados pelo Brasil, preveem o direito de não discriminação dos seres humanos por motivo de raça e cor, demonstrando a necessidade de comprometimento do Estado em promover a igualdade étnico-racial e coibir quaisquer atos atentatórios aos referidos documentos internacionais.

No âmbito do direito do trabalho, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), que tem como um dos objetivos o tratamento digno dos trabalhadores, também editou convenções (igualmente adotadas pelo Brasil), que buscam a efetivação dos direitos de igualdade e de não discriminação, como por exemplo, a Convenção n. 111 sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação, a qual entende por discriminação a distinção, exclusão ou preferência “fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão” (BRASIL, 1968). Nos termos do artigo 2º da Convenção em comento, os Estados-membros que a ratificarem deverão formular e aplicar políticas com a finalidade de promover a igualdade de oportunidade e tratamento no tocante a emprego e profissão, eliminando-se a discriminação nessa matéria.

10 Em conformidade com o artigo 1º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, os Estados que o ratificarem deverão respeitar e garantir a todos os indivíduos os direitos reconhecidos no Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição (BRASIL, 1992).

11 De acordo com a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, os Estados Partes comprometem-se a adotar os meios apropriados e política para eliminação da discriminação racial (BRASIL, 1969).

12 O Pacto de São José da Costa Rica determina que os Estados Partes deverão respeitar os direitos e liberdades reconhecidos no Pacto e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita a sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, etc. (BRASIL, 1992).



No sistema brasileiro, pode-se dizer que há um aparato jurídico considerável com a finalidade de promover a igualdade e assegurar o direito a não discriminação por motivo de raça ou etnia. Considera-se a Constituição Federal de 1988 um marco na institucionalização dos direitos humanos no Brasil (SILVA, 2013). Além de consagrar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, estabelece como objetivo promover o bem de todos, sem preconceito de raça, cor, sexo, idade ou outra forma de discriminação.

A Constituição Federal traz, também, no rol dos artigos 5º e 7º, diversos dispositivos que vedam a discriminação em razão da raça e da cor, a começar pelo *caput*, do artigo 5º, o qual determina que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Outro exemplo, é a disposição contida no inciso XXX, do artigo 7º, que veda a “diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” (BRASIL, 1988).

A legislação infraconstitucional prevê inúmeros dispositivos com o objetivo de vedar a discriminação, como por exemplo a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, que no artigo 461, § 6º, veda a discriminação por motivo de sexo ou etnia, para o desempenho de funções iguais. Além disso, a Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, criminaliza o racismo, prevendo pena àqueles que, por motivo de raça, obstarem ou tratarem de maneira diferenciada o empregado. Há também a Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010 (Estatuto da Igualdade Racial), que prevê a necessidade de implementar programas de ação afirmativa para combater as desigualdades étnicas.

Verifica-se, portanto, que não obstante a população negra ainda sofra com a discriminação, tanto o sistema internacional, quanto a legislação interna, possuem um arcabouço significativo para o fim de promover a igualdade étnico-racial.

4 DISCRIMINAÇÃO DO NEGRO NO SETOR BANCÁRIO BRASILEIRO: MEDIDAS PARA A SUA INCLUSÃO SOCIAL

A população brasileira, como visto, ultrapassa a casa dos 205 milhões de habitantes, sendo a diversidade de povos e culturas uma das maiores riquezas do nosso país, o que torna “difícil, nesse contexto, elaborar uma identidade cultural, religiosa, étnica, de gênero, profissional e organizacional homogeneizadora” (LUCAS, 2015).

Contudo, a diversidade, que poderia ser motivo de orgulho, tem apresentado uma face preocupante na realidade brasileira. No que tange à população negra, no Brasil, tem-se que 54% é composta por afrodescendentes, contudo apenas 17,4% compõem o grupo dos mais ricos e somente 4,7% ocupam funções executivas nas



maiores empresas do Brasil.¹³ (STREIT, 2017). O cenário é ainda pior para a mulher afrodescendente, cujos vencimentos chegam a representar apenas 50% do que recebe o homem branco (SEIXAS; CAMPOS, 2017).

Mesmo passados 130 anos da abolição da escravidão no Brasil, a população negra ainda sofre com a desigualdade, com a falta de oportunidades e com a ideologia do racismo, fazendo com que os habitantes de cor sejam, ainda hoje, vítimas da exclusão e da discriminação no mercado de trabalho.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu preâmbulo,¹⁴ assim como a Constituição Federal de 1988 previram o direito à igualdade. Todavia, em que pese tal direito estar consagrado em âmbito interno e internacional, “o fato é que, na realidade concreta das pessoas, de forma ostensiva ou velada, ocorrem inúmeros casos de discriminação no mercado de trabalho, tratando-se de um problema real e presente” (GOLDSCHMIDT, 2008, p. 231).

A discriminação no trabalho é um fenômeno que acontece em todo o mundo, não sendo a realidade brasileira uma exceção. A OIT preocupando-se com o tema, na Declaração sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho, estabeleceu como princípio a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

Contudo, identificar uma discriminação nas relações de trabalho nem sempre é tão fácil, isso porque existem inúmeras formas de discriminação como, por exemplo, em razão da raça, da cor, do sexo, da orientação sexual, religiosa ou política, da idade, da estética, da limitação física ou intelectual, etc. Somado a isso, novas formas de discriminação podem surgir de acordo com a configuração que a sociedade assume.

Outro fator que dificulta o reconhecimento de uma prática discriminatória, seja na fase de admissão, na ascensão funcional, na remuneração, é que a discriminação, na maior parte das vezes, não ocorre de forma ostensiva, aberta, mas de forma dissimulada, encoberta, ou seja, uma discriminação indireta.

Com relação ao tema, tem-se que “a discriminação pode assumir feições diversas, efetivando-se direta ou indiretamente” (GOSDAL, 2015, p. 617). A discriminação

13 Segundo pesquisa divulgada pelo DIEESE, os negros se concentram em ocupações de menor prestígio e valorização, envolvendo-se em atividades cujo desenvolvimento envolve ações repetitivas e oferece uma pequena, senão nula, margem para decisões e para criatividade. A título de exemplo, a pesquisa aponta para o caso dos agrupamentos formados por alfaiates, calceiros, camiseiros, costureiros, na Indústria de Transformação, por pedreiros, serventes, pintores, caiadores, na Construção, por vendedores, frentistas, repositores de mercadorias no Comércio e por faxineiros, lixeiros, serventes, camareiros e empregos domésticos, nos Serviços. (DIEESE, 2013, p. 13)

14 De acordo com o preâmbulo: “Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, [...]”.



direta¹⁵ “é aquela pela qual o tratamento desigual funda-se em critérios proibidos”, já a indireta “é a que tem uma aparência formal de igualdade, mas que em verdade cria uma situação de desigualdade” (GOSDAL, 2015, p. 617). Trata-se de “práticas aparentemente neutras, mas que resultam por excluir pessoas ou grupos sociais historicamente discriminados” (COUTINHO, 2015, p. 20).

Destaca-se, ainda, a chamada discriminação institucional, a qual ocorre quando “o preconceito está subjacente ao próprio comportamento coletivo ou institucional, inserido na lógica da empresa ou instituição, de modo não necessariamente consciente, mas reproduzidor das desigualdades sociais” (BENTO *apud* GOSDAL, 2015, p. 617-618).

Como visto, a Convenção nº 111 da OIT define, em seu artigo 1º, a e b, o que se entende por discriminação no trabalho. Partindo-se dessa definição, tem-se que “qualquer ação ou omissão do tomador de serviços, intencional ou não, consciente ou não, que concretamente violar o princípio da igualdade de e no trabalho deve ser considerada discriminação.” (BRITO FILHO, 2009, p. 59). Tal “entendimento é importante para impedir a mais comum das formas atuais de discriminação, que é a indireta, [...]” (BRITO FILHO, 2009, p. 59). Ou seja, para que ocorra a discriminação indireta, não é necessário que o agente tenha o claro propósito de discriminar, bastando que ele, com sua conduta, conduza à exclusão um grupo ou uma pessoa (BRITO FILHO, 2009, p. 60).

Segundo Otavio Brito Lopes, embora no Brasil não haja uma regra explícita na Constituição Federal sobre a discriminação indireta, da leitura dos artigos 3º, 5º e 7º da CF é possível extrair que qualquer tipo de discriminação é repudiado. Além disso, pesquisa realizada pelo autor aponta que a única lei ordinária no Brasil que faz alusão expressa à discriminação indireta é a Lei nº 5.473/68¹⁶ (LOPES, 2010, p. 151).

A discriminação indireta normalmente se manifesta por meio de procedimentos, de processos aparentemente neutros que, quando observados, aparentam normalidade. Como dito anteriormente, não há necessidade do elemento volitivo (LOPES, 2010, p. 158). Diante disso, a identificação e a prova de que existe uma

15 Segundo apurado pelo Ministério Público do Trabalho, “o principal problema da discriminação no mercado de trabalho brasileiro não é a discriminação direta, advinda de atos concretos ou manifestações explícitas de preconceito e discriminação pelo autor ou autores do ato ilegal. Frise-se que discriminação direta é hipótese rara nos dias atuais já que tais atos são criminalizados e repudiados pela sociedade em geral, motivo pelo qual raramente é levada ao crivo do Poder Judiciário e, nas raras oportunidades em que é levada, restringe-se a casos isolados e individuais. A raridade desse fenômeno, entretanto, não é demonstração da inexistência de discriminação, [...]” (LOPES, 2007).

16 Segundo o artigo 1º da Lei nº 5.473/68, “são nulas as disposições e providências que, direta ou indiretamente, criem discriminações entre brasileiros de ambos os sexos, para o provimento de cargos sujeitos à seleção, assim nas empresas privadas, como nos quadros de funcionalismo público federal, estadual ou municipal, do serviço autárquico, de sociedade de economia mista e de empresas concessionárias de serviço público.”



discriminação indireta é identificada por meio de uma disparidade estatística.¹⁷ Somado a isso, a análise estatística pode demonstrar, conforme o caso, a falta de diversidade no trabalho¹⁸ e, a partir dessa constatação, a discriminação indireta.

Preocupada com a questão da discriminação indireta e estrutural, bem como com a necessidade de assegurar a diversidade no ambiente de trabalho, o MPT implementou no ano de 2005 o “Programa de Promoção da Igualdade de Oportunidade para Todos”, com foco nas questões de gênero, raça/cor e faixa etária. O ponto de partida do Programa foi o setor bancário do Distrito Federal, tendo o Ministério Público analisado o comportamento empresarial em três momentos da relação de emprego: admissão, promoção e demissão.

De que forma funciona o Programa implementado pelo MPT? Inicialmente foi desenvolvido um sistema para receber os dados completos de cada um dos trabalhadores integrantes do quadro de pessoal das empresas, mediante o preenchimento pelos próprios prepostos.¹⁹ De posse destas informações, é feito um cruzamento dos dados da população economicamente ativa – PEA do local em que o empregador exerce sua atividade com as informações dos quadros funcionais das instituições financeiras. Assim, é possível apurar se “o tomador dos serviços tem em seu quadro de pessoal um contingente que seja compatível, em proporções aceitáveis, com o contingente populacional em condições de trabalho.” (BRITO FILHO, 2009, p. 63).

O resultado da investigação apurou a existência de “um abismo entre a composição étnica da população e a força de trabalho do mundo corporativo.” (CARDOSO, 2005). Segundo o Ministério Público, o universo bancário é um país à parte, onde os negros e pardos são minoria.

Quanto à admissão, os “próprios bancos chegaram à conclusão de que o processo seletivo deles é extremamente fechado.” (LOPES, 2010, p. 155). Segundo

17 Quanto à adoção da estatística, Otavio Brito Lopes destaca que ela “jamais vai demonstrar a vontade de discriminar, porque esse fato não é passível de prova, mas sim o efeito excludente de certos processos organizacionais. É esse fato que a estatística prova” (LOPES, 2010, p. 158).

18 Por diversidade no trabalho, José Cláudio Monteiro de Brito Filho entende como: [...] situação que denomino de igualdade material no trabalho, em que os tomadores de serviço, respeitando as diferenças e reconhecendo a existência de diferentes grupos em sociedade, constituídos a partir de características próprias (faixa etária, gênero, raça/cor, deficiência, escolaridade, entre outras), reproduzem no ambiente de trabalho, em proporções aceitáveis, a composição desses grupos como encontrada fora de seus muros, produzindo uma real igualdade de oportunidades e de tratamento (BRITO FILHO, 2009, p. 56).

19 Após o preenchimento, de acordo com José Cláudio Monteiro de Brito Filho o programa: “[...] faz a tabulação, apresentando, sob a forma de gráficos e tabelas, a situação da empresa no tocante à diversidade no trabalho, a partir dos três fatores já identificados: raça/cor, gênero e faixa etária, trazendo desde as informações mais simples, como quantitativo de empregados em relação a cada um desses grupos formados a partir dos fatores escolhidos, até as mais complexas, como média salarial, tempo médio de serviço, ocupação de cargos de chefia, entre outras” (BRITO FILHO, 2009, p. 63).



relata o Procurador do Trabalho Otavio Brito Lopes, a própria forma como os bancos privados realizam a seleção contribui para a manutenção desse quadro.²⁰ Dessa forma, processos seletivos pouco transparentes acabam ensejando discriminação indireta, na medida em que prejudicam determinados grupos, em especial, as mulheres e negros.

Outra questão também observada no levantamento diz respeito à ascensão dos negros no setor bancário. A situação é ainda pior quando se analisa a condição das mulheres negras chefes, as quais ganham menos do que os homens brancos não chefes dentro do mesmo banco²¹ (LOPES, 2010, p. 157).

A partir disso, no que tange aos processos de contratação e ascensão profissional no interior de sua corporação, verifica-se a necessidade de as empresas estabelecerem regras claras, transparentes e que não gerem impacto desproporcional em desfavor dos grupos estigmatizados. A empresa, ao adotar uma conduta omissiva, assume um risco, pois possibilita que valores discriminatórios interfiram em tais processos, conseqüentemente responderá pelos danos causados (LOPES, 2007).

Outro ponto que merece atenção diz respeito à discriminação pela imagem²², isso porque, além de os trabalhadores negros sofrerem discriminação racial, existem muitas empresas que,²³ especialmente para cargos de liderança, não contratam negros, pois não querem que a imagem da companhia seja associada a negros (SEIXAS; CAMPOS, 2017). Segundo a procuradora do trabalho Valdirene Silva de

20 Quanto ao processo seletivo, Lopes destaca que: “Observem o dado a seguir. Fizemos a seguinte pergunta no questionário apresentado aos bancários: “Como o senhor ficou sabendo da vaga desse emprego?”. Observem que, nos bancos privados, 75% dos empregados tomaram conhecimento dos processos seletivos por amigos ou parentes ou por outros empregados dessas instituições. Isso significa que os processos seletivos têm sérios problemas em termos de transparência. Normalmente, um banco formado pela maioria de trabalhadores brancos, em que a indicação vem de amigos, de parentes e de conhecidos, vai resultar em quê? Em uma manutenção desse quadro.” (LOPES, 2010, p. 155).

21 Conforme a pesquisa: “os dados também mostram uma discriminação sutil que derruba o argumento corrente de que há poucos negros em cargos de chefia porque esse segmento de trabalhadores tem uma formação acadêmica inferior. Segundo o relatório, há casos nos quais empregados negros e brancos têm qualificação acadêmica em patamares semelhantes. Mas, nem sempre, isso significa uma maior mobilidade profissional. [...] os objetivos do Ministério Público do Trabalho, que criou o Programa de Oportunidade no Mercado de Trabalho, são: promover a admissão de um número maior de negros, aproximar as médias salariais de brancos e negros e criar critérios de ascensão profissional mais transparentes” (CARDOSO, 2005).

22 No caso dos negros, a discriminação pela imagem ocorre em razão da pele escura e os cabelos crespos que são alvo de preconceito e deixam os negros de fora de diversas oportunidades de trabalho (BOEHM, 2017).

23 A título de exemplo, destaca-se o caso em que o Ministério Público do Trabalho da Bahia entrou com ação civil pública contra o Bradesco por discriminação racial e estética. Segundo o Ministério Público apurou, o banco proibia o uso de barba por empregados e estabelecia determinadas normas às bancárias, as quais não podiam usar cabelo natural quando se tratassem de pessoas de diferentes raças que não a branca (FRANCISCO, 2008).



Assis, “por causa do preconceito, os negros têm também dificuldade de ocupar cargos de maior exposição, como relações públicas, caixa bancário, secretários e recepcionistas.” (BOEHM, 2017).

Mais recentemente, para avaliar a discriminação de gênero e cor no setor bancário, o Sindicato dos Bancários de São Paulo realizou dois censos, em 2008 e 2014.²⁴ A secretária-geral do Sindicato dos Bancários de São Paulo, Osasco e Região destaca que no censo de 2008, os negros representavam em torno de 18% da categoria dos bancários. No último levantamento, em 2014, o percentual passou para 24,7% (21,3% pardos e 3,4% pretos). Apesar do aumento na participação em cargos no setor bancário, a ascensão na carreira continua difícil, disse a secretária (BOEHM, 2017).

Pelos dados apresentados, é fácil perceber que os trabalhadores negros ainda estão longe da plena inclusão no setor bancário brasileiro, bem como da ocupação de cargos de liderança dentro destas instituições. Assim, o questionamento que surge é como promover uma maior inclusão social dos negros no mercado de trabalho do sistema financeiro? Vários caminhos são possíveis, isso porque a promoção de ações concretas de inclusão dos negros passa pelo combate às práticas discriminatórias. Assim, é possível destacar dois modelos básicos: o repressor e o da ação afirmativa (BRITO FILHO, 2009, p. 61).

O primeiro modelo caracteriza-se por ser mais estático, que reprime, principalmente nos aspectos penal, civil e trabalhista, a conduta discriminatória. Já o segundo, é um modelo mais dinâmico, que combate a discriminação por meio de normas que, com a criação de oportunidades diferenciadas para integrantes de grupos vulneráveis, buscam corrigir situações de desequilíbrio (BRITO FILHO, 2009, p. 61).²⁵

Dessa forma, para combater modalidades de discriminação ilícitas, aqueles que “são discriminados pela cor (raça) também merecem políticas públicas de inclusão, como forma de ter acesso ao emprego formal em igualdade de condições com as pessoas que não sofrem esse tipo de discriminação” (GOLDSCHMIDT, 2008, p. 243).

24 De acordo com “as informações mais atualizadas, do censo de 2014, as mulheres no setor bancário ganham 77% da remuneração dos homens. “Melhoramos esse indicador desde 2008 em 1,5%. Conforme cálculo do Dieese [Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos], se a cada seis anos conseguirmos melhorar 1,5%, vamos demorar 88 anos para ter salários iguais aos dos homens, se continuar neste ritmo.”

“Se olharmos o rendimento médio dos bancários por cor, a média mensal dos negros é 84% em relação ao dos brancos. No mesmo ritmo [considerado entre 2008 e 2014], nós demoraríamos 23 anos para ter equiparação salarial entre negros e brancos”, acrescentou Neiva.

Para a sindicalista, outra questão grave é que as mulheres negras recebem o equivalente a 68% do rendimento dos homens brancos. “Se você olhar o setor financeiro, é muito raro você ver uma gerente negra. Então os bancos, vão contratar [negras] para áreas invisíveis.” (BOEHM, 2017).

25 Neste segundo modelo enquadra-se o “Programa de Promoção da Igualdade de Oportunidade para Todos”, desenvolvido pelo Ministério Público do Trabalho.



A fim de promover maior inclusão dos trabalhadores vítimas de discriminação, Goldschmidt (2008, p. 250) sugere a criação de incentivos para contratação, facilitação de acesso à educação, criação de cotas em universidades, cotas para portadores de necessidades especiais, regras para impedir ou punir discriminações, etc.

Assim, é necessário que as políticas para os mais pobres sejam feitas em conjunto com as voltadas à população negra. O Brasil tem “um débito histórico com o negro. A saída é investir em ferramentas para dar as mesmas condições aos afrodescendentes de competirem em pé de igualdade” (SEIXAS; CAMPOS, 2017).

Aliado a isso, é preciso investir em medidas que visem o fim do racismo, pois enquanto ele for mascarado, será reproduzido em várias esferas e, conseqüentemente, na relação de trabalho. No ambiente laboral o que deve imperar é a capacidade, a aptidão profissional. Questões como cor, gênero jamais devem prevalecer (SEIXAS; CAMPOS, 2017).

Por fim, é forçoso vencer o pensamento ainda enraizado na sociedade de que a população negra serve apenas para a ocupação de determinados segmentos profissionais. As políticas públicas de inclusão dos negros são uma importante ferramenta para ruptura com as condutas discriminatórias que ainda hoje impedem a contratação e a ascensão dos negros em posições de direção no setor bancário.

5 CONCLUSÃO

Pode-se observar no presente estudo que o negro, desde a época da escravidão, sofre com a discriminação em virtude da cor da sua pele. Ser negro era sinônimo de incapacidade, de preguiça, de indignidade. Em que pese não haver mais escravidão, a população negra ainda é escrava de seu passado, de maneira que sofre cotidianamente com as práticas discriminatórias, mormente nas relações laborais, em que encontra dificuldade para ingressar e se manter no mercado de trabalho.

Denota-se que no setor bancário, conforme estudo realizado, a prática de discriminação é ainda maior, tendo em vista que os trabalhadores negros representam menos de 30% do total de empregados da área, e aqueles que conseguem ser contratados, dificilmente conseguirão ascender na carreira.

Assim, verifica-se a necessidade de as empresas estabelecerem regras mais claras e transparentes na contratação e na manutenção dos contratos de trabalho relativos às pessoas negras. Além disso, é preciso que o poder público implemente políticas públicas voltadas à população negra, que visem a ruptura das práticas discriminatórias, especialmente no setor bancário.



REFERÊNCIAS

BOEHM, Camila. Negros enfrentam mais dificuldades que brancos no mercado de trabalho, diz MPT. **Agência Brasil**, 08 nov. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-11/negros-enfrentam-mais-dificuldades-que-negros-no-mercado-de-trabalho-diz-mpt>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 set. 2018.

_____. **Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968**. Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão. Brasília, 20 jan. 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/1950-1969/D62150.htm>. Acesso em: 06 set. 2018.

_____. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969**. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Brasília, 10 dez. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/decreto/1950-1969/D65810.html>. Acesso em: 06 set. 2018.

_____. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, 7 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 07 set. 2018.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, 09 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 06 set. 2018.

_____. IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Segundo Trimestre de 2018**. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact_2018_2tri.pdf>. Acesso em: 06 set. 2018.

_____. IBGE. **População chega a 205,5 milhões, com menos brancos e mais pardos e pretos**. 2017. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/18282-pnad-c-moradores.html>>. Acesso em: 06 set. 2018.

_____. IBGE. **Rendimentos de todas as fontes 2017**. 2017. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101559_informativo.pdf>. Acesso em: 06 set. 2018.

_____. IBGE. **Território brasileiro e povoamento**. 2000. Disponível em: <<https://brasil500anos.ibge.gov.br/en/territorio-brasileiro-e-povoamento/negros.html>>. Acesso em: 06 set. 2018.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Diversidade no trabalho e atuação do Ministério Público do Trabalho. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, Brasília, n. 38, p. 54-67, set. 2009.

CARDOSO, Cíntia. Bancos são acusados de discriminação racial. **Folha de São Paulo**, 24 jul. 2005. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi2407200502.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2018.



COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. **Discriminação no trabalho**: mecanismos de combate à discriminação e promoção de igualdade de oportunidades. [2015?] Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/oit/oit_igualdade_racial_05.pdf>. Acesso em: 08 set. 2018.

DIEESE. **Os negros no trabalho**. São Paulo, n.1, 2013. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/analiseped/2013/2013pednegrosmetEspecial.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2018.

FERES JÚNIOR, João. Aspectos semânticos da discriminação racial no Brasil para além da teoria da modernidade. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 21, n. 61, p. 163-176, jun. 2006. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=10706109>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

FRANCISCO, Luiz. Procurador acusa Bradesco de discriminação racial e estética. **Folha de São Paulo**, 14 mar. 2008. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1403200823.htm>>. Acesso em: 09 set. 2018.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Discriminação no mercado de trabalho: consciência e ações de resistência. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 48, n. 78, p. 231-251, jul./nov. 2008.

GOSDAL, Thereza Cristina. **Preconceitos e discriminação nas relações de trabalho**. Coleção Agrinho, 2015, p. 613-621. Disponível em: <http://www.agrinho.com.br/site/wp-content/uploads/2014/09/37_Preconceitos-e-discriminacao.pdf>. Acesso em: 08 set. 2018.

HELD, Thaisa Maira Rodrigues; BOTELHO, Tiago Resende. A proteção da igualdade étnico-racial no ambiente laboral. **Revista Jurídica Eletrônica da UFPI**, Teresina, v. 3, n. 2, p.1-22, dez. 2016. Disponível em: <<http://www.ojs.ufpi.br/index.php/raj/article/viewFile/6971/4089>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

LOPES, Otavio Brito. Minorias, discriminação no trabalho e ação judicial. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 76, n. 4, p. 149-158, out./dez. 2010.

_____. **Programa de promoção da igualdade de oportunidades para todos**. Prêmio Innovare, Brasília, 2007, edição IV. Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/proposta/pograma-de-promocao-da-igualdade-de-oportunidades-para-todos-1319/print>>. Acesso em: 01 set. 2018.

LUCAS, Doglas Cesar; CENCI, Ana Righi. A identidade latino-americana como problema e a necessidade de uma proposta intercultural. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Doglas Cesar; BRAGATO, Fernanda Frizzo (Org.). **Pós-colonialismo, pensamento descolonial e direitos humanos na América Latina**. Santo Ângelo: Editora Furi, 2015. p. 83-98.

MARCOCCI, Giuseppe. Escravos ameríndios e negros africanos: uma história conectada. Teorias e modelos de discriminação no império português (ca. 1450-1650). **Tempo**, Niterói, v. 15, n. 30, p. 41-70, enero-junio 2011. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=167018481003>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

MIGNOLO, Walter D.. Colonialidade: o lado mais escuro da modernidade. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 32, n. 94, p.1-18, jun. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69092017000200507&script=sci_



abstract&tIng=pt>. Acesso em: 30 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho**. 1998. Disponível em: <https://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf>. Acesso em: 07 set. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 2009. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Relatório n. 66/06. Caso n. 12.001. Simone André Diniz vs. Brasil**. 21 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2006port/brasil.12001port.htm>>. Acesso em: 06 set. 2018.

PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, v. 35, n.124, p. 43-55, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-15742005000100004&script=sci_abstract&tIng=pt>. Acesso em: 06 set. 2018.

_____. Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal**, Brasília, v. 15, p. 93-110, 2000. Disponível em: <http://www.escolamp.org.br/arquivos/15_07.pdf>. Acesso em: 06 set. 2018.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade, poder, globalização e democracia. **Novos Rumos**, Marília, v. 37, n. 17, p. 4-28, maio 2002. Trimestral. Disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/novosrumos/issue/view/183>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

_____. A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Perspectivas latinoamericanas. Buenos Aires: Clacso, 2005. p. 107-130. Disponível em: <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/lander/pt/lander.html>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

RUBIO, David Sánchez. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**: emancipações, libertações e dominações. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014.

SCHROEDER, Paulo Víctor; BIGOLIN NETO, Pedro. O direito à igualdade e não discriminação como resposta à colonialidade. In: CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA, 2016, Curitiba. **Anais...** Florianópolis: Conpedi, 2016. p. 212 - 227. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/0dzjck5o/JL0I2r7w13fFxf6e.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

SEIXAS, Beatriz; CAMPOS, Mikaella. Mercado de trabalho ainda discrimina os negros. **Gazeta online**, 29 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.gazetaonline.com.br/noticias/economia/2017/04/mercado-de-trabalho-ainda-discrimina-os-negros-1014049877.html>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

SILVA, René Marc da Costa. A Constituição de 1988 e a discriminação racial e de gênero no mercado de trabalho no Brasil. **Revista Colombiana de Derecho Internacional**, n. 23, p. 235-266, jul.-dez., 2013. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82430529008>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira. Da “invasão da América aos sistemas penais de hoje:



o discurso da “inferioridade” latino-americana. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: del Rey, 2006. Cap. 11. E-book.

STREIT, Maíra. Exclusão racial no topo. **Correio Braziliense**, 19 mar. 2017. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/eu-estudante/tf_carreira/2017/03/19/tf_carreira_interna,581923/exclusao-racial-no-topo.shtml>. Acesso em: 02 set. 2018.

STREVA, Juliana Moreira. Colonialidade do ser e corporalidade: o racismo brasileiro por uma lente descolonial. **Revista Antropolítica**, Niterói, n. 40, p. 20-53, janeiro-junho 2016. Semestral. Disponível em: <<http://www.revistas.uff.br/index.php/antropolitica/article/view/432>>. Acesso em: 02 set. 2018.



POLÍTICAS PÚBLICAS DE GÊNERO



ANÁLISE DA IMPLEMENTAÇÃO OU NÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE GÊNERO POR PREFEITAS ELEITAS NO ESTADO DO RS

Júlia Monfardini Menuci¹

Jóice Nielsson²

1 INTRODUÇÃO

Os regramentos coletivos que deram origem ao aparato instrumental jurídico que rege as interações sociais, utilizam-se de preceitos, costumes, juízos de valor e, principalmente, práticas culturais para ratificar e consolidar a hierarquia do masculino sob o feminino. Nesse diapasão, a desigualdade de gênero, encontrada desde os tempos mais remotos, é trazida até a contemporaneidade na forma de normatividade. Os períodos evolutivos da humanidade demonstram que as distinções de gênero resultaram em uma bagagem histórica incrustada de disparidades pautadas na cultura patriarcal, que primava pela subjugação e inferiorização feminina como regra societária, intentando a manutenção de poder e da supremacia masculina.

Esse projeto patriarcal alcança seu ápice, segundo Pierre Bourdieu (1995), na medida em que a própria visão da mulher sobre si mesma passa a ser distorcida e colonizada, de tal modo que suas histórias e trajetórias passam a ser contadas sob uma perspectiva patriarcal e sexista. Discursos de inferioridade, baseados em teorias de inferioridade feminina em detrimento de diferenças biológicas e naturais do sexo, refletiram nas leis e constituições criadas, ratificando a mulher em subalternidade perante a figura masculina de maneira positivada. A partir da repetição de incansáveis discursos de poder, fez-se com que as sociedades que estão evoluindo aceitem que a posição da mulher no corpo social é de menor valor do que a do homem, e permitiu que fossem construídas leis sobre essa falsa verdade.

Desse modo, compreendida como um sistema simbólico de poder, a diferença de gênero é, segundo Scott (2005), a origem mais antiga, universal e poderosa de muitas conceitualizações moralmente valoradas acerca de tudo que nos rodeia. Sua introdução como categoria de análise permitiu perceber que a remodelação do patriarcado (re)produziu estereótipos de gênero, contribuindo para a construção e manutenção da opressão contra mulheres. Todos esses fenômenos, constituídos no contexto de densas relações de poder, são imersos na sociedade contraditória, no qual a ideologia do poder patriarcal mantém o seu controle sobre a consciência

1 Mestre em Direito (UNIJUÍ, RS), advogada de Direito Civil e Previdenciário atuante no escritório Ramos e Bairros (Santa Maria, RS). Especialista em Direito Processual Cível (FAVENI, ES).

2 Doutora em Direito (UNISINOS, RS), professora do Curso de Pós-Graduação - Mestrado em Direitos Humanos e do curso de Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI).



popular. E a desigualdade de gênero passa a ter implicações profundas na atuação política feminina, considerando os limites impostos pelo patriarcado e a exclusão da mulher do espaço público - não sem resistências - desde os tempos remotos.

Diante desse cenário, o presente estudo investiga a atuação política de mulheres eleitas prefeitas em âmbito municipal no Estado do Rio Grande do Sul para o mandato de 2013 a 2016, com o intuito de averiguar se essas gestões contribuíram qualitativamente na instauração de ações positivas e políticas públicas destinadas especificamente às mulheres. A metodologia utilizada foi a análise de caso, com a captação de dados públicos disponíveis das cidades do Estado do Rio Grande do Sul que tiveram mulheres prefeitas eleitas. A fim de desenvolver a temática, o presente artigo se estrutura em três etapas. Na primeira, apresenta uma síntese da evolução das políticas públicas para mulheres no Brasil, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988 e na primeira década do século XXI, com ênfase para a aprovação da Lei de Cotas. Na segunda etapa, apresenta a metodologia e os dados identificados a partir da realização da pesquisa, para, em uma terceira etapa, realizar a análise de tais dados, a fim de contribuir criticamente para a análise da participação política de mulheres.

2 PARTICIPAÇÃO POLÍTICA FEMININA EM BUSCA DE IGUALDADE DE GÊNERO

O movimento feminista sempre buscou uma maior igualdade para as mulheres dentro da sociedade patriarcal, lutando para romper o estereótipo de poder que comandava a ordem social e para conferir direitos às mulheres. Destes, a conquista dos direitos políticos, e entre eles o direito ao voto e ao sufrágio universal demonstraram-se uma árdua conquista, que adveio da união feminina por meio do movimento sufragista, fortemente influenciado, no Brasil, pelo modelo americano e europeu de reivindicação. Tal movimento culminou, em 1932, com a conquista do direito ao voto feminino.

Desde então, em virtude da modificação do papel da mulher na sociedade, muitas foram as ações políticas que se destinavam a elas, cujo ápice do reconhecimento legislativo da igualdade de direitos se deu a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Com a CF/88, novos horizontes se expandiram para as mulheres; a figura feminina, subjugada ao masculino e inexistente no cenário social, passou a ser sujeito emergente de direitos, especialmente a partir de ações afirmativas criadas para sua inclusão no espaço público. Seu papel se modificou, e sua inserção na política, bem como o avanço das reivindicações feministas, resultaram na composição de políticas públicas e programas governamentais que reconheciam a necessidade de abordar essas demandas de forma consciente.

Dessas, destaca-se a aprovação, em 1995, da Lei 9.100, chamada de Lei de Cotas. Tal legislação consignava que os partidos deveriam ter um mínimo de



candidaturas femininas, ampliando a participação das mulheres nos espaços de decisão e aumentando sua representatividade. A Lei 9.100/95, não mais determinava cotas femininas, mas sim, cotas de gênero, que seriam distribuídas com um mínimo de 30% das candidaturas políticas para as mulheres e 70% para os homens (MOREIRA, 2009).

A partir de então, muitas das políticas públicas em vigor constituíram-se a partir do reconhecimento, por parte do Estado, do processo de exclusão e discriminação historicamente imposto a amplos grupos sociais, entre os quais, as mulheres. Essa intensa organização social em busca de direitos foi denominada, por algumas autoras tal como Heleieth Saffioti (2004), de agenda de gênero. A partir dos anos 1980 essa agenda passou a trazer à tona temas como a violência, visando criar programas abrangentes que atendessem as mulheres vítimas de crimes no âmbito doméstico. Esse eixo pretendia auferir às mulheres atenção integral (jurídica, psicológica e médica), assim como criar abrigos para as vítimas. Através de medidas ligadas à segurança pública, originam-se as delegacias especializadas em crimes cometidos contra mulheres, juntamente com a aplicação de medidas repressivas e preventivas desses crimes que fossem mais efetivas no combate à violência de gênero (BANDEIRA, 2014).

Toda essa agenda de debates e mobilizações sociais refletiram na atuação do Estado que passou institucionalizá-las por meio de políticas sociais e econômicas, que visaram incorporar e reconhecer as mulheres como sujeitos de direitos. As demandas feministas foram se materializando nas instituições públicas, por meio de ações desenvolvidas de forma transversal e executadas por várias estruturas da própria administração, nas quais se apoiam à perspectiva de reverter as desigualdades, ainda persistentes, no Brasil.

A partir da agenda de gênero, a contribuição dos movimentos sociais e feministas foi decisiva para a consolidação de conquistas em vários setores governamentais. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 avançou de forma significativa no reconhecimento e ampliação de direitos, em especial no campo da saúde, da assistência social, da educação e na inclusão econômica, para a sociedade em geral e, em particular, para grupos excluídos.

A participação política também foi ampliada, uma vez que o Estado brasileiro promoveu, especialmente na primeira década do século XXI, a democratização das suas relações com a sociedade por meio da viabilização de espaços de diálogo e de participação, entre eles: fóruns, conferências, consultas públicas, dentre outros mecanismos que possibilitaram que as vozes femininas fossem ouvidas. No contexto internacional também ocorreram importantes avanços, com destaque para Convenções e Tratados dos quais o Brasil é signatário e que trouxeram contribuições relevantes para os direitos das mulheres, reforçando as conquistas internas obtidas no país.



Sobre essa imbricação, Parada (2016) afirma que políticas públicas e política são conceitos diversos, mas ambos derivam da força social: enquanto a última tem um conceito amplo, referindo-se a poder; as políticas públicas são soluções específicas para gerir os assuntos públicos. Assim, política pública é uma ferramenta de intervenção do Estado - que por sua vez é comandado pela política - diante da sociedade para responder aos problemas demandados por esta de forma planejada. É de responsabilidade do Estado sua implementação e manutenção a partir das decisões dos atores públicos e sociais sob a forma de planejamento e execução.

No caso das políticas públicas para mulheres, um marco significativo no desencadeamento de um arranjo institucional capaz de desenvolver uma estrutura de políticas públicas com tal finalidade foi a criação da Secretaria de Política para Mulheres - SPM, da Presidência da República, no ano de 2003. Desde sua criação, a SPM passou a desenvolver uma série de Conferências e cartilhas informativas, dissipando conceitos de igualdade de gênero e permeando o espaço nacional com mecanismos de enfrentamento à cultura patriarcal. Ao longo dos primeiros anos, suas ações receberam um número significativo de investimentos para a ampliação dos serviços e criação de outros novos, como Centro de Referência de Atendimento às Mulheres, Defensorias da Mulher, Serviços de Responsabilização e Educação ao Agressor, Promotorias Especializadas, além da construção de Redes de Atendimento às mulheres em situação de violência (SPM, 2011, p. 17).

Um de seus principais objetivos era a elaboração de um plano nacional de políticas direcionadas às mulheres, de modo transversal, ou seja, que as responsabilidades pelas ações e pelos resultados perpassassem todas as demais políticas, para a igualdade de gênero. De forma geral, o Plano Nacional é regido por princípios norteadores que auxiliam a disseminar a igualdade de gênero, desse modo, a atuação federal percorre um caminho ligado diretamente aos municípios, tendo a ciência de que as políticas públicas criadas pela SPM, implementadas no PNPM e destinadas às mulheres devem se estruturar também em âmbito estadual e municipal, respeitando as particularidades de cada localidade.

Os órgãos encarregados de implementar as metas do PNPM seriam Coordenadorias e Secretarias da Mulher. Por sua vez, os Conselhos, com a participação da sociedade civil, são criados para debater e analisar como serão os procedimentos de implementação, assim como se há viabilidade de implementar os capítulos do Plano na localidade e como será investido o montante econômico destinado às políticas públicas para mulheres. Outros órgãos que possibilitam o combate à desigualdade são as Delegacias da Mulher e as Casas de Passagem para mulheres em situação de violência doméstica. Esses dois locais são importantes porque remetem auxílio a mulheres que já tiveram seus direitos dilacerados, possibilitando que crimes de gênero sejam punidos e essas vítimas acolhidas.



Deve-se ressaltar, nesse ponto, que tais políticas públicas somente serão efetivas se existir a institucionalização municipal das instâncias governamentais. Isso significa dizer que as políticas para as mulheres, criadas pela federação, serão aperfeiçoadas e moldadas de acordo com a municipalidade, porém, é preciso criar um espaço local que rege e fiscaliza essas atividades. Esses espaços são chamados de Organismos Governamentais de Políticas Públicas para as Mulheres (OPM), sua implantação é reconhecida como um grande avanço no campo das políticas públicas, sendo “primordial a criação de organismos governamentais específicos na estrutura administrativa estadual, distrital e municipal como forma de fazer chegar ao cotidiano das mulheres as ações do poder público” (SPM, 2014, p. 7).

O que se vislumbra é uma relação complexa e ambivalente: as políticas públicas destinadas à mulher necessitam da representatividade na política, que, por sua vez, é impulsionada pela implantação de políticas de empoderamento, e faz com que as mulheres sejam foco da atuação governamental, ao mesmo tempo em que passem a ocupar cargos de gestão. Para que isso ocorra, é necessário que as mulheres ocupantes de espaços públicos estejam comprometidas com as necessidades de outras mulheres e com a implantação de políticas públicas para todas. Há, portanto, uma imbricação entre políticas públicas para mulheres e a participação política feminina.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS PARA MULHERES: PREFEITAS ELEITAS E SUAS ATUAÇÕES

A pesquisa que embasou este trabalho analisou a atuação de mulheres eleitas prefeitas, em âmbito municipal no Estado do Rio Grande do Sul para o mandato de 2013 a 2016, com o intuito de averiguar se essas gestões contribuíram qualitativamente na instauração de ações positivas e políticas públicas destinadas às mulheres. A metodologia utilizada foi a análise de caso, com a captação de dados públicos disponíveis das cidades do Estado do Rio Grande do Sul que tiveram mulheres prefeitas eleitas.

A pesquisa foi realizada da seguinte forma: inicialmente, foram identificadas as cidades que elegeram mulheres prefeitas no final do ano de 2012, para o mandato eleitoral que compreendia do ano de 2013 até 2016. Após destacados os municípios que elegeram prefeitas, procedeu-se ao estudo de caso, através de uma pesquisa nas páginas da internet de cada município, portanto, nos dados públicos disponíveis, inclusive no banco de dados de legislações municipais, identificando qualquer menção aos objetos da pesquisa.

O primeiro dado a ser destacado é que, em um universo total de 497 municípios que compõem o Estado do Rio Grande do Sul, nas eleições municipais para o mandato de 2013 a 2016, foram eleitas mulheres em apenas 37 destes, conforme



elementos apontados pelo Tribunal Regional Eleitoral do Estado. Desse modo, no aspecto quantitativo, acompanhando as tendências nacionais, depreende-se que apenas 37, ou seja, 7,4% das cidades gaúchas elegeram prefeitas, um número pequeno, se comparado ao total de 497 municípios que compõem o Estado, sendo até mesmo menor que a média de mulheres eleitas em eleições brasileiras.

A partir dessa constatação, nas páginas oficiais e banco de leis de cada um dos 37 municípios buscou-se averiguar se durante a gestão das prefeitas mulheres, os municípios instituíram:

- a) Estrutura administrativa ou Organismo de Política para Mulheres – OPMs, sejam Secretarias Municipais, Coordenadorias, ou Departamentos, independentes ou vinculados a outros órgãos;
- b) Serviços capazes de acolher e proteger mulheres em situação de violência (Centro de Referência para Mulheres, Casas de Passagens ou Casas Abrigo, Rede de Proteção à Mulher, dentre outros);
- c) Conselhos Municipais de Direitos da Mulher;
- d) Demais Políticas públicas específicas para as mulheres;

O desenvolvimento da pesquisa se deu a partir da busca de informações públicas disponíveis nos sites oficiais, especialmente sua legislação e portais da transparência. O objetivo neste momento foi, além de buscar respostas aos questionamentos centrais da pesquisa, traçar um perfil demográfico e socioeconômico de cada um dos municípios para compreender a existência ou não de órgãos dedicados às mulheres.

A fim de complementar a análise, foi efetuada pesquisa no Observatório da Violência contra a Mulher, retirando dados proporcionados pela Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Sul, a fim de averiguar os indicadores de violência em cada um dos municípios, nos anos de 2012 a 2016. Nesse aspecto, optou-se por incluir os dados de 2012 (ano anterior ao período de gestão aqui analisada 2013-2016), a fim de verificar a ocorrência ou não de mudanças significativas nesses índices.

Embora as políticas públicas para mulheres não digam respeito somente à questão da violência, a análise desses dados é relevante porque, na atualidade, considera-se que a violência contra a mulher tenha se tornado a face mais visível e perversa da desigualdade de gênero, o que justifica a escolha desses dados para a análise aqui proposta. A partir da realização da pesquisa apresentada acima, os dados obtidos podem ser sintetizados na tabela abaixo:



TABELA 1 – Mulheres eleitas prefeitas Mandato eleitoral 2013-2016 Rio Grande do Sul

(continua)

Município	Partido	Habitantes	População de Mulheres	Foi possível identificar a implantação de alguma espécie de Políticas Públicas específicas para Mulheres?	Implementou OPM durante a gestão?	Foi possível identificar a implantação de algum serviço de atendimento à mulher em situação de violência?	Implementou o Conselho da Mulher durante a gestão?	Total de Boletins de Ocorrência com denúncias de violência de gênero ocorrida no município entre os anos de 2012 a 2016 ³
1. Arambaré	PDT	3.748	1.839	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	88
2. Campestre da Serra	PMDB	3.407	1.573	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	61
3. Campos Borges	PMDB	3.514	1.740	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	42
4. Catuípe	PDT	9.335	4.733	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	281
5. Cerro Grande	PTB	2.437	1.208	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	41
6. Cristal	PSB	7.831	3.594	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	183
7. Cruzaltense	PP	2.077	1.040	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	29
8. Dois Irmãos	PMDB	30.753	13.919	SIM	SIM	SIM	SIM	714
9. Encruzilhada do Sul	PDT	25.872	12.212	SIM	SIM	SIM	SIM	635
10. Guarani das Missões	PT	8.080	4.164	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	234
11. Ibarama	PP	4.519	2.141	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	85
12. Inhacorá	PP	2.312	1.119	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	47
13. Itatiba do Sul	PT	3.896	1.993	SIM	SIM	NÃO	JÁ EXISTIA	103
14. Ivorá	PMDB	2.104	1.059	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	25
15. Julio de Castilhos	PSDB	20.012	9.953	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	564
16. Manoel Viana	PP	2.104	3.516	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	136
17. Mato Leitão	PP	4.276	1.928	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	68
18. Minas do Leão	PP	8.059	3.853	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	194
19. Nova Santa Rita	PT	26.450	11.275	SIM	JÁ EXISTIA	SIM	SIM	787
20. Picada Café	PSDB	5.595	1.239	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	23
21. Portão	PMDB	34.692	15.405	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	966

3 Dados disponíveis em: <http://www.ssp.rs.gov.br/indicadores-da-violencia-contra-a-mulher>. Acesso em: jan. 2018.

TABELA 1 – Mulheres eleitas prefeitas Mandato eleitoral 2013-2016 Rio Grande do Sul (conclusão)

Município	Partido	Habitantes	População de Mulheres	Foi possível identificar a implantação de alguma espécie de Políticas Públicas específicas para Mulheres?	Implementou OPM durante a gestão?	Foi possível identificar a implantação de algum serviço de atendimento à mulher em situação de violência?	Implementou o Conselho da Mulher durante a gestão?	Total de Boletins de Ocorrência com denúncias de violência de gênero ocorrida no município entre os anos de 2012 a 2016 ⁴
22. Porto Vera Cruz	PMDB	1.852	916	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	40
23. Presidente Lucena	PMDB	2.752	1.174	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	42
24. Quinze de Novembro	PMDB	3.816	1.854	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	149
25. Salvador do Sul	PPS	7.434	3.335	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	186
26. Santa Cecília do Sul	PSB	1.695	816	SIM	NÃO	NÃO	SIM	32
27. Santana da Boa Vista	PTB	8.414	4.073	SIM	SIM	SIM	NÃO	179
28. Santo Antônio do Planalto	PSB	2.059	1.007	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	24
29. São João do Polêsine	PMDB	2.646	1.363	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	69
30. São Martinho	PMDB	5.779	2.935	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	105
31. São Paulo das Missões	PMDB	6.280	3.136	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	106
32. São Vendelino	PTB	2.154	950	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	23
33. Sapiranga	PP	80.311	37.996	SIM	JÁ EXISTIA	SIM	JÁ EXISTIA	3559
34. Sete de Setembro	PMDB	2.114	1.042	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	25
35. Torres	PT	27.554	17.821	SIM	SIM	SIM	JÁ EXISTIA	1625
36. Vera Cruz	PP	26.024	12.234	SIM	SIM	SIM	JÁ EXISTIA	785
37. Vila Nova do Sul	PTB	4.407	2.105	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	90

Fonte: elaborada pelas autoras.

4 Dados disponíveis em: <http://www.ssp.rs.gov.br/indicadores-da-violencia-contra-a-mulher>. Acesso em: jan. 2018.



Através da análise desses dados, pode-se constatar:

- O baixo número de mulheres eleitas (apenas 7%), ou seja, 37 prefeitas para um total de 497 municípios; 12 filiadas ao PMDB, 8 filiadas ao PP, 4 filiadas ao PT, 4 ao PTB, 3 ao PDT, 2 ao PSDB, 3 ao PSB, e 1 ao PPS;
- A eleição de mulheres em municípios majoritariamente de pequeno porte: 29 em municípios de até 10.000 habitantes; 7 em municípios de até 30.000 habitantes; e apenas 1 em município acima de 80.000 habitantes;
- A eleição de mulheres prefeitas expressivamente em municípios de economia agrícola ou agropecuária;
- Apenas 9 das 37 prefeitas implementaram alguma espécie de política pública específica para mulheres, e destas 5 deram sequência a processos e políticas públicas já existentes, iniciados em gestões anteriores;
- Destas 9, apenas 2 eram prefeitas de municípios com menos de 10.000 habitantes, o que indica que em municípios menores a implantação de políticas públicas para mulheres demanda um processo mais longo e mais árduo do que aquele já alcançado em municípios mais populosos;
- Nos municípios que não possuem políticas públicas de atendimento e acolhimento às mulheres, em sua maioria municípios pequenos, com menos de 5.000 habitantes, observa-se um número muito reduzido de notificações de violência doméstica. Nesse sentido, percebe-se, se comparado aos índices nacionais, um alto grau de subnotificação, uma vez que as mulheres não encontram assistência e amparo necessários para romper com o ciclo da violência;

A partir dos resultados obtidos e apresentados acima, especialmente aquele que demonstra a pouca vinculação existente entre a eleição de mulheres e a implantação de políticas públicas específicas para mulheres, o tópico seguinte realiza algumas análises críticas a respeito dessa imbricação, a fim de averiguar a qualidade da participação política das mulheres, bem como sua efetividade no que tange à superação das desigualdades de gênero, e o empoderamento das mulheres.

4 A PARTICIPAÇÃO DA MULHER NA POLÍTICA E A PERPETUAÇÃO DAS DESIGUALDADES DE GÊNERO

De início, cabe destacar que, com relação ao baixo número de mulheres eleitas, as razões históricas da exclusão das mulheres da política fazem parte de um longo percurso histórico de exclusão das mulheres dos espaços públicos e seu confinamento nos espaços privados, domésticos, de exercício exclusivo das tarefas não remuneradas do cuidado. Tal processo instituiu, a partir da constituição do patriarcado como forma de organização social, a dicotomia público/privado e a consequente subordinação, opressão e discriminação das mulheres dos espaços públicos, em processo designado de Contrato Sexual (PATEMAN, 1993).



Conforme demonstrado, o percentual de mulheres eleitas para gerirem prefeituras gaúchas no período estudado é de apenas 7,44%. Este fato revela-se lastimável, especialmente em virtude das várias políticas públicas implementadas após a Constituição Federal de 1988, no sentido de incentivar o ingresso das mulheres no espaço da política e a promoção da representatividade de gênero nos espaços de poder, especialmente a Lei de Cotas e suas regulamentações. O que fica evidenciado é que ainda há um longo caminho a ser percorrido em busca da paridade. No entanto, apesar da gravidade dessa constatação, o objetivo deste estudo se atém a averiguar a atuação das (poucas) mulheres eleitas, especialmente no que tange à promoção de políticas públicas para mulheres.

Conforme verificado, em apenas 9 dos 37 municípios geridos por mulheres foi possível identificar a implementação de alguma espécie de política pública específica para mulheres durante a gestão. No que tange às demais prefeituras, foi perceptível que o tema mulher está vinculado, e, portanto, o atendimento a elas e a promoção de políticas públicas se dá através de outras Secretarias, especialmente a Secretaria da Assistência ou Desenvolvimento Social, e/ou a Secretaria da Saúde, ou ainda a Secretaria de Governo.

Ainda, vale referir que nessas administrações, as menções à realização de atividades ou campanhas que tenham como foco específico as mulheres se dá especialmente em dois momentos: no mês de março, em alusão ao Dia Internacional da Mulher, e no mês de outubro, em alusão à campanha internacional de prevenção ao câncer de mama, chamada de “Outubro Rosa”. No primeiro caso, tratam-se, na maioria das vezes, de atividades comemorativas e de “homenagens” às mulheres, e no segundo, atividades com foco na saúde e prevenção ao câncer. Embora tais atividades sejam relevantes, pouco contribuem para o debate e promoção de políticas de igualdade de gênero e empoderamento das mulheres que esta pesquisa visa averiguar.

O que a pesquisa demonstra é que na grande maioria das prefeituras a implantação de políticas públicas para mulheres, que de fato tenham como objetivo a promoção da igualdade de gênero e o empoderamento, não figura como preocupação de primeira ordem. Como os dados da subnotificação revelaram, até mesmo a existência da violência de gênero permanece velada, naturalizada ou invisibilizada, o que, conseqüentemente, cala o debate sobre o tema, e não leva à constatação da “necessidade” da realização de políticas públicas para seu enfrentamento.

Essa situação revela um aparente paradoxo. O suposto empoderamento das mulheres, a ponto de viabilizar sua participação política e eleição para gestoras municipais, e uma aparente não priorização na promoção de políticas de empoderamento para mulheres. Como explicar tal situação? Embora não tenhamos a pretensão de esgotar as análises e as explicações sobre o tema, acreditamos que tal situação pode ser compreendida a partir do longo processo histórico de constituição



e perpetuação de uma sociedade patriarcal, que ainda está longe de ser rompido.

Isso porque, a estrutura patriarcal se sustenta a partir da perpetuação de estereótipos de gênero, que legitimam e mantêm a divisão do poder a partir da lógica sexista, racista e classista. Tais estereótipos de gênero, e com eles os papéis sociais e espaços diferenciados a homens e mulheres, são um dos fatores mais significativos no cerceamento da atuação das mulheres na política. Ocorre que essas concepções históricas foram trazidas ao campo político moderno, e são utilizadas por agentes contrários à participação feminina para lhes retirar o poder anteriormente dado com a Lei de Cotas (VERDADE, 2013). A crença na inferioridade feminina foi trazida até os dias atuais e interfere diretamente na capacidade de atuação das mulheres que desejam adentrar no rol político.

Mesmo após a criação da Lei de Cotas, a participação feminina na esfera pública é rodeada por uma série de elementos que fazem com que as mulheres ainda sejam parcela irrisória na política. Em que pese a política de cotas tenha resultado em um avanço no que diz respeito às possibilidades do engajamento feminino, inclusive com números positivos que outrora não se viam, atualmente, ainda são muitos os motivos que acarretam na distância do feminino para com o político, tais como as possibilidades explanadas acima.

Em consonância com esse argumento, a divisão sexual do trabalho também é outra forma eficaz, antiga e excludente utilizada para exilar as mulheres do cenário público. Essa divisão corrobora a dicotomia público/privado a qual a mulher ainda está inserida, mesmo tendo o movimento feminista quebrado barreiras significativas (PINHEIRO, 2006). A exemplo disso, na maioria das casas brasileiras, as tarefas domésticas raramente são compartilhadas, ficando sob exclusiva responsabilidade das mulheres. Segundo o Ipea (2016, p. 37),

nos domicílios, conforme aumenta o número de filhos, menor é a proporção de homens que cuidam dos afazeres domésticos. Nas famílias com nenhum filho, 54,6% dos homens e 94% das mulheres se dedicam a estas atividades. Nos domicílios com cinco filhos ou mais, são apenas 38,8% dos homens, para 95,7% das mulheres cuidando destes afazeres. [...]. Apenas a posse de máquina de lavar impacta o número de horas despendidas nesta atividade: as mulheres que a possuem dedicam 25,4 horas semanais, passando para 28,2 horas quando não têm acesso a este bem, e os homens, de 10,1 para 11,6 horas.

Esse cenário devastador demonstra que a mulher que almeja buscar uma candidatura, além de manter um trabalho remunerado, precisar laborar em casa, ser a principal responsável pelas tarefas domésticas de cuidado, além de necessitar se adequar à agenda partidária, cuja participação no partido é majoritariamente



composta por homens que não precisam enfrentar essa realidade. Nesse sentido, a mulher necessita participar dos espaços políticos, mas para que seja eleita, deve preencher um estereótipo de mulher “mãe, esposa, bonita bem vestida, que saiba se comportar” (VERDADE, 2013, p. 107). O ideário de mulher perfeita perfaz o perfil das candidatas que conseguirão se eleger, isso porque as mulheres que fogem de padrões sociais são consideradas radicais, inconstantes, e inconfiáveis, e desse modo inadequadas ao espaço patriarcal da política.

Para Miguel e Biroli (2011), a mídia contribui negativamente na construção dessa imagem feminina, fazendo com que pareça estranho ter mulheres na política quando essas não atuam no rol doméstico, sendo boas mães, esposas ou filhas. A contrariedade reside no fato de que a atuação no privado, por si só retira, ou ao menos diminui em muito a possibilidade das mulheres alcançarem altos cargos de poder dentro do público, bem como impossibilita a publicidade de mulheres que representam integralmente sua classe dentro do debate político, pela falta de tempo livre.

De acordo com os autores (2011), a visão da mídia diante de algumas mulheres públicas, na maioria das vezes se reduz à “aparência das mulheres na política. Ainda hoje, deputadas jovens e consideradas bonitas recebem o título de ‘musas do Congresso’, e são raras as reportagens sobre elas em que isto não seja mencionado” (2011, p. 171). Os autores demonstram que uma mulher considerada bonita encontra ênfase maior na mídia diante de sua atuação. Outra questão é que:

As reportagens apresentam a confirmação do ‘pertencimento’ da mulher à vida privada ao colocar a condição de mulher solteira como um estigma e uma razão para a atuação política. Por outro lado, a vida política pode, ao mesmo tempo, constituir a exceção que justifica a ausência na vida doméstica e que pode levar ao fim do casamento. É o caso de Emília Fernandes, que foi senadora e posteriormente, ministra da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Em seu perfil, ao ser eleita senadora pelo PTB do Rio Grande do Sul aos 45 anos, estão as informações de que ‘não cozinha’, ‘não faz as compras do supermercado’ e ‘não cuida da casa’. (Época, 19 out. 1994, p.42). Seis anos depois uma reportagem da mesma revista sobre a conquista de posições de destaque e de poder por mulheres brasileiras fala da presença de Fernandes na Mesa Diretora do Senado. Entre referências às maquiagens e roupas, menciona que a Senadora ‘é tão devotada ao mandato que viu ruir o casamento de 31 anos’. (MIGUEL; BIROLI, 2011, p.173-174).

Portanto, a imagem das mulheres políticas, bem como seu *status* dentro do privado, ainda são aspectos basilares para avaliar sua conduta na área pública, ainda que pareça que os dois espaços sejam independentes, para a mulher, eles sempre estarão correlatados, e, muitas vezes, apresentados como antagônicos. O sucesso



na política poderia implicar o fracasso na vida familiar. Obviamente, cabe destacar, que o mesmo não ocorre no que tange aos homens, para os quais a atuação no âmbito doméstico pouco ou nada interfere na sua avaliação política.

É neste contexto que Flávia Biroli (2010) afirma que os estereótipos que um dia moveram o corpo social a exilar as mulheres no privado ainda existem, permanecendo a naturalização da exclusão feminina da política. Essa exclusão legitima a máxima usada por Biroli, abordando a política como “negócio de homens”, onde as mulheres não estariam enquadradas por não serem capazes de atuar naquele local.

E essa lógica é utilizada, muitas vezes, pelos próprios partidos políticos que, em sua lógica patriarcal interna, auxiliam de forma diferenciada seus candidatos, em virtude da sua “importância”, “liderança” ou capital político. José Alves (2010, p. 24), referindo-se sobre a pouca participação feminina, relata que esse “fenômeno não decorre da carência de mulheres aptas a concorrer, mas antes do modo que os partidos são organizados: ‘Eles são controlados por homens, que dão pouco espaço para as mulheres estruturarem suas campanhas’”. Nesse ínterim, os próprios partidos favorecem o masculino, proporcionando maior visibilidade e empreendimentos econômicos que facilitam a campanha.

Desse modo, ressalta-se que “os partidos selecionam os candidatos, comandam as campanhas, seus tópicos e questões programáticas, organizam os representantes em bancadas, entre outras atividades centrais” para que ocorra o processo representativo (MACHADO; STEFFENON, 2012, p. 420). A verdade é que os partidos são estruturas com objetivos bem definidos e, muitas vezes, esses objetivos não enfocam a mulher. Além disso, são locais de difícil penetração, ou seja, para entrar efetivamente em um partido e ter voz ativa, precisa-se de muita influência.

Essa priorização partidária às campanhas masculinas tem como fator relevante de atuação a questão econômica. Conforme Clara Araújo (1999) já afirmava, fatores econômicos são os aspectos basilares para que as mulheres não sejam direcionadas para o público. No Brasil, as campanhas eleitorais são financiadas pela iniciativa privada, e que se perpetua mesmo depois da chamada “reforma política”, muito embora os candidatos possam receber auxílio público, em sua totalidade as campanhas utilizam-se de montantes advindos de incentivos privados.

De acordo com Verdade (2013), os investimentos do TSE, conforme a transparência dos dados eleitorais, apontam que os recursos utilizados nas campanhas eleitorais refletem que os indivíduos que arrecadam mais recursos econômicos são eleitos com mais facilidade, os dados também demonstram que as mulheres arrecadam infinitamente menos recursos do que os homens. As tarefas primordiais de uma campanha, como montar um comitê, se comunicar com o eleitor, apresentar propostas, divulgação de ideias, demandam dinheiro, e se o candidato não dispuser desses recursos, com certeza não será eleito. Nesse sentido, é claro



que o dinheiro empreendido e o auxílio conferido ao sujeito com maior visibilidade e bagagem política retira das mulheres a maioria das chances de candidatura.

Além da questão financeira, Araújo (1999) destaca a existência de uma espécie de processo seletivo definidor de quem poderá ou não promover uma candidatura. Nesse processo, a própria burocracia que integra o pedido de candidatura desestimula muitas mulheres, especialmente em cidades pequenas do interior: o período pré-candidatura requer registro e oficialização de um candidato, para isso, precisa-se de assistência jurídica para lidar com os trâmites legais e burocráticos. A pesquisa, disponível no livro *Mulheres nas Eleições 2010* (2012), aponta que o índice de reprovação de registros de pré-candidatos é mais alto entre as mulheres do que os candidatos homens. Esse índice tem aumentado ao longo dos anos,

As mulheres representaram 36,2% da totalidade dos candidatos impugnados, em 2010, o que equivale a 29,7% de todas as candidaturas femininas apresentadas, ao passo que esse percentual, para os homens, foi de 14,9%. Em 2006, a proporção de registros impugnados foi de 17,8%, para as mulheres, e de 14%, para os homens. (FEITOSA, 2012, p. 144).

Em função de tudo isso, constitui um cenário desalentador perceber que as mulheres ainda estão sujeitas a ordenações e vontades machistas e sexistas, e que essas regras ainda ditam o modo político de operar. Dentro dos partidos, o único estereótipo aceito e incentivado é o submisso, sob essa perspectiva, as mulheres passivas e obedientes conseguem dos partidos maiores regalias do que as mulheres “ingovernáveis”. Como sintetiza Clara Araújo (1999, p. 31): “o grau e o tipo de organização interna de cada partido são vistos como fundamentais para facilitar a inserção das mulheres e criar condições de competição”. Ora, se os próprios partidos dificultam a candidatura feminina, conseqüentemente, as mulheres serão menos votadas, alcançando menos cargos.

No que tange ao objeto desta pesquisa, o que se pretende demonstrar é que a lógica patriarcal/patrimonialista sobre a qual o sistema político/eleitoral brasileiro está assentado, embora superficialmente incentive a participação política das mulheres, ainda oferece mecanismos de controle de “quais” mulheres estarão aptas a participar do jogo de poder, e quais estarão banidas deste jogo. Mulheres que se proponham a defender pautas progressistas, tais como a igualdade de gênero e a paridade de participação e de direitos entre homens e mulheres, e que tenham como pressuposto a alteração da lógica de poder e do *status quo*, acabam barradas do espaço político, e dificilmente conseguem espaço e capital político suficientes para serem eleitas.

O capital político é outro elemento fundamental para a exclusão das mulheres de vitórias em processos eleitorais. O capital político, segundo Miguel (2014), é um mecanismo pelo qual se identifica uma pessoa que participa da área política,



atuando, propondo mudanças, representado indivíduos, explanando discursos, enfim, modificando a sociedade para um grupo de pessoas que é representado por alguém que já integra o espaço público. Partindo da premissa de que as mulheres foram consideradas inferiores e submissas durante séculos, o capital político é realmente um atributo que não é avistado na mulher. Considerando que o capital como um acúmulo de vivências políticas, se a mulher não possui atuação dentro dessa área, com certeza será difícil que ela seja eleita, ou que consiga se destacar no partido que engloba.

Segundo Luís Felipe Miguel (2014), existem três tipos de capitais envolvendo a política: o *cultural*, que é o treinamento cognitivo de pensar o político; o *social* que é baseado nas relações criadas entre o sujeito e o povo; e o *econômico*, que se concebe através da capacidade econômica de dispor tempo e dinheiro na prática da política. Sob esse aspecto, a falta de tempo livre, cumulada com os poucos recursos econômicos, faz com que as mulheres estejam em desvantagem em relação aos colegas de partido homens que já atuam na política há mais tempo e que laboram no meio, não necessitando dispor tempo a mais para obter renda. A hierarquia a qual a sociedade ainda está estruturada faz com que muitas mulheres não tenham se empoderado e emancipado para lutar por causas que não são bem vistas por todos, sem englobar o masculino.

No mesmo sentido, é interessante a divisão criada por Miguel e Biroli (2014) para elencar três categorias pelas quais se classifica a atuação política de homens e mulheres no Brasil. A pesquisa realizada investiga o discurso dos próprios deputados em atuação nos anos de 1999 a 2006. Os assuntos que serão abordados no campo público são agrupados em três categorias: *hard politics*, que se refere aos debates que integram o núcleo central de tomada de decisões, abarcando temas econômicos e o exercício de poder do Estado; *soft politics*, que integra temas sociais; e o *middle politics*, pautando-se sobre temas que mobilizam a economia do governo (MIGUEL; BIROLI, 2014).

Os autores asseguram que, com base na pesquisa, o debate que compreende o *hard politics* aufere maior visibilidade para quem os trata. No entanto, não são o foco de atuação das mulheres, tendo em vista que os assuntos abordados por elas classificam-se em *soft politics*, em detrimento do debate social em que as mulheres primordialmente abordam na política. Sob esse cenário apontado por Miguel e Biroli (2014), as mulheres lutam por causas que ultrapassam o viés econômico, porém, as temáticas abordadas por elas não possibilitam visibilidade e publicidade tal como as abarcadas por homens.

Para que ocorra o acúmulo do capital político, elemento tão importante referido anteriormente, é necessário aproximar-se ao padrão masculino de propagação da política. A *hard politics* designa prestígio e influência, porém, retira benefícios sociais, tendo em vista que se preocupa com assuntos de cunho financeiro, através do



investimento estatal. No modo atual de fazer política, a *soft politics* se torna secundária em detrimento de assuntos, em tese, mais relevantes. Ocorre que, de acordo com Miguel e Biroli (2014), esse é o principal nicho de abordagem feminina, resultando em uma visibilidade secundária, e conseqüentemente, menor acúmulo de recursos políticos.

Nesse sentido, Miguel (2014) ratifica a posição aqui defendida, de que a desigualdade de gênero atinge o capital político de tal forma que retira das mulheres a possibilidade de atuação no público. Isso porque, no rol público, as mulheres também precisam adquirir influências para movimentar o “jogo”. Nesse sentido, a obtenção de capital político e relações mútuas de apoio requerem sua introdução em atividade de evidência no partido. Para tanto, existem temas a serem defendidos e debatidos, e os temas representativos para mulheres não acumulam capital político, tampouco às levam a serem aprovadas por todos. Sob esse diapasão, afirma Lúcia Avelar (2001) que há um movimento de conservadorismo, pelo qual somente são legitimadas politicamente atitudes e comportamentos que perpetuam a continuidade da ordem vigente, se contrapondo a mudanças significativas.

O peso do enfrentamento das necessidades do empoderamento das mulheres resulta na classificação de mulheres como inconfiáveis, instáveis, radicais, por lutarem por uma causa que acreditam, sem se deixarem influenciar/dominar pela atuação masculina do partido que são filiadas. Ou ainda, caso não haja o enfrentamento necessário para buscar por mudanças efetivas, elas acabam por ocupar espaço e voz secundários na atuação política e, por conseguinte, recebem menor investimento partidário para promover sua candidatura.

Sob essa teoria é possível questionar se essas prefeitas eleitas, cuja atuação foi investigada nesta pesquisa perpetuam o modo de fazer política masculino, uma vez que este se apresenta como o único modo de conseguir penetrar o campo público, qual seja, perpetuando o modo patriarcal de governar, seus temas, suas abordagens, e seus modelos de gestão. É possível afirmarmos que, se ostentassem plataformas eleitorais de defesa dos direitos das mulheres, pautas feministas ou progressistas, que propõe alterações significativas no *status quo* da ordem patriarcal, tais mulheres dificilmente teriam superado as objeções da lógica masculina e heteronormativa do poder, e conseqüentemente, não teriam sido eleitas.

A par disso, muitas mulheres, em busca de capital político, escolhem como bandeiras eleitorais temas menos polêmicos e mais aceitos pela lógica patriarcal. Mais do que isso, mulheres que adentram na política, para serem eleitas e terem sucesso, acabam muitas vezes se adaptando à estrutura patriarcal da política, e não modificando a política, tal como se esperava inicialmente. Tais mulheres apenas reproduzem o modo de fazer política masculino e autorizado pelo patriarcado, não apresentando uma capacidade de atuação que possa repercutir significativamente na qualidade de vida e empoderamento das demais mulheres de sua comunidade.



Nesse sentido, a pesquisa aqui desenvolvida acaba por coadunar a definição clássica de Joaquim Herrera Flores (2005), para quem a lógica patriarcal está assentada em quatro grandes princípios que a legitimam, sustentam e reproduzem, contando com a significativa ajuda do dominado: O princípio da dominação, o princípio da complementariedade, o princípio da necessidade, e o princípio da vitimização.

Segundo o autor, o *princípio da dominação*, nasce de diferenciações discriminatórias entre mulheres e homens, entre trabalhadores e capital, entre imigrantes e cidadãos, levando um a não reconhecer o outro, e a o excluir, nomeando-o como inferior e tornando-o invisível, anulado e escravizado. Através da dominação, as experiências dominantes são tidas como experiências universais (verdades objetivas) e absolutas, e, no caso aqui abordado, o masculino se transforma em uma abstração universal que vale na natureza e o feminino é tão somente um mero ponto de vista carregado de particularismos e vinculações naturalistas (HERRERA-FLORES, 2005).

Já o *princípio da complementariedade*, também denominado por Alain Touraine como o princípio de individuação, refere que o dominado acaba por aceitar sua situação de inferioridade, reforçando sua identidade através do sentimento inevitável de pertencimento a algo ou a alguém (HERRERA-FLORES, 2005). A identificação do grupo oprimido com o poderoso o faz carecer de uma interpretação própria de sua opressão, e assim, não o permite elaborar e implementar formas e mecanismos de resistência e alteração dessa situação.

O *princípio da necessidade*, por sua vez, reflete que as mulheres, e demais coletivos historicamente discriminados, ao verem-se como um grupo naturalmente inferiorizado, aceita seu pertencimento ao padrão abstrato universalizado na forma política, axiológica e sociológica, fazendo com que aparentemente não se tenha outra alternativa do que viver/aceitar sua natureza, a qual lhes impede de articular pontos de vista próprios, e conseqüentemente, abordar alternativas que se libertem dos princípios anteriores (HERRERA-FLORES, 2005). E por fim o *princípio da vitimização*, como consequência dos três princípios anteriores, aborda que os coletivos submetidos à lógica do patriarcado se percebem estaticamente como pobres, cidadãos de segunda classe, ou sujeitos estigmatizados. O patriarcalismo lhes faz assumir a qualificação de vítimas, ou seja, de sujeitos passivos destinados a sofrer irremediavelmente as consequências negativas do sistema (HERRERA-FLORES, 2005).

A partir de tais princípios, pode-se perceber que algumas vezes, as próprias mulheres acabam por incorporar a lógica patriarcal, reproduzindo-a no seu dia a dia, e compreendendo-a como o único modo, ou como o modo natural de ser das relações sociais. Nessa senda, não conseguem vislumbrar a possibilidade de mudança, uma vez que não sentem sequer a necessidade de mudança na lógica do poder, por enxergarem o mundo sob o ponto de vista de seu explorador.

É nesse contexto que se dá sua própria atuação política, e desse modo torna-se possível compreender o aparente paradoxo anteriormente citado: o suposto



empoderamento de mulheres, inclusive na vida política, a ponto de serem eleitas como gestoras em seus municípios, e a aparente desvalorização da necessidade de políticas públicas de igualdade de gênero e de empoderamento de outras mulheres enquanto grupo. Muitas vezes, mulheres, mesmo que adentrem em espaços privilegiados de poder político, não compreendem, ou não enxerguem prioridade na implantação e efetivação de políticas públicas para mulheres, pois sua atuação apenas reproduz a ordem vigente, e somente enquanto tal, seu espaço na política é construído, viabilizado e autorizado.

5 CONCLUSÃO

Após a Constituição Federal de 1988 muitas conquistas passaram a ocorrer, dentre elas a Lei de Cotas, que partiu da premissa de que a representatividade feminina é, com certeza, o elemento chave da mulher na política. Sendo a sociedade brasileira um composto de sujeitos plurais, e, muitos que já se encontram em situação de poder atuam de modo a favorecer seu grupo de reconhecimento, o dever da mulher na política, acredita-se, é proporcionar a representatividade das que mais precisam de atenção através daquelas que podem falar diante da tribuna.

Assim, a pesquisa realizada demonstra que não basta adentrar na política, mais do que participar desse núcleo, é imperioso deter qualidade e representatividade na participação. A partir do que foi demonstrado, muitas mulheres ainda que participantes exitosas do espaço político não atuam livremente no âmbito público, e precisam de muito esforço, empoderamento e consciência acerca da histórica discriminação de gênero para modificar a situação social através do político. A representatividade ainda é carente, mulheres eleitas, em sua maioria, não atuam para outras mulheres, resultando em uma total falta de amparo e descaso, corroborando que ainda é necessário que ocorra a conquista de prerrogativas que possibilitem mais paridade, adquirindo consciência da capacidade feminina de atuar em todas as esferas que almejar. A desigualdade de gênero ainda permeia a sociedade, desse modo, é preciso desconstruir a cultura patriarcal trazida até a atualidade para que seja possível viver/atuar em uma sociedade menos desigual e que aufira aos sujeitos direitos políticos e sociais paritários.

Sendo assim, a reprodução do modo masculino de fazer política acaba sendo evidência, mesmo quando envolve a participação política das mulheres, de modo que, nem sempre a eleição de mulheres repercute positivamente no que tange à implantação de políticas públicas voltadas para as próprias mulheres. Como já afirmava Simone de Beauvoir, em 1980, “não se nasce mulher, torna-se”. Adaptado ao estudo aqui realizado, poderíamos afirmar, 70 anos depois, que ainda hoje não basta ser mulher na política, para poder representar as mulheres. Mais do que



simplesmente mulheres, a política necessita de mulheres dispostas a alterar o modo tradicional e patriarcal de fazer política, e cuja atuação possa repercutir positivamente na promoção da paridade participativa e de direitos para as demais mulheres de sua sociedade.

REFERÊNCIAS

ALVES, J. E. D.; PINTO, C. R. J. ; JORDÃO, F. (Org.). **Mulheres nas eleições 2010**. Rio de Janeiro: ABCP/Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2012.

ARAÚJO, Clara M. **Cidadania incompleta**: o impacto da lei de cotas sobre a representação política das mulheres no Brasil. Tese em Sociologia e Antropologia. Rio de Janeiro: UFRJ, 1999.

AVELAR, Lúcia. **Mulheres na elite política brasileira**. São Paulo: Editora UNESP, Fundação Konrad Adenauer, 2001.

BANDEIRA, Lourdes Maria. Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação. **Revista Sociedade e Estado**, Universidade de Brasília: Brasília, vol. 29, núm. 2, p. 449-469, maio-agosto 2014.

BEAUVOIR, S. de. **O segundo sexo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

BIROLI, Flávia. Mulheres e política nas notícias: estereótipos de gênero e competência política. **Revista Crítica De Ciências Sociais**, Ed. 90, p. 45-69, 2010.

BOURDIEU, Pierre. Observações sobre a história das mulheres. In: **As Mulheres e a história**. Lisboa: Dom Quixote, 1995.

HERRERA FLORES, Joaquín. **De habitaciones propias y otros espacios negados**: una teoría crítica de las opresiones patriarcales. Espanha: Universidad de Deusto, 2005.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA et al. **Retrato das desigualdades de gênero e raça**. Brasília: Ipea, 2011.

MIGUEL, Luís Felipe; BIROLI, Flávia. **Caleidoscópio convexo**: mulheres, política e mídia. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

_____. **Feminismo e política**. São Paulo: Boitempo, 2014.

PARADA, Eugenio Lahera. Política y políticas públicas. In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. **Políticas públicas**; coletânea. Brasília: ENAP, 2016. 3 v.

PINHEIRO, Luana. S. **Vozes femininas na política**: uma análise sobre mulheres parlamentares no pós-Constituinte. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2006.

SAFFIOTI. Heleieth. **Gênero, patriarcado e violência**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

SCOTT, J. W. **Gênero**: uma categoria útil de análise histórica. Porto Alegre: Educação e Realidade, 2005.

SPM – Secretaria de Política para Mulheres. **Guia para criação e implementação**



de organismos governamentais de política para mulheres – OPMs. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.spm.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/publicacoes/2014/guia-para-a-criacao-de-opm-dez2014.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

PATEMAN, Carole. **O contrato sexual.** Tradução Marta Avancini. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1993.

VERDADE, Kelly. **As mulheres e a democracia representativa no Brasil.** Uma análise do Sistema Eleitoral Brasileiro. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais)– Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.



POLÍTICAS PÚBLICAS PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES



O PROJETO “QUEM É MEU PAI?” COMO UM MECANISMO EFETIVO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À FILIAÇÃO EM CAPÃO DA CANOA - RS

Karina Meneghetti Brendler¹

Aida Victória Steinmetz Wainer²

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 foi responsável por consagrar o direito à filiação como um direito fundamental. Isso resultou na equiparação jurídica de todos os filhos, alteração responsável por dar fim ao desprezível período de discriminação entre eles, garantindo assim direitos, deveres e qualificações iguais a todos os descendentes. A nova ordem normativa garantiu ainda o direito inalienável, imprescritível e irrenunciável de filiação. Nessa linha, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou o Projeto “Pai Presente” que determina aos tribunais de justiça de todos os Estados a realização de levantamento dos alunos matriculados na rede de ensino, que não possuam o nome do genitor em seu registro de nascimento, para que se proceda a averiguação da paternidade. Nessa esteira, em face do alarmante número de crianças não registradas pelo genitor na comarca de Capão da Canoa, foi concebido o Projeto “Quem é Meu Pai?” pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, visando incentivar e propiciar o reconhecimento espontâneo de paternidade de crianças e adolescentes a fim de incluir um nome paterno ao seu registro civil. Nos casos em que o reconhecimento da paternidade não seja possível ou que não atenda ao princípio do melhor interesse da criança, identifica-se outros possíveis desdobramentos, como ações de adoção, guarda, tutela de crianças e mais recentemente, em decorrência do Provimento nº 63 do CNJ, o registro pelo pai socioafetivo. Dessa forma, o projeto busca contemplar o reconhecimento da paternidade como um direito fundamental da criança e do adolescente, preconizado pela legislação vigente e intrínseco ao pleno desenvolvimento do indivíduo. O desenvolvimento do projeto teve início em 2013, ano em que foi dado início ao mapeamento das crianças não registradas pelo genitor e subsequentemente dos procedimentos necessários para alcançar o tão almejado registro. Isso representa mais de meia década de efetiva mudança na situação de diversas crianças, adolescentes e até mesmo adultos da comarca. Mais de 800 pessoas já foram mapeadas, ou seja, são indivíduos não registrados

1 Especialista em Direito de Família e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Doutora em Direito pela Universidade de Burgos - Espanha. Coordenadora e Docente do curso de direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – Capão da Canoa e Montenegro atuando principalmente no Direito de Família e Direito da Infância e Juventude. Coordenadora do Projeto de extensão “QUEM É MEU PAI?”. E-mail: karina@unisc.br.

2 Acadêmica do curso de Direito – Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Capão da Canoa. Bolsista PROBEX atuando no Projeto de Extensão “QUEM É MEU PAI?”. E-mail: aidawainer@hotmail.com



pelo pai que decidiram aderir ao projeto em busca do esperado reconhecimento. Dentre os procedimentos adotados pelo projeto estão o reconhecimento espontâneo que resulta no acréscimo imediato do genitor à certidão do filho ou a realização de exame de DNA para comprovação da paternidade. O resultado do exame pauta os passos seguintes; quando positivo, ocorre o registro. Quando negativo, segue-se a busca pelo genitor. Além da parceria firmada com a Defensoria Pública do Estado, o projeto conta com o apoio do Ministério Público Estadual, da Secretaria de Educação e Prefeitura Municipal de Capão da Canoa e do Cartório de Registro de Pessoas Naturais do município.

2 O DIREITO À FILIAÇÃO

Desde as primeiras relações humanas, a filiação é um dos vínculos mais relevantes na configuração dos núcleos familiares. Sua importância é tamanha que o legislador se viu impelido a disciplinar sobre o assunto. Dessa forma, estão espalhados pelo texto constitucional e infraconstitucional diversos artigos que buscam caracterizá-la, garanti-la e protegê-la.

Nessa linha, o direito à filiação é uma das ramificações dos direitos que se busca garantir no tocante à família. Em um panorama histórico, as legislações prévias compreendiam que a constituição de uma família se limitava à união matrimonial de um homem com uma mulher e aos seus filhos biológicos, promovendo além de distinções entre os próprios membros da família, a discriminação de forma punitiva à filiação decorrente de relações extramatrimoniais – denominadas de “ilegítimas” pelo Código Civil de 1916. As distinções entre os filhos apresentavam-se principalmente no tocante aos direitos relacionados com os vínculos familiares, como os direitos sucessórios.

Foi através da Constituição de 1988 que esses dispositivos foram substituídos em decorrência de um princípio importante: a igualdade entre todos os filhos, independentemente de serem biológicos, adotivos ou, mais recentemente, socioafetivos. O texto assegura a todos os mesmos direitos e qualificações, vedando de forma clara a discriminação, expondo que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (CRFB, art. 227, §6).

Ainda vetorizada por esse princípio, a Lei nº 8.560/92 que regula as investigações de paternidade de filhos havidos fora do casamento, aporta em seu artigo 5º esse viés de abolir distinções na filiação, ao expor que “No registro de nascimento não se fará qualquer referência à natureza da filiação, à sua ordem em relação a outros irmãos do mesmo prenome, exceto gêmeos [...]”. É através desse princípio que se busca a extinção do uso de terminologias como “família ilegítima” ou qualquer outra que faça essa distinção de forma depreciativa (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011).



Ainda, na abordagem histórica, importa lembrar que o Código Civil de 1916, em sua redação originária, dispunha que os filhos “incestuosos e adulterinos” não poderiam ser reconhecidos, de tal forma que, conforme analisado por Maria Berenice Dias (2017), restava ao filho ser punido pelas atitudes e escolhas dos genitores. A autora ainda afirma que, ao punir os filhos retirando-lhes o direito ao registro, era subtraído deles também o direito à identidade, o qual é indispensável à concretização de um dos princípios fundamentais basilares ao texto constitucional: a dignidade da pessoa humana.

A identidade pessoal é derivada das características únicas do indivíduo, nomeadamente as impressões digitais e o próprio nome. A identidade pessoal, dessa forma, se compõe pela aquisição do patronímico paterno, pelo pertencimento à um núcleo familiar e por adquirir o *status* de filho (ALMEIDA, 2003).

Importa referir que atualmente se compreende que os vínculos biológicos por si só não são determinadores de paternidade, já sendo reconhecido pela doutrina e pela legislação o estado de filiação e os laços afetivos como os determinadores desse vínculo. Todavia, ao tratar dessa temática, ressalta-se o direito à personalidade, que irá assegurar ao indivíduo o direito a conhecer sua identidade genética e, por conseguinte, o seu direito à filiação biológica (DIAS, 2017).

O artigo 227 da Constituição Federal de 1988 visa garantir à criança e ao adolescente uma vida digna, elencando uma série de direitos aos infantes e constando quanto ao dever da família em garantir sua concretização. Essa preocupação em garantir os direitos ainda é reprisada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 3º:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (ECA).

A dignidade da pessoa humana atua de forma tão vetorial ao restante do ordenamento jurídico que, até mesmo nas passagens onde não se faz expressa, deve ser considerada (SARLET, 2001). Nessa esteira, o próprio legislador já reconheceu a filiação como um direito inerente e fundamental ao indivíduo, fazendo constar no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 27, que se trata de direito personalíssimo, indisponível e imprescritível.

Por estar diretamente interligada com os fundamentos da personalidade do indivíduo, o reconhecimento de paternidade é ato irrevogável, não admitindo arrependimento (NADER, 2016) e tendo como objetivo o melhor interesse da criança.



Essa concepção proporcionou uma alteração drástica nas relações materno-paterno-filiais, vez que anteriormente o que predominava era o interesse dos genitores e não a tutela das decisões mais benéficas às crianças (GAMA, 2008).

Possuir o reconhecimento paterno é essencial ao pleno desenvolvimento do infante e garante direitos e obrigações tanto dos pais para com os filhos, quanto dos filhos em direção aos genitores (LIMA, 2007). A utilização dos designativos pai, mãe e irmãos não se trata de “simples títulos honoríficos”, mas de termos que abarcam em si uma série de obrigações mútuas. A constituição desses núcleos, ou seja, do que é descrito como família, é uma parte essencial da constituição social dos povos (ENGELS, 2012).

O Estatuto da Criança e do Adolescente adotou a teoria da proteção integral dos seus protegidos através da implementação de sistemas diretos de amparo, visando garantir os direitos da criança – antes objetos e não sujeitos de direito – a partir da criação de uma rede institucional garantidora das políticas instituídas, que objetiva, ao fim, assegurar todos os direitos descritos na legislação infanto-juvenil (CUSTÓDIO, 2009).

Hodiernamente observa-se que a preocupação com a paternidade responsável – ou seja, em assegurar que haverá uma figura paterna – consta de forma explícita no texto constitucional no art. 226 §7º que se refere ao planejamento familiar. Sua preocupação é que crianças recém-nascidas não se encontrem desamparadas por nenhum de seus genitores. Além disso, o próprio Conselho Nacional de Justiça implementou programas como o “Pai Presente” visando o reconhecimento de paternidade, demonstrando a clara importância do reconhecimento e da presença paterna na vida dos filhos.

2.1 Reconhecimento de Paternidade

O reconhecimento de paternidade pode ocorrer de duas maneiras: de forma espontânea ou através das vias judiciais. O reconhecimento realizado de forma extrajudicial “é um ato formal, de livre vontade, irretratável, incondicional e personalíssimo” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011). É uma ação voluntária do genitor que através de manifestação espontânea busca reconhecer e crescer seu nome ao do filho (uma vez que reconhece a paternidade) – fala-se aqui do genitor pois são menores as ocorrências de casos onde a genitora não consta na certidão do filho, mas não se exclui essa possibilidade.

Já o reconhecimento de paternidade judicial, como o próprio nome aduz, é decorrente de sentença judicial e constantemente é derivada de uma ação de investigação de paternidade. Assim como o caso citado anteriormente, ocorre a previsão de investigações de maternidade, mas são menores suas incidências. A



ação de investigação de paternidade resultará sempre em uma sentença que, quando de reconhecimento da paternidade, determinará que os efeitos retroajam de forma *ex tunc*, ou seja, a relação pai e filho será datada ao dia do registro da criança.

3 O PROJETO “QUEM É MEU PAI?”

De acordo com dados do censo escolar de 2012, mais de cinco milhões e meio de crianças e adolescentes matriculados nas escolas do país não possuíam o nome do pai nas certidões de nascimento.³ Possuíam somente o nome da mãe em seus registros.

As consequências dessa omissão são severas. Destarte, aponta-se a subtração do direito à identidade do filho, um dos atributos mais significativos da personalidade e direito que, quando não assegurado, demonstra uma clara falha na garantia à plena dignidade do indivíduo. Afeta ainda o pleno desenvolvimento desse, pois deixa de contar com o auxílio de quem deveria assumir as responsabilidades parentais, o que resulta que a mãe acaba onerada por assumir sozinha um encargo que não deveria ser somente seu.

Visando reverter essa realidade o Conselho Nacional de Justiça – CNJ instituiu o “Programa Pai Presente”, por meio do Provimento 12/2010, determinando às Corregedorias de Justiça dos Tribunais de todos os Estados que encaminhem aos juízes os nomes dos alunos matriculados sem o nome do pai, para que deem início ao procedimento de averiguação da paternidade.

E é dessa forma que, observando a grande e reiterada incidência de casos onde as crianças e adolescentes são registradas sem o nome paterno, foi criado o projeto “Quem é meu pai?”. O referido projeto visa incentivar e propiciar o reconhecimento espontâneo de paternidade, garantindo ao maior número possível de crianças e adolescentes um nome paterno em seus registros de nascimento. A abrangência do projeto é regional, abrangendo diretamente a comarca de Capão da Canoa, e indiretamente outros municípios do litoral norte.

Para sua concretização, o projeto conta com a parceria de diversas instituições como a Promotoria de Justiça e Secretaria Municipal de Educação que auxiliaram no mapeamento das crianças e adolescentes cujos assentos de nascimento não apontam o nome paterno. Posteriormente, contou com o apoio da Secretaria de Assistência Social do Município, que cedeu dois psicólogos e um assistente social para acompanhar o projeto. O projeto culmina com a busca e o chamamento dos supostos genitores para que procedam ao reconhecimento voluntário da paternidade ou, realizem o exame genético do DNA.

³ Conforme dados do CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80089-programa-pai-presente-completa-cinco-anos-e-se-consolida-no-pais>.



A atual legislação preconiza que o reconhecimento do estado de filiação é um direito da criança que deve ser garantido. Nesse sentido é que o projeto busca contemplar o reconhecimento da paternidade como direito fundamental da criança e do adolescente, vez que uma parcela significativa de crianças e adolescentes, no Brasil, ficam sem esse reconhecimento. A partir desse reconhecimento, outros tantos direitos serão decorrentes, dentre os quais, o mais importante deles que é o direito de requerer a pensão alimentícia ao genitor investigado que tem o dever legal de auxiliar a manutenção dessa criança.

4 OS RESULTADOS OBTIDOS COM O PROJETO

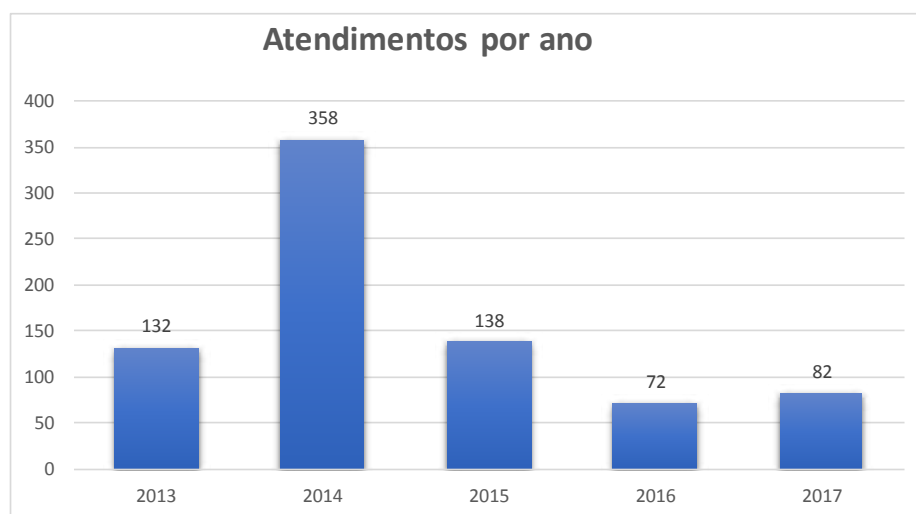
No decorrer da meia década de atuação do projeto “Quem é meu pai?”, no município de Capão da Canoa e seus arredores, mais de 900 crianças já foram mapeadas e 782 efetivamente atendidas. O mapeamento é feito através de três fontes: das escolas públicas, do Registro Civil de Pessoas Naturais e de casos provenientes de adesões voluntárias. Dessa forma, utilizando o sistema de gerenciamento de dados desenvolvido pelo projeto, serão apresentados os números decorrentes do trabalho desenvolvido na comarca de Capão da Canoa entre os anos de 2013 a 2017, não englobando o ano de 2018 por ainda estar em curso.

4.1 Atendimentos por ano

O gráfico demonstra o histórico de atendimentos por ano, considerando a totalidade de 782 atendimentos realizados até o final de 2017. O melhor número, em 2014, retrata o ano em que foram feitos os chamamentos das genitoras, a partir da adesão de mais de 20 escolas públicas à proposta do projeto. Em 2015, a dedicação foi voltada à busca de pais e mães com dificuldades na localização, o que resultou em números menores de novos atendimentos. Nessa mesma linha, nos anos de 2016 e 2017 priorizou-se a busca dos supostos genitores, resolvendo, assim, os casos que já estavam em andamento. O gráfico, em questão, demonstra o quadro preocupante de crianças não reconhecidas pelo genitor, especialmente num município com pouco mais 50.000 habitantes.



Figura 1 – Atendimentos por ano

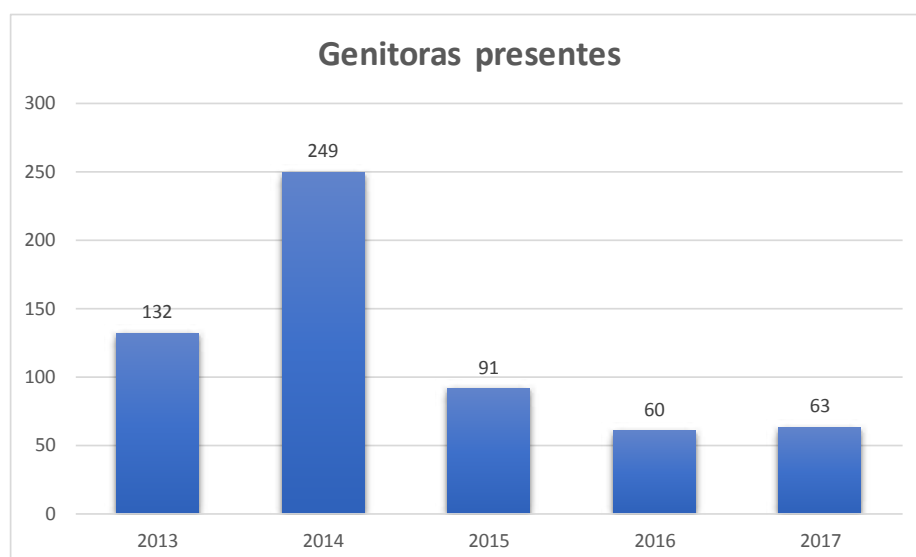


Fonte: do autor.

4.2 Genitoras presentes

O número de genitoras que compareceram ao projeto totaliza 595 mães. Vale ressaltar que esse número não inclui as genitoras que aderiram ao projeto voluntariamente, mas apenas as que foram notificadas formalmente.

Figura 2 – Genitoras presentes

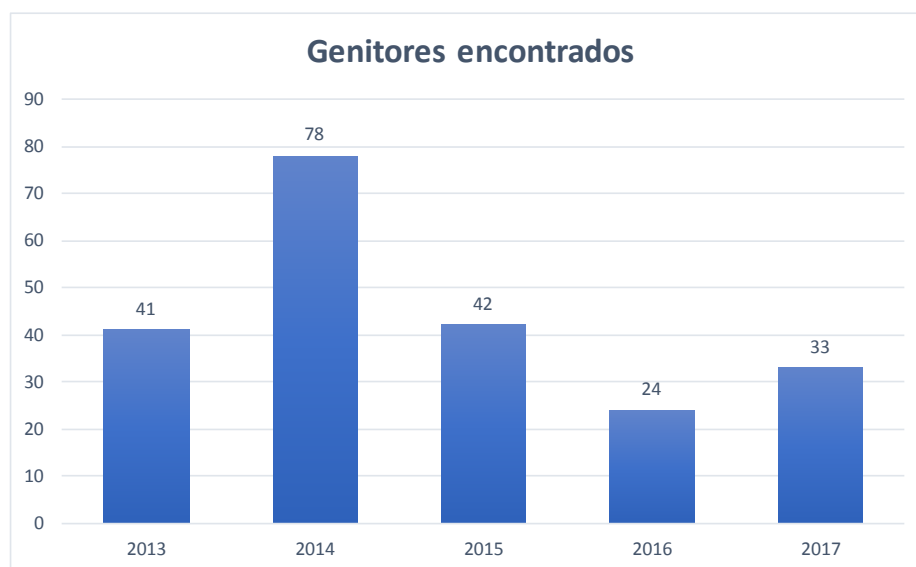


Fonte: do autor.

4.3 Genitores encontrados

A partir dos dados indicados pelas mães, 64% dos supostos genitores (que representam 398 genitores) não foram localizados e 36% (que representam 218 genitores) compareceram ao projeto.

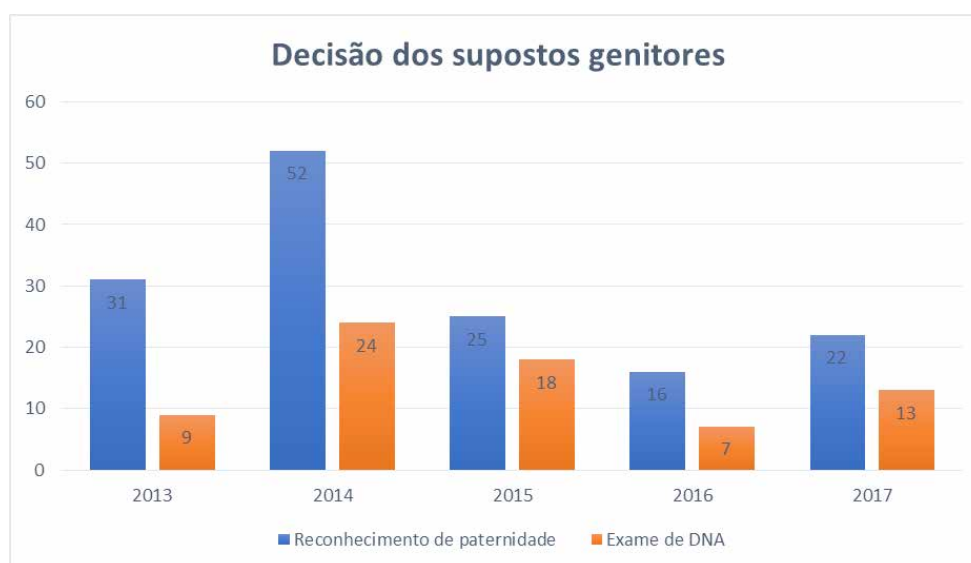


Figura 3 – Genitores encontrados

Fonte: do autor.

4.4 Decisão dos supostos genitores

Em 2014, dos 78 genitores que compareceram à reunião para a qual foram convocados, 52 optaram pelo reconhecimento. Da mesma forma, em 2017, apesar do número inferior de pais que compareceram – o percentual continua representativo: dos 33 genitores que compareceram às reuniões do projeto, 22 optaram pelo reconhecimento espontâneo, não precisando da comprovação por exame de DNA.

Figura 4 - Decisão dos supostos genitores

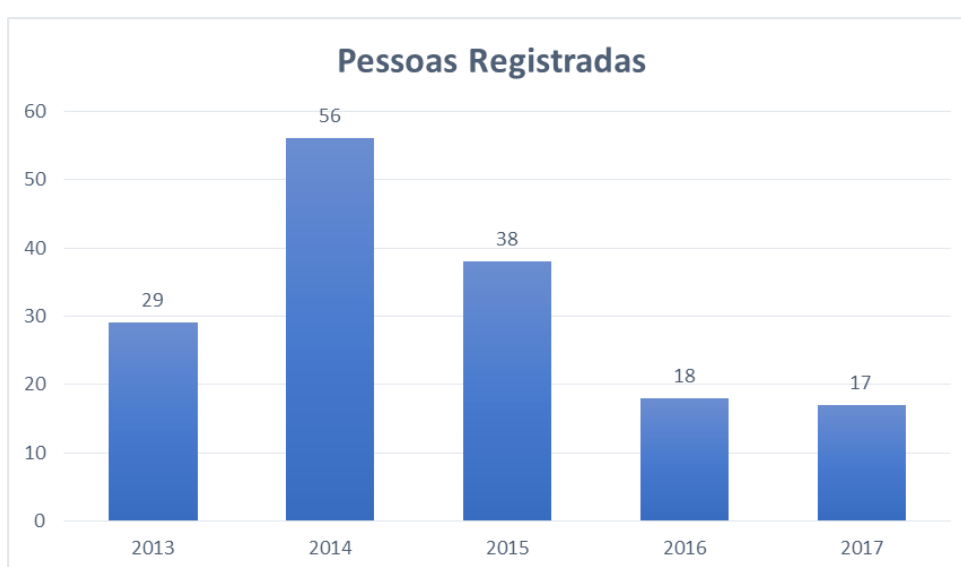
Fonte: do autor.



4.5 Pessoas Registradas

Um dos dados mais relevantes a ser mencionado é o número de pessoas que obtiveram, através do projeto, o reconhecimento paterno. O número de pessoas registradas no decorrer dos trabalhos é demonstrado no gráfico abaixo, totalizando, até o ano de 2017 (excetuando 2018) 158 pessoas. Importa frisar que esse número apesar de ser principalmente representado por crianças e adolescentes, uma parcela também é representada por adultos que, por vias de adesão voluntária, buscam o projeto para concretizar os seus direitos à filiação, conhecendo seus genitores e inserindo seus nomes em seus documentos.

Figura 5 – Pessoas registradas

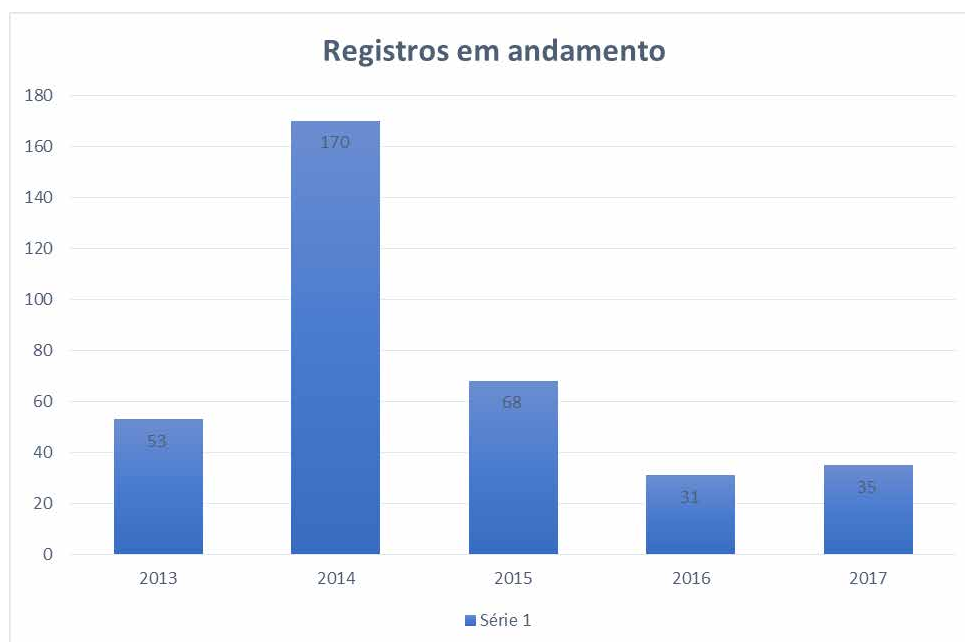


Fonte: do autor.

4.6 Registros em Andamento

Dos mapeamentos em processo, 82% (165 supostos genitores) ainda se encontram em andamento porque se segue buscando o paradeiro do genitor; 6% (13 supostos genitores) aguardam o resultado do exame de DNA que já foi encaminhado e 12% (24 supostos genitores) não foram resolvidos porque aguardam por conclusão de um processo judicial de guarda ou adoção pelos novos genitores, ou seja, a atribuição da paternidade, caso ocorra, será dada pela via judicial. Assim, seguem em processo de busca ou resolução da paternidade 357 pessoas.

Figura 6 – Registros em andamento



Fonte: do autor.

5 CONCLUSÃO

Na etapa em que se encontra o projeto não é possível falar-se em conclusão, mas em considerações finais parciais.

Nesse sentido, tem-se que o projeto vem cumprindo com êxito a sua proposta de garantir a paternidade ao maior número possível de crianças. O principal entrave ao andamento dos processos tem sido a falta de informações sobre o paradeiro dos genitores, e o não comparecimento das mães ao projeto. Isso porque algumas genitoras optam por manter no anonimato o pai biológico, outras realmente desconhecem o genitor, e assim, muitas buscas são inviabilizadas. Entretanto, se percebe que uma vez encontrado o pai, a paternidade é resolvida, seja voluntariamente, seja através do exame de DNA. Surpreendentemente, a grande maioria dos genitores, quando encontrada e após a adesão ao projeto, reconhece no ato e voluntariamente a paternidade.

Verificou-se, ainda, que os resultados são mais positivos em relação aos recém-nascidos, pois a relação entre genitor e genitora, tendo em vista a proximidade do nascimento, acaba facilitando o acesso e o contato com o genitor.

Em 2016 intensificou-se a busca aos genitores e aumentou-se o número de reconhecimentos. Isso somente foi alcançado através de intensa busca pelos genitores desaparecidos ou com paradeiro desconhecido através dos sistemas interligados via Ministério Público. Importante referir que as parcerias realizadas pelo projeto com instituições e profissionais do município continuam sendo imprescindíveis para o



bom andamento das ações e do projeto em si. Para tanto, importa constar que o projeto contou com o apoio do Ministério Público e Defensoria Pública do Estado, da Prefeitura Municipal, dos Conselho Tutelar e do Cartório de Registro Civil de Capão da Canoa.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 28 ago. 2018.

_____. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em <www.planalto.gov.br> Acesso em: 28 ago. 2018.

_____. **Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências**. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 28 ago. 2018.

CUSTÓDIO, Andre Viana. **Direito da criança e do adolescente**. Santa Catarina: UNESC, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privadas e do Estado**. São Paulo: Lafonte, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume VI: Direito de família – as famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008.

LIMA, Suzana Borges Viegas de. Dupla Paternidade. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões v. 27**. Porto Alegre: Magister, 2007.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, v. 5: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.



PATOLOGIAS CORRUPTIVAS FORMAS DE ENFRENTAMIENTO



ACORDOS DE LENIÊNCIA E DELAÇÃO PREMIADA ENQUANTO MECANISMOS DE COMBATE À CORRUPÇÃO: PRINCIPAIS DISTINÇÕES E APLICABILIDADE*

Caroline Fockink Ritt¹
Chaiene Meira de Oliveira²

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi estruturado com base nas pesquisas realizadas durante a elaboração do trabalho de conclusão de curso, o qual versou sobre os reflexos penais dos acordos de leniência no âmbito da Lei Anticorrupção Brasileira, porquanto este estudo tem como objetivo analisar os principais aspectos dos acordos de leniência e da delação premiada e sua aplicabilidade no combate à corrupção.

Assim, visa-se responder ao seguinte problema de pesquisa: os institutos dos acordos de leniência e da delação premiada constituem um mecanismo de combate à corrupção a ser adotado no ordenamento jurídico brasileiro?

Para isso, adotou-se o método dedutivo por meio de pesquisas bibliográficas. Em um primeiro momento serão analisadas as questões históricas de ambos os institutos na legislação estrangeira com foco nas leis norte-americana e britânica, e no Brasil sendo o foco a Lei Anticorrupção Brasileira.

Por fim serão trazidos dados de sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio com base nos dados divulgados pelo Ministério Público Federal no Relatório de Resultados do Procurador Geral da República (2015-2016).

Com isso pretende-se demonstrar que os acordos de leniência e a delação premiada aliados a políticas públicas constituem um importante mecanismo de combate à corrupção.

* O presente artigo foi elaborado com base nas pesquisas realizadas durante a elaboração do trabalho de conclusão de curso denominado “Os reflexos dos acordos de leniência no âmbito da lei anticorrupção brasileira na delação premiada e consequências no processo penal: um estudo diante da omissão legislativa.”

1 Caroline Fockink Ritt é doutora em Direito na UNISC, mestre em Direito e professora de Direito Penal da UNISC. Coordena o grupo de pesquisa: Políticas de combate à corrupção no Brasil: divisão de responsabilidades entre a administração pública e as relações do mercado como consequência da Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2013. carolinefritt@gmail.com.

2 Chaiene Meira de Oliveira é graduanda do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), bolsista de iniciação científica sob a orientação da professora dra. Caroline Fockink Ritt na pesquisa Políticas de combate à corrupção no Brasil: divisão de responsabilidades entre a administração pública e as relações do mercado como consequência da Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2013.



2 PREVISÃO DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA NA LEGISLAÇÃO MUNDIAL: ORIGEM NO DIREITO NORTE-AMERICANO

A definição de leniência deriva do verbo lenificar, possuindo como significado brandura e suavidade. Pode ser compreendido como um lenimento, que abranda ou amolece, de um lenitivo, conforme definição de Carvalhosa (2015, p. 371).

O instituto dos acordos de leniência tem sua origem no direito norte-americano na década de 1970, sendo um instrumento destinado à investigação de ilícitos principalmente no âmbito econômico e concorrencial, bem como no combate à corrupção. Como forma de possibilitar as investigações, os acordos de leniência visam à atenuação de sanções incentivando a colaboração voluntária dos agentes envolvidos seja na esfera administrativa ou criminal, de acordo com os estudos realizados por Fidalgo e Canetti (2015, p. 225).

No direito norte-americano, onde o instituto dos acordos de leniência é amplamente utilizado, é considerado de extrema importância na repressão e combate à corrupção, uma vez que há um incentivo para que sejam realizadas denúncias nos casos de atos lesivos em face da administração pública.

Além disso, conforme Ayres e Maeda (2015, p. 248), os acordos de leniência permitem o acesso a informações, as quais dificilmente seriam acessadas por outros meios, uma vez que há uma complexidade no crime organizado. Ainda, é possível reduzir os fatos da administração com diligências, as quais são altamente caras e muitas vezes não geram os resultados desejados. Os acordos de leniência permitem, ainda, que as empresas as quais possuam programas de integridade (*compliance*) devidamente implantados e eficazes, possam ter suas sanções reduzidas na hipótese de celebração dos acordos.

O programa de leniência nos Estados Unidos foi reestruturado no ano de 1993, passando a ter as características que possui hoje, sendo conhecido como Programa de Leniência Corporativa (*Corporate Leniency Policy or Amnesty Program*). O referido programa ocorre na área concorrencial prevendo a automática concessão dos benefícios da leniência na hipótese de não haver conhecimento da infração anterior à espontânea manifestação da pessoa jurídica envolvida, conforme citado por Vilard, Pereira e Dias Neto (2008, p. 144-145).

Conforme anteriormente exposto, os Estados Unidos foram pioneiros na política de combate à corrupção ao promulgar a Foreign Corrupt Practice Act (FCPA) em 1977, contudo o programa de leniência norte-americano foi reestruturado e passou a ser efetivamente aplicado somente no ano de 1993. Assim, o programa de leniência instaurado pelo departamento de justiça (*Department of Justice*) prevê que a divisão possui uma política de leniência para as corporações que reportarem suas atividades ilegais e também de antitruste em um estágio inicial. Além disso, o programa também passou a ser denominado *Amnesty or Corporate Immunity Policy* (UNITED STATES



OF AMERICA, 1993, <<https://www.justice.gov>>).

O programa de leniência, o qual ocorre na área concorrencial, estabelece a concessão automática do benefício de leniência caso não haja investigações em andamento, bem como se as autoridades não tenham conhecimento das infrações cometidas. O referido programa também admite a possibilidade das empresas, espontaneamente, cooperarem no curso das investigações, o que possibilita a celebração aos diretores e funcionários a possibilidade da imunidade.

O acordo, conforme item “A” do programa de leniência norte-americano, prevê seis condições para ser celebrado, quais sejam: I – no momento em que a empresa decidir cooperar não tenham sido recebidas informações de outras fontes, II – a empresa ao descobrir a prática do ato ilícito tenha adotado medidas para cessar sua participação na atividade, III- a empresa coopere de forma completa e contínua com as investigações, IV- a empresa confesse a prática do ato ilícito não sendo suficientes a confissão dos diretores e funcionários, V- se possível, a empresa restitua os danos causados a terceiros e VI- a empresa não tenha coagido terceiros a participarem dos atos ilícitos nem tenha sido a líder do cartel³ (UNITED STATES OF AMERICA, 1993, <<https://www.justice.gov>>).

Na hipótese de a empresa decidir cooperar ao longo das investigações, são estabelecidas outras condições para que o acordo seja firmado, e de acordo com o item “B” são denominados requisitos alternativos, sejam eles: I – a empresa seja a primeira a se manifestar para realização do acordo, II – a Divisão ao tempo em que a empresa se apresentar para cooperação não possua evidências contra a empresa que resultem em convicção da prática dos atos ilícitos, III - a empresa ao descobrir a prática do ato ilícito tenha adotado medidas para cessar sua participação na atividade, IV - a empresa coopere de forma completa e contínua com as investigações, V- a empresa confesse a prática do ato ilícito não sendo suficientes a confissão dos diretores e funcionários, VI - se possível, a empresa restitua os danos causados a terceiros, VII- a Divisão determine que a celebração do acordo não seja injusta aos outros, considerando a natureza do ato ilícito praticado, a confissão da empresa e quando esta se apresentou para colaborar⁴ (UNITED STATES OF AMERICA, 1993,

3 Leniency will be granted to a corporation reporting illegal activity before an investigation has begun, if the following six conditions are met: 1. At the time the corporation comes forward to report the illegal activity, the Division has not received information about the illegal activity being reported from any other source; 2. The corporation, upon its discovery of the illegal activity being reported, took prompt and effective action to terminate its part in the activity; 3. The corporation reports the wrongdoing with candor and completeness and provides full, continuing and complete cooperation to the Division throughout the investigation; 4. The confession of wrongdoing is truly a corporate act, as opposed to isolated confessions of individual executives or officials; 5. Where possible, the corporation makes restitution to injured parties; and 6. The corporation did not coerce another party to participate in the illegal activity and clearly was not the leader in, or originator of, the activity.

4 If a corporation comes forward to report illegal antitrust activity and does not meet all six of the conditions set out in Part A, above, the corporation, whether it comes forward before or after an investigation has begun, will be granted leniency if the following seven conditions are met: 1. The



<<https://www.justice.gov>>).

Além disso, o acordo de leniência poderá ser celebrado com as pessoas físicas na figura dos sócios, diretores e administradores da empresa. Assim, no âmbito do programa instituído pelo *Department of Justice*, a celebração do acordo de leniência, passou a ter três possibilidades, conforme defendido por Salomi (2012, <<http://www.teses.usp.br>>), sendo a primeira a concessão automática e vinculada para empresa que colaborar antes do início das investigações, a segunda sendo uma concessão discricionária após o início das investigações desde que preenchidos os requisitos e a terceira possibilidade sobre a concessão dos benefícios a qualquer colaborador, seja ele pessoa física ou jurídica

Por fim, no que se refere aos acordos de leniência previstos no direito norte-americano, resultam em benefícios bastante significativos, desde a redução das sanções impostas e, dependendo da situação e dos termos celebrados, exime as pessoas jurídicas e seus diretores, sócios, administradores das sanções criminais impostas.

No Reino Unido os acordos de leniência poderiam ser firmados de acordo com o previsto no *Office of Fair Trading* (OFT), o qual garantia imunidade criminal às pessoas jurídicas, bem como a seus sócios, empregados e administradores, até mesmo àqueles que tenham se desligado da empresa, desde que na celebração seja informado ao OFT sobre a existência de cartéis que ainda não estejam sendo investigados. Contudo, a agência governamental encerrou suas atividades em 2014, o que pode ser visualizado no site do governo sobre o *Office of Fair Trading* (UNITED KINGDOM, <<https://www.gov.uk>>).

Assim, hoje, podem ser celebrados uma espécie de acordos de leniência instituídos em 24 de fevereiro de 2014, denominados *Deferred Prosecution Agreements*, os quais são celebrados na presença de um promotor e a organização investigada sob a presença de um juiz. O acordo permite que as investigações fiquem suspensas por um determinado período desde que cumpridos os requisitos (UNITED KINGDOM, <<https://www.sfo.gov.uk>>).

Dentre as características do *Deferred Prosecution Agreements* estão que: I – permitem a reparação completa da empresa por um ato criminoso excluindo o dano

corporation is the first one to come forward and qualify for leniency with respect to the illegal activity being reported; 2. The Division, at the time the corporation comes in, does not yet have evidence against the company that is likely to result in a sustainable conviction; 2 3. The corporation, upon its discovery of the illegal activity being reported, took prompt and effective action to terminate its part in the activity; 4. The corporation reports the wrongdoing with candor and completeness and provides full, continuing and complete cooperation that advances the Division in its investigation; 5. The confession of wrongdoing is truly a corporate act, as opposed to isolated confessions of individual executives or officials; 6. Where possible, the corporation makes restitution to injured parties; and 7. The Division determines that granting leniency would not be unfair to others, considering the nature of the illegal activity, the confessing corporation's role in it, and when the corporation comes forward.



colateral de uma convenção, como exemplo sanções que poderiam deixar a empresa fora dos negócios ou destruir empregos e investimentos, II – ocorrem sob a supervisão de um juiz que deve considerar que o acordo celebrado respeita os interesses da justiça além de ser justo, razoável e proporcional, III – evitam julgamentos demorados e caros e IV – são transparentes⁵ (UNITED KINGDOM, <<https://www.sfo.gov.uk>>).

Tanto os acordos celebrados nos Estados Unidos quanto no Reino Unido possuem procedimentos próprios, assim como ocorre na legislação brasileira. Considerando que foram expostos a título ilustrativo e comparativo não serão exauridos estudos quanto aos procedimentos adotados em cada país, e a previsão completa da forma como cada acordo é celebrado pode ser encontrada nos sites oficiais acima mencionados e nas referências bibliográficas deste trabalho.

3 O INSTITUTO DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No Brasil, os acordos de leniência foram instituídos pela Medida Provisória nº 2.055, de 11 de dezembro de 2000, a qual foi convertida na Lei nº 10.149/2000, que acrescentou os arts. 35-B e 35-C à Lei nº 8.884/94. Por sua vez, a Lei nº 8.884/94, a qual versava sobre a transformação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia, bem como sobre prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica foi revogada pela Lei do CADE (Lei nº 12.529/2011).

A Lei nº 12.529/2011 versa exclusivamente sobre os acordos de leniência no âmbito dos crimes cometidos contra a ordem econômica, sendo conhecida como Lei Antitruste, de competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência de modo que nesses casos cabe ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) a celebração dos acordos de leniência.

No referido dispositivo, a previsão do programa de leniência está disposta no art. 86, o qual determina que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), por intermédio da Superintendência-Geral poderá celebrar acordos de leniência,

5 A UK Deferred Prosecution Agreement (DPA) is an agreement reached between a prosecutor and an organisation which could be prosecuted, under the supervision of a judge.

The agreement allows a prosecution to be suspended for a defined period provided the organisation meets certain specified conditions.

DPAs can be used for fraud, bribery and other economic crime. They apply to organizations, never individuals.

The key features of DPAs are:

They enable a corporate body to make full reparation for criminal behaviour without the collateral damage of a conviction (for example sanctions or reputational damage that could put the company out of business and destroy the jobs and investments of innocent people).

They are concluded under the supervision of a judge, who must be convinced that the DPA is 'in the interests of justice' and that the terms are 'fair, reasonable and proportionate'

They avoid lengthy and costly trials

They are transparent, public events



ocorrendo a extinção da ação punitiva da administração ou a redução de 1 a 2/3 da penalidade aplicável, podendo ser celebrado com pessoas físicas e jurídicas, desde que estas colaborem com as investigações.

Ainda são estabelecidas condições, resultando a celebração do acordo na identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração. Dentre os requisitos, a Lei 12.529/2011 prevê: I- a empresa deve ser a primeira a se qualificar quanto à infração noticiada ou investigada, II – deve cessar completamente a sua participação na atividade, III – a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa jurídica e IV – a empresa deve confessar sua participação no ato ilícito e colaborar de forma plena com as investigações e com o procedimento administrativo comparecendo sempre que solicitada a todos os atos processuais.

Ocorre que o art. 87, da Lei 12.529/2011, prevê os crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137/1990, e, nos demais crimes, diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666/1993, e os tipificados no art. 288 do Código Penal, a celebração do acordo de leniência determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

Além disso, o parágrafo único do referido dispositivo prevê expressamente que “cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo”.

4 DO ACORDO DE LENIÊNCIA PREVISTO NA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

A Lei Anticorrupção Brasileira trata do instituto dos acordos de leniência em seu art. 16, de modo que a pessoa jurídica se torna uma colaboradora nas investigações. Conforme previsão da referida lei, os acordos só poderão ser celebrados por pessoas jurídicas, não havendo possibilidade das pessoas físicas envolvidas nos atos corruptivos de celebrarem os acordos.

No âmbito da Lei Anticorrupção Brasileira, conforme Heinen (2015, p. 241-242), os acordos de leniência geram deveres à pessoa jurídica a partir de sua pactuação, com a assinatura, enquanto que a atenuação das sanções, ou seja, a contraprestação pelo poder público estará concretizada caso haja resultados úteis com a celebração do acordo. Importante salientar que para que o acordo possa ser celebrado nos termos do art. 16, *caput*, incisos I e II, a colaboração deve resultar na identificação dos demais envolvidos nos atos ilícitos e obtenção de documentos e informações que comprovem o ato ilícito que está sendo investigado.

O art. 16, §1º, da Lei Anticorrupção Brasileira prevê requisitos para celebração



dos acordos de leniência, sendo necessário, cumulados com requisitos previstos no *caput*: que a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em colaborar; a pessoa jurídica cesse a sua participação nas infrações; bem como admita a sua participação nos ilícitos, cooperando plena e permanentemente com as investigações e com o processo administrativo, devendo sempre que for solicitada comparecer a todos os atos do processo.

Os benefícios da celebração do acordo de leniência estão previstos no art. 16, §2º, da Lei Anticorrupção Brasileira, o qual prevê que a celebração do acordo isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19, bem como reduzirá em até 2/3 o valor da multa aplicável.

Os benefícios descritos no art. 16, §2º são taxativos não sendo possível a inclusão de outros senão aqueles previstos de forma expressa na lei, além disso não é possível a sua sonegação quando a pessoa jurídica cumprir com as condições do acordo de leniência. Ao contrário da legislação norte-americana, não há discricionariedade do Poder Público ao firmar acordos de leniência.

De acordo com Heinen (2015, p. 241-242), as obrigações da pessoa jurídica surgem com a pactuação, ou seja, no momento da assinatura a pessoa jurídica se torna obrigada a cumprir com as condições estipuladas, enquanto que o Poder Público tem o dever de atenuação apenas se houver resultado útil na colaboração.

Conforme previsão do §3º do art. 16 da referida Lei, o acordo de leniência não exige a pessoa jurídica de reparar de forma integral o dano causado, bem como o §4º dispõe que no acordo serão estipuladas as condições necessárias para garantir a efetividade do processo.

O §5º do mesmo artigo, estende os efeitos do acordo de leniência celebrado às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico estando tal circunstância condicionada à celebração conjunta e respeitando as condições previstas.

Por sua vez, o §6º do art. 16 dispõe que a publicidade do acordo de leniência somente se dará após a sua efetivação, ressalvada a hipótese de interesse das investigações ou andamento do processo administrativo, bem como o §7º prevê que o acordo caso rejeitado não importará na confissão do ato ilícito pelas pessoas jurídicas.

Conforme prevê o art. §8º do referido dispositivo, a pessoa jurídica que descumprir com o acordo ficará, pelo prazo de 3 anos, impedida de celebrar novo acordo, visto que o prazo começa a ser contado do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento.

Por sua vez, o §9º do mesmo artigo dispõe sobre o prazo prescricional dos ilícitos previstos na Lei Anticorrupção Brasileira, o qual será interrompido com a celebração do acordo. Em que pese o que o *caput* do art. 16 da Lei Anticorrupção Brasileira expresse de forma genérica, permitindo que diferentes autoridades possam investigar



e aplicar sanções pela prática dos atos ilícitos, o § 10 prevê que a competência para celebração dos acordos de leniência é da Controladoria Geral da União (CGU).

Conforme leciona Modesto Carvalhosa (2015, p. 390), deve prevalecer a regra prevista no §10º, uma vez que as demais “autoridades máximas”, tais como prefeitos, governadores, e demais autoridades poderiam ser atingidas pelos atos corruptivos de maneira que não teriam competência para celebrar os acordos de leniência.

O art. 17 da Lei Anticorrupção Brasileira estende a possibilidade de aplicação do acordo de leniência a ser celebrado com a pessoa jurídica que cometer aos ilícitos previstos na Lei no 8.666/1993 nos arts. 87 e 88.

Desse modo, com base na previsão da Lei Anticorrupção Brasileira, conclui-se que os acordos de leniência são benéficos em vários aspectos, uma vez que incentivam a denúncia de atos praticados contra a administração pública, auxiliam na identificação dos responsáveis por atos ilícitos, os quais muitas vezes não seriam descobertos, reduz os custos com investigações e incentivam a adoção dos programas de *compliance*.

5 PREVISÃO DO INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA NA LEGISLAÇÃO MUNDIAL

Importante tecer observações quanto à nomenclatura utilizada ao definir o instituto da delação premiada, considerando que alguns autores utilizam a expressão “colaboração premiada”. Há discussões se os termos são ou não sinônimos, alguns doutrinadores entendem que a delação seria uma espécie de colaboração, ao considerar que, na colaboração, o agente assume a sua responsabilidade e contribui para a elucidação do crime sem que precise incriminar terceiros. Enquanto que na delação premiada, além de assumir a sua responsabilidade e contribuir com as investigações, também seria necessário indicar terceiros que também participaram dos crimes.

Realizadas considerações iniciais, informa-se que neste trabalho, em virtude da bibliografia utilizada, bem como para fins didáticos, uma vez que, segundo parte da doutrina, é possível indicar os termos como sinônimos, adota-se o termo delação premiada.

O instituto da delação premiada é de natureza penal, uma vez que é um dos fatores de diminuição da pena ou do perdão judicial, sendo uma alternativa para o Estado em combater de modo mais eficiente a criminalidade, principalmente nos crimes que envolvem grupos ou organizações criminosas, conforme Mossin e Mossin (2016, p. 29).

Ocorre que, conforme Pereira (2016, p. 34), há dificuldades no enfrentamento



do crime organizado, uma vez que este fenômeno é difuso e recorrente de modo que os métodos tradicionais de investigação não se mostram suficientes para o controle da criminalidade, sendo necessária a implementação de novas técnicas. O instituto premial possui relação com os princípios constitucionais de garantias individuais como a isonomia, proporcionalidade, além da presunção de inocência. Assim, a contraprestação no que se refere à expectativa de um prêmio ao colaborador surge como uma consequência de atuação positiva no direito processual penal que se baseia na colaboração com a autoridade policial ou judicial na apuração dos delitos.

O fenômeno do consenso no processo penal, conforme Brandalise (2016, p. 23) não é recente e também não é limitado apenas à demonstração de vontade das partes, este também possibilita a otimização do trabalho e o alcance de melhores resultados. Sua origem, conforme estudado por Mossin e Mossin (2016, p. 33), ocorreu nos Estados Unidos, nos anos 1960, através da Lei Ricco, e a delação compreendia um acordo realizado entre o Ministério Público e o réu no tocante à redução da pena caso houvesse condenação, devendo ser homologado pelo juiz para que pudesse produzir efeitos.

Na Itália, a delação era utilizada para o combate à máfia, a qual revelava o crime organizado, assim eram concedidos benefícios, como a redução da pena e seu cumprimento em regime especial, para aqueles que delatassem os demais envolvidos nos crimes. Desse modo, foi possível a obtenção de resultados positivos, uma vez que se conseguiu levar à prisão outros criminosos, sendo o modelo italiano seguido por diversos países.

6 A PREVISÃO DO INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No Brasil, o instituto da delação premiada foi disciplinado pela primeira vez na Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990) ao fazer menção ao “bando ou quadrilha”, de modo que o parágrafo único do art. 8º prevê a redução de um 1 a 2/3 da pena para o delator, desde que de sua delação ocorra o desmantelamento do bando ou quadrilha. Posteriormente, nos crimes contra ordem tributária, econômica, e contra as relações de consumo através da Lei nº 8.137/1990 foi prevista a redução de 1 a 2/3 nas hipóteses em que houver a “revelação de toda trama delituosa” quando houver quadrilha ou coautoria.

A Lei 7.492/1986, com as alterações previstas pela Lei 9.080/1995, também prevê a redução de 1 a 2/3 da pena se, com o auxílio do delator, foi possível a revelação de toda a trama delituosa. A referida lei também versa sobre quadrilha ou bando. Por sua vez, a Lei nº 9.807/1999, a qual versa sobre a proteção da vítima e testemunhas, prevê no art. 14, em caso de condenação, a redução de 1 a 2/3 desde que o delator



coopere identificando os demais coautores ou partícipes do crime, bem como a localização da vítima e recuperação total ou parcial do produto do delito.

Quanto ao delito de extorsão mediante sequestro, o art. 159, §4º, do Código Penal, a redação incluída pela Lei 9.269/1996 prevê que a pena será reduzida de 1 a 2/3 se o coautor ou partícipe noticiar a prática do delito de modo a facilitar a libertação da vítima que esteja sequestrada. Este delito é cometido em concurso de pessoas. Na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), há previsão no art. 41 de que a pena será reduzida de 1 a 2/3 para o colaborador que ajudar na identificação dos demais coautores, partícipes do crime, bem como na recuperação total ou parcial do produto do crime, é uma hipótese de coautoria ou participação.

Nos crimes de “lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores”, os quais foram instituídos pela Lei nº 9.163/1998, com o art. 1º, §5º com redação da Lei nº 12.683/2012, há previsão de que havendo concorrência do colaborador que conduza à identificação dos demais autores, bem como à localização de bens e valores objetos de crime, poderá a pena ser reduzida de 1 a 2/3 ou até mesmo deixar de ser aplicada ou substituída (BRASIL, 2012, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Recentemente, a Lei nº 12.850/2013, a qual define organização criminosa, prevê que com a delação premiada poderá ser concedido perdão judicial ou a redução de até 2/3 da pena ou sua substituição nas hipóteses em que o colaborador contribua para a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa, além da revelação hierárquica do funcionamento da organização, localização de eventuais vítimas e recuperação de bens e valores.

A referida lei foi o primeiro dispositivo a trazer de forma sistematizada o procedimento da delação premiada, o legislador optou pela utilização do termo colaboração sob o entendimento deste ser o gênero, enquanto a delação uma das espécies, conforme anteriormente mencionado.

Conforme Fonseca (2017, p. 107), a Lei 12.850/2013, prevê que o acordo de delação premiada poderá ser negociado e firmado entre o investigado ou acusado e seu defensor e o representante do Ministério Público ou autoridade policial, pois assim é a previsão do art. 4º, §2º e art. 6º, IV.

Ainda, o art. 4º da Lei de Organizações Criminosas define como requisitos para celebração do acordo de delação premiada: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa, bem como das infrações penais por eles praticadas, II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa, III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa, IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa e V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Por sua vez, no art. 5º estão dispostos os direitos do colaborador, o qual poderá



usufruir das medidas de proteção previstas em lei, ter seu nome, qualificação, imagem e demais informações preservadas, além de ser conduzido em juízo separadamente dos demais autores, participar das audiências de forma separada dos demais envolvidos, não ter sua identidade revelada salvo autorização por escrito e cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais condenados.

O art. 6º da mesma lei dispõe sobre os requisitos do acordo de delação premiada, o qual deverá ser escrito, e, o art. 7º, §7º prevê que o acordo deixa de ser sigiloso após o recebimento da denúncia, ressalvadas as condições do art. 5º.

7 A APLICABILIDADE DOS INSTITUTOS CONFORME DADOS DIVULGADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Em um primeiro momento destaca-se que há uma quantidade significativa de informações no que se refere aos dados e números de acordos de leniência e delação premiada celebrados. Assim, como forma de garantir a segurança dos dados presentes neste trabalho, serão apresentados os dados divulgados pelo Ministério Público Federal no Relatório de Resultados do Procurador Geral da República (2015-2016) (BRASIL, 2016, <<http://www.mpf.mp.br>>), o qual apresentou dados referentes à Operação Lava Jato, conhecida internacionalmente como marco de repressão às práticas corruptivas no Brasil.

Optou-se pela utilização desses dados, uma vez que além de demonstrarem o número de acordos de leniência e delação premiada celebrados, divulgam ainda outros dados relevantes sobre os resultados obtidos até o momento. Além disso, os dados estão atualizados até 2016, sendo o último estudo oficial divulgado.

Imperioso salientar que o número de acordos de leniência informado não se refere ao número de acordos celebrados no âmbito da Lei Anticorrupção, em que foi celebrado um acordo em julho de 2017 com a participação da Controladoria Geral da União e uma construtora acusada de participar de um cartel formado por empreiteiras para fraudar licitações e superfaturar contratos junto a Administração Pública indireta.

Bem como em abril de 2018, também no âmbito da Lei Anticorrupção Brasileira, a Controladoria Geral da União, com a participação do Ministério Público Federal, celebrou acordo de leniência com duas empresas de publicidade acusadas de pagar propina para vencer licitações de contratos públicos.

Esclarecidas as questões iniciais, passa-se à análise dos resultados divulgados no relatório supramencionado, no qual, além dos dados a seguir expostos, são trazidas questões referentes à operação e a forma como ocorreram os procedimentos.

Conforme divulgado (BRASIL, 2016, <<http://www.mpf.mp.br>>), até 2016, no âmbito da operação Lava-Jato, na 1ª instância, foram 1.397 procedimentos instaurados,



além de 654 buscas e apreensões, 174 conduções coercitivas, 92 prisões temporárias e 6 prisões em flagrante, 112 pedidos de cooperação internacional, sendo 94 pedidos ativos para 30 países e 14 pedidos passivos com 12 países. Destaca-se que foram celebrados 70 acordos de colaboração premiada firmados com pessoas físicas e 6 acordos de leniência e 1 termo de ajustamento de conduta, conforme consta no referido relatório (BRASIL, 2016, <<http://www.mpf.mp.br>>).

Na esfera criminal foram 48 acusações criminais contra 233 pessoas (sem repetição de nome), e em 21 já houve sentença, pelos seguintes crimes: corrupção, crimes contra o sistema financeiro internacional, tráfico transnacional de drogas, formação de organização criminosa, lavagem de ativos, entre outros. Além disso, foram 7 acusações de improbidade administrativa contra 38 pessoas físicas e 16 empresas pedindo o pagamento de R\$ 12,1 bilhões. Valor total do ressarcimento pedido (incluindo multas): R\$ 38,1 bilhões (BRASIL, 2016, <<http://www.mpf.mp.br>>).

Ainda segundo divulgado no mesmo relatório (BRASIL, 2016, <<http://www.mpf.mp.br>>), os crimes já denunciados envolvem pagamento de propina de cerca de R\$ 6,4 bilhões. R\$ 3,6 bilhões são alvo de recuperação por acordos de colaboração, sendo R\$ 745,1 milhões objeto de repatriação. R\$ 2,4 bilhões em bens dos réus já bloqueados. Até o momento (2016) são 105 condenações, contabilizando 1.148 anos, 11 meses e 11 dias de pena.

Perante o Supremo Tribunal Federal foram 1.337 manifestações, 162 buscas e apreensões, além de 147 quebras de sigilo fiscal e 168 quebras de sigilo bancário, bem como 121 quebras de sigilo telefônico, 3 quebras de sigilo telemático e 2 quebras de sigilo de dados. Além disso, ocorreram 16 sequestros de bens, 4 sequestros de valores, 81 inquéritos com 364 investigados entre pessoas físicas e jurídicas, 14 denúncias em 17 inquéritos com 45 acusados 3 ações penais (BRASIL, 2016, <<http://www.mpf.mp.br>>).

Por fim, destaca-se que foram celebrados 41 acordos de colaboração premiada homologados perante o STF e R\$ 79 milhões repatriados (BRASIL, 2016, <<http://www.mpf.mp.br>>).

8 IDEIAS DE CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar os principais aspectos dos acordos de leniência e da delação premiada e sua aplicabilidade no combate à corrupção. Foram utilizados dados colhidos em uma pesquisa já realizada para elaboração do trabalho de conclusão de curso, o qual versou sobre os reflexos penais dos acordos de leniência no âmbito da Lei Anticorrupção Brasileira.

Assim, em um primeiro momento foram delimitados os principais aspectos dos institutos dos acordos de leniência na legislação mundial com foco nas leis norte-



americana e britânica, e após foi realizada uma análise da previsão na legislação no Brasil com foco na Lei Anticorrupção Brasileira.

Posteriormente, realizou-se um estudo sobre delação premiada, buscando-se em um primeiro momento delimitar sua aplicabilidade em outros países, bem como seu histórico e aplicabilidade na legislação pátria.

Por fim, de forma breve, foram analisados os principais dados divulgados pelo Ministério Público Federal no Relatório de Resultados do Procurador Geral da República (2015-2016), o qual apresentou dados referentes à Operação Lava Jato, conhecida internacionalmente como marco de repressão às práticas corruptivas no Brasil.

Desse modo, respondendo ao problema de pesquisa, o qual questionou: os institutos dos acordos de leniência e da delação premiada constituem um mecanismo de combate à corrupção a ser adotado no ordenamento jurídico brasileiro? Observa-se que sim, contudo devem estar aliados às demais políticas públicas de prevenção e combate à corrupção, além de uma legislação específica.

Diante do exposto, é possível concluir que ambos os institutos são de extrema importância no combate à corrupção no Brasil de modo que cada um deles, em suas respectivas esferas, devem ser utilizados com cautela e aliados aos demais elementos probatórios para que seja possível a obtenção de melhores resultados.

REFERÊNCIAS

AYRES, C.H.S; MAEDA, B. C. O acordo de leniência como ferramenta de combate a corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhoz; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). **Lei anticorrupção**. 1. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

BRASIL. Lei 12.846/2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

_____. Decreto 8.420/2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8420.htm>. Acesso em: 21 abr. 2018.

_____. Lei 12.850/2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);



revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 21 abr. 2018.

_____. Ministério Público Federal. **Relatório de Resultados do Procurador Geral da República**. 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/conheca-o-mpf/gestao-estrategica-e-modernizacao-do-mpf/sobre/publicacoes/pdf/RelatoriodeResultadosdoPGR_20152016.pdf/view>. Acesso em: 01 maio 2018.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas**: Lei 12.846 de 2013. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FIDALGO, C. B.; CANETTI, R. C. Os acordos de leniência na lei de combate à corrupção. In: SOUZA, J. M.; QUEIROZ, R. P. (Org.). **Lei anticorrupção**. Salvador: JusPodivm, 2015.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

HEINEN, Juliano. **Comentários à lei anticorrupção**: Lei nº 12.846/2013. Belo Horizonte: Forum, 2015.

MOSSIN, Heráclito; MOSSIN, Júlio César O. G. **Delação premiada**: aspectos jurídicos. 1 ed.. São Paulo: Jhmizuno Editora Distribuidora, 2016.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**: legitimidade e procedimento. 3 ed. revista e atualizada de acordo com a Lei 12.850/2013. Curitiba: Juruá, 2016.

SALOMI, Maíra Beauchamp. **O acordo de leniência e seus reflexos penais**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Penal - Faculdade de Direito)– Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-11102012-085658/>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

UNITED KINGDOM. Office of Fair Trading. 2014. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/organisations/office-of-fair-trading>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

UNITED KINGDOM. Deferred Prosecution Agreements. 2018. Disponível em: <<https://www.sfo.gov.uk/publications/guidance-policy-and-protocols/deferred-prosecution-agreements/>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

UNITED STATES OF AMERICA. Department of Justice. 1993. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/810281/download>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

VILARD, C. S.; PEREIRA, F. R. B.; DIAS NETO, T. **Direito penal econômico**: crimes econômicos e processo penal. São Paulo: Saraiva, 2008.



**MÉTODOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL
DE CONFLITOS
MEDIAÇÃO E JUSTIÇA RESTAURATIVA**



A (IM)POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DA COMISSÃO DE REPRESENTANTES DOS EMPREGADOS NA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS LABORAIS

Márcio Dutra da Costa¹

Vívian Paludo²

1 INTRODUÇÃO

O art. 11 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), promulgada em 5 de outubro de 1988, dispõe: “Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores”. O dispositivo está inserido no Capítulo II (“Dos Direitos Sociais”) do Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) da CRFB. Indubitavelmente, tal norma possui a desejável capacidade de contribuir para o aperfeiçoamento das relações entre o capital e o trabalho, possibilitando aos atores envolvidos o exercício do diálogo permanente, na constante busca do aprimoramento do Estado Democrático de Direito.

Todavia, foi necessário aguardar vinte e nove anos até que o legislador, por meio da Lei nº 13.467/2017 (a qual instituiu a chamada “Reforma Trabalhista”), finalmente viesse a regulamentar tal dispositivo, inserindo na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) os artigos 510-A a 510-D (posteriormente complementados pelo art. 510-E, incluído pelo Poder Executivo por meio da Medida Provisória nº 808/2017, cujo prazo de vigência transcorreu de 14/11/2017 a 23/4/2018).

A regulamentação da matéria permite que exista mais um canal de comunicação entre empregadores e empregados, o que é salutar para ambos os lados, porquanto, com a atuação da comissão, poderão ser tratadas de modo mais adequado algumas questões específicas do ambiente de trabalho, sem prejuízo das atividades que são desenvolvidas pelas entidades sindicais.

O art. 510-B da CLT confere à comissão de representantes dos empregados, dentre outras, a atribuição de “buscar soluções para os conflitos decorrentes da relação de trabalho, de forma rápida e eficaz, visando à efetiva aplicação das normas legais e contratuais” (inciso IV).

1 Mestrando em Direito pela UNISC – Universidade de Santa Cruz do Sul-RS. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UNIDERP - Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal-MS. Integrante do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos”, vinculado ao CNPq. Procurador do Trabalho. *E-mail*: marciodc@hotmail.com.

2 Mestranda em Direito pela UNISC – Universidade de Santa Cruz do Sul-RS. Especialista em Direito Processual Civil pela UNISUL - Universidade do Sul de Santa Catarina. Integrante do Grupo de Pesquisa “Direito Tributário/Financeiro e Políticas Públicas de Desenvolvimento e Inclusão Social”. *E-mail*: vivipaludo2@gmail.com.



Na Exposição de Motivos atinente ao Projeto de Lei nº 6.787/2016 (cuja aprovação resultou na promulgação da Lei nº 13.467/2017), o Ministro do Trabalho aduziu que uma das funções do representante dos empregados seria a de “mediar a resolução de conflitos individuais havidos no curso da relação empregatícia”.

O presente estudo tem por objetivo geral analisar a (im)possibilidade de atuação da comissão de representantes dos empregados como mediadora de conflitos laborais, à luz dos princípios que regem o instituto da mediação. Como objetivos específicos, visa-se abordar a representação dos trabalhadores nos locais de trabalho e a regulamentação do art. 11 da CRFB, com ênfase nas suas atribuições.

O problema desta pesquisa é: a comissão de representantes dos empregados pode atuar como mediadora de conflitos laborais?

O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, o qual parte da relação entre argumentos gerais para argumentos particulares, até que se chegue à conclusão. Por seu turno, o método de procedimento adotado foi o monográfico, a partir da leitura de normas legais e de bibliografia relacionadas ao tema em estudo.

A justificativa deste estudo consiste na recentidade da regulamentação legal do instituto da representação dos trabalhadores nos locais de trabalho - o qual possui considerável relevância para a sociedade, na medida em que fomenta o diálogo e a participação democrática no ambiente laboral – e na conveniência de analisar a possibilidade de utilização, pela comissão de representantes dos empregados, do método autocompositivo de tratamento de conflitos denominado mediação.

2 A REPRESENTAÇÃO DOS TRABALHADORES NOS LOCAIS DE TRABALHO

Segundo a definição de Barros (1998, p. 179), “sob o prisma do Direito Civil, representação é a capacidade atribuída a alguém para praticar atos ou administrar interesses em nome de outrem”. Tratando especificamente da representação dos empregados, Nascimento (*apud* SIQUEIRA NETO, 2000, p. 187) leciona que a representação dos trabalhadores nos locais de trabalho, em um sentido amplo, compreende os meios que se destinam à discussão e à manifestação dos obreiros no local de trabalho, “tendo em vista o desenvolvimento de entendimentos com o empregador destinados à efetivação ou à reivindicação de direitos e deveres”. Para Godoi (1991, p. 100), ela é “o modo de interveniência nas relações entre o grupo de empregados e o empregador, por um dos integrantes do grupo, com o propósito de cooperação jurídica destinada a promover-lhes o entendimento”. Dos variados conceitos acima reproduzidos, é possível constatar que a representação dos trabalhadores visa a estabelecer um canal direto de comunicação dos indivíduos representados com o tomador dos seus serviços, diálogo esse fundamental em uma relação na qual os interesses contrapostos levam, não raras vezes, à formação de um



legítimo antagonismo entre os sujeitos.

A relevância de tal instituto para o adequado desenvolvimento das relações entre capital e trabalho não pode ser desprezada:

[...] Na democratização das relações de trabalho é necessário que o direito proletário assegure aos empregados um mecanismo de participação direta nos assuntos da relação de emprego, seja para concordar com as perspectivas capitalistas, seja para ser ouvido e propor alternativas que melhor se adaptem aos seus interesses, seja mesmo para resistir contra as investidas do capital, sobretudo no momento presente em que se verificam mecanismos de cooptação da subjetividade do trabalhador pela racionalidade capitalista. [...] (NASCIMENTO *apud* SIQUEIRA NETO, 2000, p. 187).

Importante aduzir que, segundo Nascimento (2005, p. 282), a representação dos trabalhadores na empresa encontra fundamento no direito de associação (não exatamente o sindical, mas sim o previsto no art. 5º, XVIII, da CRFB), no direito de participação dos empregados e “no conceito social de empresa, não como atividade exclusivamente econômica, mas, também, como organização que cumpre funções sociais”. Para tal doutrinador, como o empregador detém os poderes de comando, de direção e de disciplina sobre os trabalhadores, a representação dos empregados traduziria uma forma de criar um equilíbrio no exercício desses poderes por parte do seu detentor. Tratar-se-ia, portanto, de um modo de tentar reduzir a notória desigualdade com que soem se desenvolver as relações no âmbito intraempresarial, buscando-se assegurar uma maior capacidade de reivindicação aos trabalhadores e, por meio do diálogo constante, alcançar a tão almejada melhoria de sua condição social.

Para Brito Filho (2017, p. 334-335), os representantes dos trabalhadores podem ser classificados em sindicais e não sindicais. Enquanto os primeiros possuem vínculo direto com uma entidade sindical, atuando tanto dentro como fora dos limites da empresa, os segundos têm um liame direto com os próprios trabalhadores (embora também possam ser filiados ao sindicato), e sua atuação, em geral, circunscreve-se à área intraempresarial. Segundo tal autor (2017, p. 350, 352 e 409), o representante dos trabalhadores nas empresas com mais de duzentos empregados nada mais é do que o correspondente nacional da figura do delegado de pessoal, presente em outros ordenamentos jurídicos, como o espanhol, com esta denominação. A gênese de tal figura é explicada na lição que segue:

É que, como vimos, as representações diretas surgem para preencher um vazio, de poder e de representação, que existe nas hipóteses em que o sindicato não consegue atuar satisfatoriamente em favor de todos os trabalhadores da empresa, por diversas razões: quando o



sindicato se organiza fora dos muros da empresa, como é o caso do Brasil, com sua estrutura distanciada das bases; quando o sindicato representa, apenas, os seus associados, deixando outros trabalhadores órfãos de representação; e até quando o sindicato, mesmo organizado dentro da empresa, não é, de fato, o canal, a voz dos trabalhadores. (BRITO FILHO, 2017, p. 388-389).

Ressalte-se que não se deve confundir a representação exercida pelas entidades sindicais (como representantes das categorias profissionais) com a efetuada diretamente nos locais de trabalho, pois as áreas de atuação de ambas são distintas. Como observado por Oliveira Neto (2011), a representação dos trabalhadores não existe para substituir a atuação do sindicato; antes, é um instrumento efetivo no preenchimento de lacunas presentes na relação entre o sindicato e o empregador. Para Silva (2001, p. 301), a representação nos locais de trabalho possui condições de “resolver com muito mais propriedade e eficiência do que o sindicato” as questões específicas de cada empresa, enquanto a entidade sindical “proverá a negociação de maior amplitude no campo das categorias profissional e econômica”.

Não se trata, portanto, de uma **competição** em busca do protagonismo no exercício do direito de externar as reivindicações dos empregados, mas de uma relação que deve ser marcada pela **cooperação**, com cada espécie de representante (sindical e não sindical) envidando o máximo de esforços para atingir o desiderato comum, qual seja, a evolução da condição socioeconômica dos indivíduos por eles representados. Imaginar-se o oposto conduziria inegavelmente à fragmentação da categoria, com deletérios efeitos sobre a unidade dos cidadãos trabalhadores.

No capítulo seguinte, serão expostos, de modo geral, os principais aspectos relacionados à regulamentação legal do art. 11 da CRFB, em especial suas atribuições.

3 A REGULAMENTAÇÃO LEGAL DA COMISSÃO DE REPRESENTANTES DOS EMPREGADOS

Em 13 de julho de 2017, foi promulgada a Lei nº 13.467 (mais conhecida como “Reforma Trabalhista”), a qual, dentre outras providências, inseriu na CLT os artigos 510-A a 510-D (posteriormente complementados pelo art. 510-E, incluído pelo Poder Executivo por meio da Medida Provisória nº 808/2017, cujo prazo de vigência transcorreu de 14/11/2017 a 23/4/2018).

O § 1º do art. 510-A da CLT delimita o número de representantes da comissão, o qual varia de acordo com o quantitativo de empregados da empresa: três membros (nas empresas com mais de duzentos e até três mil empregados), cinco membros (nas empresas com mais de três mil e até cinco mil empregados) e sete membros (nas empresas com mais de cinco mil empregados). Esse quantitativo pode ser



relativizado: se o número de candidatos for inferior ao mínimo, a comissão será formada pelo número de interessados que houver; ademais, se nenhum empregado desejar se candidatar, a empresa ficará momentaneamente sem a comissão, mas, em até um ano, novas eleições deverão ser convocadas (art. 510-C, §§ 5º e 6º, da CLT). Caso a empresa possua trabalhadores em distintas unidades federativas (assim compreendidas os estados e o Distrito Federal), o § 2º do art. 510-A da CLT assegura a eleição de uma comissão por unidade, na forma estabelecida no § 1º.

As atribuições da comissão de representantes dos empregados estão arroladas nos sete incisos do *caput* do art. 510-B da CLT, a saber: I - representar os empregados perante a administração da empresa; II - aprimorar o relacionamento entre a empresa e seus empregados com base nos princípios da boa-fé e do respeito mútuo; III - promover o diálogo e o entendimento no ambiente de trabalho com o fim de prevenir conflitos; **IV - buscar soluções para os conflitos decorrentes da relação de trabalho, de forma rápida e eficaz, visando à efetiva aplicação das normas legais e contratuais**; V - assegurar tratamento justo e imparcial aos empregados, impedindo qualquer forma de discriminação por motivo de sexo, idade, religião, opinião política ou atuação sindical; VI - encaminhar reivindicações específicas dos empregados de seu âmbito de representação; VII - acompanhar o cumprimento das leis trabalhistas, previdenciárias e das convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho (grifo nosso).

Na Exposição de Motivos atinente ao Projeto de Lei nº 6.787/2016 (cuja aprovação resultou na promulgação da Lei nº 13.467/2017), o Ministro do Trabalho apresentou, dentre outras, a seguinte razão como justificativa para a proposta de alteração legislativa:

[...] 8. A regulamentação do art. 11 da Constituição da República tornará possível o aprimoramento das relações de trabalho no país, ao instituir no ambiente da empresa um agente com credibilidade junto ao trabalhador, já que ele será escolhido dentre os empregados da empresa, independentemente de filiação sindical, com quem ele poderá contar para mediar a resolução de conflitos individuais havidos no curso da relação empregatícia. A atuação do representante dos trabalhadores trará ganhos para a empresa, na medida que ela poderá se antecipar e resolver o conflito, antes que o passivo trabalhista se avolume e venha a ser judicializado. [...] (grifos nossos).

Adotando-se o **método da interpretação genética** – o qual, segundo Ávila (2001, p. 169), diz respeito a textos não normativos (como exposições de motivos e projetos de lei), referindo-se à gênese do dispositivo que é objeto de interpretação -, poder-se-ia chegar à conclusão de que a comissão de representantes dos empregados está legalmente autorizada a promover a mediação de conflitos laborais, com base no art.



510-B, IV, da CLT.

No próximo capítulo, analisar-se-á se a hipótese acima exposta deve ser corroborada ou refutada.

4 A PRINCIOLOGIA DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E A ATUAÇÃO DA COMISSÃO DE REPRESENTANTES DOS EMPREGADOS

Do ponto de vista etimológico, o vocábulo **mediação** procede do latim *mediare*, verbo que significa mediar, intervir, dividir ao meio. De tal verbo também provém a expressão *mediatione* (SPENGLER, 2017, p. 20):

De fato, o espaço da *mediação* está, antes de tudo, *no* meio, entre dois extremos. Coincide com sua relação e com sua existência. Compartilham as distâncias e os avizinhamentos. Antes de ser “meio” era, no mundo antigo, *mesotes*: espaço e virtude ao mesmo tempo. Era um estar no meio e, então, um assumir o problema, não distante de recusar o *idios* (do qual *idiota*), que fecha os indivíduos no egoísmo vulgar do seu ponto de vista *privado*; privado justamente no sentido de carente de alguma coisa. Indica, sobretudo, um espaço comum, participativo, que pertence também aos extremos entre os quais se define, mesmo os mais antagônicos e conflitantes; virtude distante da abstração de um *terzieta* e de uma imparcialidade somente imaginárias. (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2008, p. 106).

No ordenamento jurídico brasileiro, o instituto da mediação foi conceituado como “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (art. 1º da Lei nº 13.140/2015).

De plano, o **princípio da imparcialidade** sobressai como orientador da mediação (cf. o art. 2º, I, da Lei nº 13.140/2015), correspondendo ao dever de atuar sem “favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos na disputa e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente” (cf. o art. 1º, IV, do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, constante no Anexo III da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça).

Ante tal quadro, cabe a indagação: estariam os representantes dos empregados nas empresas com mais de duzentos trabalhadores aptos a atuar destituídos de qualquer “favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho [de mediação]”?

Para exemplificar, imagine-se a seguinte situação hipotética: uma empresa que



esteja atravessando um período de dificuldades financeiras recebe uma encomenda significativa de produtos, capaz de amenizar seus problemas de fluxo de caixa. Com o escopo de aumentar a produção, determina aos empregados de um determinado setor que laborem em regime de horas extras e, para evitar autuações fiscais por parte do Ministério do Trabalho, ordena que os trabalhadores registrem ficticiamente o horário de saída no cartão de ponto e, imediatamente, retornem aos seus postos de trabalho (situação que não é tão infrequente no cotidiano das relações laborais). Indignados com a situação, os empregados procuram a comissão de representantes e relatam o caso, exigindo que a empresa registre corretamente o horário integralmente laborado e efetue o devido pagamento das horas extras. Trata-se, indubitavelmente, de um **conflito laboral**, possuindo a comissão de representantes dos empregados, em tese, a atribuição de “buscar soluções para os conflitos decorrentes da relação de trabalho, de forma rápida e eficaz, visando à efetiva aplicação das normas legais e contratuais”. Entretanto, parece evidente que os membros da comissão – ainda que laborem em setores distintos dos afetados - não possuiriam a isenção necessária para agir sem **preferência** (em relação aos colegas de trabalho) ou **preconceito** (em relação ao empregador que explora a sua mão de obra), sendo praticamente impossível exigir que atuem de forma a impedir que seus valores e conceitos pessoais (como o fato de já terem passado ou poderem vir a passar por tal situação) interfiram no resultado da mediação.

Sobre tais aspectos, Almeida (2016, p. 48) - em estudo direcionado ao ordenamento jurídico argentino, mas cujos fundamentos podem ser aplicados ao Direito brasileiro -, expõe:

Em primeiro lugar, a imparcialidade é uma condição que exige não compartilhar nem competir em interesses com nenhum dos envolvidos – empregador, trabalhador, profissionais -. Nisso, poderia assemelhar-se àquelas situações nas quais um juiz poderia escusar-se ou ser recusado, tanto para resultar beneficiado como prejudicado, uma vez que existem circunstâncias, seja de parentesco, amizade íntima ou inimizade extrema, ou de se encontrar comprometido pessoalmente com alguma das soluções possíveis. (tradução nossa).³

Outro princípio basilar da mediação, intrinsecamente jungido ao da imparcialidade, é o da **independência** do mediador:

3 No original, em espanhol: “En primer lugar, la imparcialidad es una condición que exige no compartir ni competir en intereses con ninguno de los involucrados – empleador, trabajador, profesionales-. En esto podría asemejarse a aquellas situaciones en las que un juez podría excusarse o ser recusado, tanto para resultar beneficiado como perjudicado, habida cuenta de que existen circunstancias, ya de parentesco, amistad íntima o enemistad extrema, o de encontrarse comprometido personalmente con alguna de las soluciones posibles.”



O princípio da independência estabelece que o conciliador/mediador não pode possuir relações estreitas (amigo, parente, empregado, etc.) com os conciliandos/mediandos, pois nesse caso a tendência é agir de forma parcial. Importa salientar que a independência dos conciliadores/mediadores diverge da independência dos magistrados, uma vez que, ao proferir suas decisões, os magistrados decidem de acordo com suas próprias convicções e valores. Já os conciliadores/mediadores não podem influenciar os conflitantes com base nos seus costumes e valores.

Mas a independência aqui vai além desses dois aspectos, uma vez que diz respeito também à hipótese de garantir autonomia e liberdade ao conciliador/mediador para que realize a sessão conforme seus conhecimentos e práticas (desde que lícitos), livre de pressão interna e/ou externa, seja quanto aos resultados, seja quanto à condição do procedimento. Assim, independência se apresenta mais como característica do que como requisito, uma vez que indica “a capacidade de agir livre de toda e qualquer influência.” (SALES, 2003, p. 92). (SPENGLER, 2017, p. 147)

Sendo os membros da comissão, simultaneamente, colegas de trabalho e empregados subordinados às partes mediandas (trabalhadores e empregador), soa evidente que não poderiam atuar como mediadores, por não possuírem a indispensável autonomia para exercer o mister de mediador de conflitos laborais.

A *contrario sensu*, poder-se-ia argumentar que os membros da comissão de representantes dos empregados estariam imunes a pressões por deterem garantia no emprego (também denominada “estabilidade”), na forma do disposto no § 3º do art. 510-D da CLT, *verbis*:

§ 3º. Desde o registro da candidatura até um ano após o fim do mandato, o membro da comissão de representantes dos empregados não poderá sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

Todavia, a garantia no emprego assegurada não parece ser suficiente para assegurar aos representantes dos empregados uma atuação absolutamente livre de tentativas de influência por parte do empregador, seja por seu curto período de tempo (apenas um ano após o encerramento do mandato, que é de um ano e não pode ser renovado nos dois períodos subsequentes, conforme o art. 510-D, *caput* e § 1º, da CLT), seja pelo extenso rol de razões que podem, de um ponto de vista meramente formal, ser invocadas para “justificar” sua dispensa (motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro). Nessa senda, bastaria ocorrer uma crise financeira – ainda que efêmera – para o membro da comissão poder ser demitido, valendo-se o empregador desse subterfúgio para ocultar a represália perpetrada contra o



representante dos empregados.

Outro princípio fundamental que merece destaque é o da **confidencialidade**, entendido como o dever de o mediador assegurar o sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão de mediação, “salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese” (cf. o art. 1º, I, do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, constante no Anexo III da Resolução CNJ nº 125/2010). No âmbito da mediação extrajudicial – como é o caso da abordada no presente estudo –, a confidencialidade está prevista no art. 2º, VII, da Lei nº 13.140/2015 como princípio norteador do instituto da mediação, sendo abordada mais detalhadamente nos arts. 30 e 31 desse diploma legal.

A relevância da confidencialidade é assim exposta na doutrina:

[...] excluir a confidencialidade fere de morte qualquer procedimento de mediação. Para que o mediador ganhe a confiança das partes, ele precisa garantir a elas que o que for dito ou proposto não sairá da sala de reunião. Dificilmente as pessoas vão falar sobre a disputa de modo aberto e sincero se temerem que o relato possa ser usado pela outra parte para obter vantagens ou então que possa ser utilizado como argumento para procedência ou não do pedido. Assim, excluir a confidencialidade é ferir de morte a mediação, é criar um novo procedimento que pode alcançar o consenso, mas que não poderá ser chamado de mediativo; [...] (SPENGLER, 2017, p. 141).

Nessa senda, outra indagação exsurge: estaria o empregador realmente disposto a partilhar informações sensíveis do seu empreendimento com um empregado que é representante dos seus colegas e, no futuro, poderá se valer de tais dados quando do ajuizamento de uma reclamação trabalhista? Não se olvide que o exercício do mandato do membro da comissão “não implica suspensão ou interrupção do contrato de trabalho, devendo o empregado permanecer no exercício de suas funções” (art. 510-D, § 2º, da CLT). Logo, o membro da comissão de representantes dos empregados é, cotidiana e efetivamente, **empregado**; transitoriamente (durante um ano), **representante de seus pares**; e, apenas em ocasiões muito esporádicas, **mediador** (caso se admita a sua atuação como tal). Assim, é quase improvável que o empregador aceite sua atuação como mediador, a menos que esteja interessado em promover um “simulacro de mediação”, ocultando informações essenciais e exigindo, nas sessões individuais, que os reais interesses dos empregados lhe sejam revelados.

Outrossim, há um requisito para a atuação como mediador extrajudicial que não pode ser ignorado: o da **capacitação**.

O art. 9º da Lei nº 13.140/2015 dispõe que pode atuar como mediador extrajudicial



“qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e **seja capacitada para fazer mediação**, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se” (grifos nossos). A importância da capacitação é corroborada pela doutrina:

O mediador deve ser treinado para buscar propiciar o restabelecimento da comunicação entre as pessoas. Para tanto, deve ser paciente, sensível, despido de preconceitos e hábil para formular perguntas pertinentes aos envolvidos no conflito de modo a proporcionar espaço para a reflexão sobre seus papéis e a responsabilização quanto à reorganização de condições.

[...]

Em regra, não se afigura essencial que o mediador tenha formação jurídica ou de qualquer outra área do conhecimento: o que se exige é que ele conte com a confiança das partes e seja capacitado para seu mister por meio de um treinamento que proporcione noções apropriadas sobre a dinâmica da comunicação. (TARTUCE, 2018, p. 289).

Conforme exposto acima, a atuação do representante dos empregados como mediador, caso seja admitida, tende a ser bastante esporádica, não se traduzindo em um mister ordinário a ser desempenhado por ele. Considerando que a legislação não instituiu a obrigatoriedade de o empregador ou o Poder Público arcar com os custos decorrentes da participação do representante dos empregados em curso de formação de mediadores, não se pode exigir que o trabalhador invista tempo e recursos financeiros em tal formação. Se o legislador pretende realmente que o representante dos empregados officie como mediador – trazendo, assim, “ganhos para a empresa, na medida que ela poderá se antecipar e resolver o conflito, antes que o passivo trabalhista se avolume e venha a ser judicializado”, conforme constante na Exposição de Motivos atinente ao Projeto de Lei nº 6.787/2016 -, deveria ter estipulado mecanismos de financiamento de sua capacitação. Como reza o brocardo latino: “*Ubi emolumentum ibi et onus esse debet*” (“Onde há o emolumento, aí deve também haver o ônus”) – a menos que se conceba a despropositada ideia de o empregador contar com um serviço gratuito de tratamento de conflitos, às expensas de seus empregados.

Ausente a capacitação, haverá um procedimento conduzido de forma amadora e desprovida de técnica e preparo, baseado apenas na “boa vontade”, o qual não merece ser denominado de mediação.

É possível que o legislador, por insciência dos princípios inerentes à mediação ou por excesso de otimismo, tenha outorgado à comissão de representantes dos empregados um encargo maior do que as suas forças podem suportar. Entretanto,



considerando a ausência dos princípios da imparcialidade e da independência, as dificuldades para a concretização do princípio da confidencialidade e a absoluta falta de previsão de custeio da capacitação dos seus membros como mediadores, conclui-se que a comissão de representantes dos empregados não é um órgão apto a atuar na mediação de conflitos laborais.

5 CONCLUSÃO

Analisando-se o undécimo artigo da CRFB e sua regulamentação, em especial a possibilidade de a comissão de representantes dos empregados atuar na mediação de conflitos laborais, é possível chegar a algumas conclusões, conforme se exporá a seguir.

A representação dos trabalhadores no ambiente de trabalho, *lato sensu*, visa ao desenvolvimento do diálogo direto da classe profissional com o empregador, tendo o nítido propósito de melhoria da condição social dos empregados representados. Tal mecanismo de participação contribui de modo substancial para a afirmação do Estado Democrático de Direito no País, ao amenizar o rigor com que soem se desenvolver as negociações entre os atores da complexa e antagônica relação capital-trabalho.

O representante dos trabalhadores nas empresas com mais de duzentos empregados é classificado como um representante não sindical – o que, evidentemente, não impede sua filiação ao sindicato representativo da categoria profissional, assegurada pelo *caput* do art. 8º da CRFB -, operando em um campo mais restrito, sem colisão com a área própria de atuação do sindicato profissional.

A comissão será composta por número variável de representantes, o que será determinado pelo número de empregados da empresa, sendo no mínimo três e, no máximo, sete componentes; entretanto, esse quantitativo pode ser relativizado, pois, se o número de candidatos for inferior ao mínimo, a comissão será formada pelo número de interessados que houver. Outrossim, se nenhum empregado decidir se candidatar, a empresa ficará momentaneamente sem a comissão, mas, em até um ano, novas eleições deverão ser convocadas.

Ressalte-se que as empresas deverão ter a comissão formada em todas as unidades federativas (assim compreendidas os estados e o Distrito Federal) em que estão instaladas.

A comissão possui atribuições que buscam resolver problemas específicos da empresa, por meio da aproximação e do diálogo entre os empregadores e os empregados. Dentre os misteres, há o de “buscar soluções para os conflitos decorrentes da relação de trabalho, de forma rápida e eficaz, visando à efetiva aplicação das normas legais e contratuais”.

Na Exposição de Motivos atinente ao projeto de lei que antecedeu a Lei nº



13.467/2017, o Ministro do Trabalho aduziu que uma das funções do representante dos empregados seria a de “mediar a resolução de conflitos individuais havidos no curso da relação empregatícia”. No entanto, a mediação possui princípios norteadores que são de obrigatória observância.

Ante a ausência dos princípios da imparcialidade e da independência, as dificuldades para a concretização do princípio da confidencialidade e a absoluta falta de previsão de custeio da capacitação dos seus membros como mediadores, conclui-se que a comissão de representantes dos empregados não é um órgão apto a atuar na mediação de conflitos laborais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Mario de. Abordaje de conflictos laborales. In: WRIGHT, Walter A. (dir.); ALMEIDA, María Alba de (coord.); ALMEIDA, Mario de (coord.). **Abordaje de conflictos**. Buenos Aires: Astrea, 2016. p. 31-55.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 19, p. 157-180, mar. 2001.

BARROS, Alice Monteiro de. Representante dos empregados no local de trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, 28 (58), p. 179-188, jan./dez. 1998.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf>. Acesso em: 7 set. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2018.

_____. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 7 set. 2018.

_____. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 7 set. 2018.

_____. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm>. Acesso em: 7 set. 2018.



_____. **Medida provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm>. Acesso em: 7 set. 2018.

_____. **Projeto de lei nº 6.787/2016.** Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2333FC9B4433C84F061F963334D4AE86.proposicoesWebExterno1?codteor=1520055&filename=Tramitacao-PL+6787/2016>. Acesso em: 7 set. 2018.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Direito sindical.** Análise do modelo brasileiro de relações coletivas de trabalho à luz do direito estrangeiro comparado e da doutrina da OIT – proposta de inserção da comissão de empresa. 6. ed. São Paulo: LTr, 2017. 424 p.

GODOI, Luiz Carlos Gomes. Representação dos trabalhadores na empresa. In: ROMITA, Arion Sayão (Coord.). **Curso de direito constitucional do trabalho:** estudos em homenagem ao professor Amauri Mascaro Nascimento. São Paulo: LTr, 1991. v. 2, p. 97-110.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical.** 4. ed. São Paulo: LTr, 2005. 667 p.

OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de. Representação dos trabalhadores nas empresas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3015, 3 out. 2011. ISSN 1518-4862. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20114>>. Acesso em: 7 set. 2018.

SILVA, Antonio Álvares da. Representação dos trabalhadores na empresa. In: SILVESTRE, Rita Maria; NASCIMENTO, Amauri Mascaro (Coord.). **Os novos paradigmas do direito do trabalho:** homenagem a Valentin Carrion. São Paulo: Saraiva, 2001. 646 p.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. **Liberdade sindical e representação dos trabalhadores nos locais de trabalho.** São Paulo: LTr, 2000. 420 p.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos:** da teoria à prática. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. 222 p.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. O “tempo da jurisdição” e o “tempo da mediação”: a(s) verdade(s) conflitiva(s) e o seu tratamento. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, p. 99-118, jul. 2008. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/681/470>>. Acesso em: 7 set. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v0i30.681>.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis.** 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. 428 p.



**DIREITOS HUMANOS, CONTROLE DE
CONVENCIONALIDADE E PROTEÇÃO
MULTINÍVEL DE DIREITOS**



UMA TEORIA DA JUSTIÇA INTERNACIONAL PARA QUEM? AS FALHAS NA CONCEPÇÃO RESTRITIVA DE DIREITOS HUMANOS DE JOHN RAWLS NA OBRA “O DIREITO DOS POVOS”

Erick da Luz Scherf¹

Luciana Rocha Leme²

1 INTRODUÇÃO

John Rawls (1921-2002) fora um filósofo político estadunidense que marcou o pensamento político da segunda metade do século XX e, não obstante, suas ideias transcendem até o tempo presente. Rawls estudou em Princeton, onde cursou filosofia, concluindo o curso em 1943, e em 1950, John finalizou o doutorado com uma tese sobre filosofia moral, ainda na Universidade de Princeton (LOVETT, 2013). Entre 1952-1953, Rawls ganhara uma bolsa para estudar em Oxford, onde teve contato com outros filósofos importantes de sua época (como Hart, Stuart Hampshire, Hare entre outros). O intelectual lecionou na Cornell University de 1953 a 1959, e também foi professor visitante de Harvard e do Massachusetts Institute of Technology (LOVETT, 2013).

A obra na qual Rawls é aclamado pela comunidade acadêmica, principalmente nos Estados Unidos, intitula-se “Uma teoria da justiça”, publicada em 1971. O professor Frank Lovett, da Washington University acredita que este livro do pensador “[...] contenha tanto um forte compromisso com os direitos individuais quanto um argumento robusto em favor da justiça socioeconômica a partir de uma só teoria filosófica coerente” (LOVETT, 2013, p. 10).

John, a partir de sua teoria da justiça, buscava renovar o pensamento liberal que “triunfou” a partir do Iluminismo europeu (no qual focava quase que exclusivamente no indivíduo enquanto sujeito de direitos), mantendo a “individualidade” das concepções de justiça nos moldes liberais, no entanto, introduzia a estas o papel importante das instituições sociais no cumprimento integral dos direitos.

1 Acadêmico do 6º período do Curso de Relações Internacionais da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Integrante do grupo de pesquisa “Direitos Humanos e Cidadania” do Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. Contato: erickscherf@gmail.com.

2 Doutoranda junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Mestra em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Graduada em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Professora das disciplinas de Direitos Humanos, Direitos Humanos nas Relações Internacionais, Direito Processual Constitucional e Organizações Internacionais Não Governamentais na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Colaboradora Externa do Grupo de Pesquisa em Direitos e Políticas Públicas de Crianças, Adolescentes e Jovens (GRUPECA) da UNISC. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas, da UNESC e do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Cidadania da UNIVALI. Contato: luciana.rocha.leme@gmail.com.



O jornal eletrônico “The Guardian”, que recebe 34,7 milhões de visitantes por mês, publicou uma breve reportagem acerca da vida de Rawls, na qual afirma que o livro “Uma teoria da justiça” tornou-se leitura obrigatória para estudantes de filosofia, política e direito, e, dessa forma, o autor influenciou várias gerações, de maneira que seu livro vendeu mais de 300 mil cópias apenas nos EUA (ROGERS, 2002). No Brasil, a obra fora traduzida e publicada pela editora Martins Fontes pela primeira vez em 1997. A partir disso pode-se constatar a importância e influência do pensamento de Rawls na atualidade.

Mas de que maneira a teoria de Rawls pode ser estudada no campo de conhecimento das Relações Internacionais? Pois bem, os preceitos postulados em “Uma teoria da justiça” poderiam, de maneira não forçosa, serem analisados a partir dos impactos que gerariam, ao serem aplicados à realidade social, em diferentes contextos transnacionais, no entanto, John pessoalmente se dedicou a criar uma teoria da justiça internacional, que se encontra em outra obra, intitulada “O direito dos povos”, na qual ele pretende identificar quais são os melhores preceitos morais que deveriam ser aplicados às condutas dos povos liberais e “decentes” em suas relações no cenário internacional.

Porém, a obra “O direito dos povos” (1991) teve pouca repercussão se comparada à primeira grande obra de Rawls. Em “O direito dos povos”, John se propõe a desempenhar a arriscada tarefa de desenvolver uma teoria que funcionasse em nível global e que discorresse acerca de temas como a tese da paz democrática, a razão pública dentro do que ele chama de “sociedade dos povos liberais”, a tolerância, os direitos humanos e a questão da “guerra justa” (LIMA, 2013). Não obstante, o autor recebeu e ainda recebe diversas críticas de diversos intelectuais, que apontam uma possível incoerência entre as duas obras de Rawls,³ incoerência que se torna visível quando são analisadas em conjunto, além da transposição da tradição contratualista para o nível internacional.

Sem embargo, o autor afirma que os direitos humanos no Direito dos Povos, expressam uma classe especial de “direitos urgentes” que para ele são os direitos de maior grau de importância nas relações que ocorrem na “sociedade dos povos liberais” (RAWLS, 2001, p. 102-105). Sendo apenas retórica ou realidade, os direitos humanos são um fenômeno global (MAZOWER, 2004), e as Relações Internacionais têm se ocupado em analisá-los, principalmente a partir do seu processo de internacionalização, que se deu no pós-Segunda Guerra Mundial.

Assim sendo, reconhece-se que é importante estudar, a partir da lente de análise das Relações Internacionais, os princípios que Rawls elenca em sua obra “O direito dos povos”, a partir de uma perspectiva crítica, com o objetivo de explorar os avanços e falhas na construção teórica do autor acerca dos diversos debates que permeiam

3 “Uma teoria da justiça” e “O direito dos povos”.



as relações internacionais contemporâneas. Portanto, esta pesquisa se ocupa em identificar, os avanços e falhas na concepção de direitos humanos na obra “O direito dos povos” de John Rawls, utilizando o método descritivo-explicativo e a pesquisa bibliográfica como instrumento de pesquisa.

2 OS ASPECTOS GERAIS DE “UMA TEORIA DA JUSTIÇA” DE JOHN RAWLS

Esta seção objetiva identificar, de forma sucinta, a ideia principal da obra “Uma teoria da justiça”, pois faz-se necessário entender a sua primeira teoria de justiça, para posteriormente verificar se esta é similar ou não à teoria de justiça internacional desenvolvida pelo autor em análise na obra “O direito dos povos”.

A obra de Rawls, “Uma teoria da justiça”, é longa e densa, portanto, adverte-se que o escopo desta pesquisa não se encontra nela, no entanto, sua análise é imprescindível para entender o desenvolvimento do pensamento do autor na obra que é foco desta pesquisa. Enfatiza-se que o autor desenvolve a ideia principal acerca de sua teoria da justiça na primeira parte da obra, demonstrando a sua construção da justiça como equidade, elencando os dois princípios da justiça e a chamada “posição original”, modificando a concepção clássica de estado de natureza. Assim sendo, os desdobramentos da teoria, que se dão na segunda e terceira parte da obra, não serão aqui analisados, em razão do pouco espaço disponível para escrita.

O pensador irá utilizar a teoria do contrato social, que se lê em Kant, Locke e Rousseau, no entanto, como ele mesmo diz, pretende elevá-la a “um plano superior de abstração” (RAWLS, 2002, p. 12). Rawls nos instiga a pensar o contrato social não como aquele que inicia uma determinada sociedade, ou que estabelece uma forma particular de governo, mas sim, norteado pela ideia de que os princípios da justiça para a estrutura básica de uma sociedade devem ser o objeto de consenso original de pessoas “livres” e “racionais”. Ou seja:

Na justiça como equidade a posição original de igualdade corresponde ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato social. Essa posição original não é, obviamente, concebida como uma situação histórica real, muito menos como uma condição primitiva da cultura. É entendida como uma situação puramente hipotética caracterizada de modo a conduzir a uma certa concepção da justiça. Entre as características essenciais dessa situação está o fato de que ninguém conhece seu lugar na sociedade, a posição de sua classe ou o status social e ninguém conhece sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência, força, e coisas semelhantes. Eu até presumirei que as partes não conhecem suas concepções do bem ou suas propensões psicológicas particulares. Os princípios da justiça são escolhidos sob um véu de ignorância. Isso garante que ninguém é favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo



resultado do acaso natural ou pela contingência de circunstâncias sociais[...] (RAWLS, 2002, p. 13).

Assim sendo, para o autor, a justiça como equidade começa como sendo uma das escolhas mais básicas que as pessoas podem fazer na coletividade, para ele “a escolha dos primeiros princípios de uma concepção de justiça [...] deve regular todas as subseqüentes críticas e reformas das instituições [sociais]” (RAWLS, 2002, p. 14). Para Rawls, a estrutura básica da sociedade, que é composta por suas instituições e práticas legais, econômicas e culturais, constitui a base a partir da qual a vida de cada indivíduo se desenvolverá em determinado contexto social, ou seja, embora a estrutura básica não determine totalmente como será a vida de uma pessoa, “[...] é especialmente significativo que quaisquer que sejam os efeitos que uma estrutura básica tenha, serão efeitos pelos quais o indivíduo não pode ser plausivelmente responsável” (LOVETT, 2013, p. 28-29). Sem embargo, o intelectual trata, ainda na primeira parte, sobre os princípios da justiça, que, em geral, são dois:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras. Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b), vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos (RAWLS, 2002, p. 64).

Esses princípios objetivam orientar de que maneira devem ser elaboradas as instituições e práticas sociais que compõem a estrutura basilar de qualquer sociedade. No primeiro princípio, o autor considera como sendo liberdades básicas a liberdade política (o sufrágio universal), a liberdade de pensamento, o direito à propriedade e de estar livre de detenção e sequestros arbitrários (LOVETT, 2013). “O esquema de liberdades básicas iguais assim vislumbrado é um cronograma de direitos específicos que se reúnem em um feixe coerente que pode ser concedido igualmente a todos os cidadãos” (LOVETT, 2013, p. 47).

Já o segundo princípio da teoria da justiça de Rawls, como afirma o próprio autor, é ambíguo, e está aberto a diferentes interpretações, no entanto, duas delas são consideradas as mais plausíveis. A primeira, é relativa ao ‘princípio da eficiência’, de maneira que as desigualdades são para o benefício de todos quando elas satisfazem este princípio, de maneira a que os cargos e profissões estão abertos a todos quando não há discriminação de nenhuma natureza (LOVETT, 2013). Já a segunda interpretação invoca a substituição da igualdade formal pela ‘justa igualdade de oportunidades’, ou seja, a ideia de que:



[...] além de proteger os indivíduos contra a discriminação aberta e franca, possamos introduzir um sistema de educação pública universal “projetado para aplainar as barreiras de classe” e assim “mitigar a influência das contingências sociais e da sorte natural” não abordadas no sistema de liberdade natural. (LOVETT, 2013, p. 51).

No terceiro e último ponto apresentado por Rawls na construção geral de sua teoria da justiça, o autor irá reforçar a importância que exerce a posição original enquanto quadro mental a ser adotado a qualquer momento por qualquer pessoa. Tal posição é melhor explicada pelo o que ele denomina de “véu da ignorância”. A ideia de posição original, como afirma Rawls, é uma situação eminentemente hipotética, e não deve-se esperar que essa concepção de posição original explique as condutas humanas na realidade fática, mas sim que seja uma “teoria dos sentimentos morais”, sentimentos que afetam nossos pensamentos e ações (RAWLS, 2002). Vestidos com o véu da ignorância, na posição original, os indivíduos desconhecem seus talentos, suas habilidades naturais, seu *status* na sociedade ou a classe econômica a qual pertencerão, assim como as concepções morais de bem ou mal (RAWLS, 2002):

Embora ofereça alguma dificuldade no início, as razões para cada uma dessas restrições devem ficar bastante claras depois de reflexão cuidadosa. Se eu soubesse que seria branco, ou homem, poderia defender princípios que favorecessem as pessoas brancas ou os homens; se não conhecesse esses fatos, não teria a razão para agir assim [...] (LOVETT, 2013, p. 72).

Assim sendo, reconhece-se que, em linhas gerais, o autor por meio de sua teoria da justiça pretende estabelecer a noção da justiça enquanto equidade, que é elaborada com base em dois princípios, o sistema de liberdades básicas e a justa igualdade de oportunidades, de maneira que a estrutura básica da sociedade, ou seja, a maneira na qual as instituições sociais distribuem os direitos e deveres e determinam a divisão dos benefícios da cooperação social seja essencialmente justa (RAWLS, 2002).

3 A CONCEPÇÃO RESTRITIVA DE DIREITOS HUMANOS A PARTIR DA TEORIA DE JUSTIÇA INTERNACIONAL RAWLSIANA NA OBRA “O DIREITO DOS POVOS”

Finalizando a construção da ideia de justiça que Rawls apresenta na obra “Uma teoria da justiça”, inicia-se agora, a descrição geral das ideias contidas no exemplar de “O direito dos povos”, com a finalidade de identificar se a teoria de justiça internacional do autor vai de encontro ou não àquela apresentada aqui anteriormente, assim como, analisa-se a partir dela, a concepção que o intelectual apresenta acerca dos direitos



humanos, procurando identificar seus avanços e falhas.

Com a obra “O direito dos povos”, Rawls almeja apresentar suas reflexões sobre como cidadãos e povos liberais ou não liberais decentes (na classificação do autor) podem viver juntos pacificamente em um mundo justo. As partes I e II do livro dizem respeito ao que ele chama de teoria ideal.

A primeira parte da teoria ideal apresenta o conteúdo da lei dos povos (seus princípios) e apresenta o argumento para a aceitação desses princípios por todos os povos, que embora possam ser variados, podem ser adequadamente caracterizados como liberais (RUDISILL, 2004).

A segunda parte da teoria ideal tenta realizar uma extensão da sociedade dos povos para incluir os povos não liberais (embora decentes) e descrever por que tal extensão é justificada e como esses povos podem, de suas próprias perspectivas (não liberais), aceitar os princípios que estão sendo apresentados (RUDISILL, 2004).

A parte III do livro se volta para perguntas que Rawls localiza sob o título de “teoria não ideal”. Sob este título, deve-se considerar como, de acordo com sua descrição da lei dos povos, os membros da sociedade dos povos devem lidar com suas relações com aqueles povos que não são nem liberais nem decentes e não estão incluídos na sua sociedade (RUDISILL, 2004).

É necessário enfatizar que John não concebe a sociedade internacional no modelo clássico na qual os atores principais são os Estados-nacionais, mas sim uma sociedade na qual os povos ocupam os polos decisórios principais:

Com “Direito dos Povos”, quero referir-me a uma concepção política particular de direito e justiça, que se aplica aos princípios e normas do Direito e da prática internacional. Usarei o termo “Sociedade dos Povos” para designar todos os povos que seguem os ideais e os princípios do Direito dos Povos nas suas relações mútuas. Esses povos têm os seus próprios governos internos, que podem ser democráticos, liberais e constitucionais ou governos não-liberais mas decentes [...] (RAWLS, 2001, p. 3).

Ou seja, diferentemente da teoria doméstica, na qual os indivíduos na posição original agiriam conforme os ditames da justiça equitativa, na teoria internacional do autor, quem ocupa esta posição original são os povos, “Rawls argumenta que a representação dos interesses individuais neste segundo turno da posição original tornaria a concepção resultante de justiça internacional [...] individualista demais para ser aceita [...]” (DE VITA, 2006, p. 242) pela Sociedade dos Povos. Esta é a primeira contradição entre as duas obras, como ressalta Pogge: “[...] enquanto compartilham de uma abordagem questionável, suas duas teorias diferem significativamente em substância e estrutura. A primeira dá peso apenas aos interesses das pessoas individuais, no en-



tanto, a última não dá peso nenhum a estes [...]”⁴ (POGGE, 2004, p. 1739).

Não obstante, além de desconsiderar os interesses individuais na conduta das relações entre povos no que ele chama de Sociedade dos Povos, o autor oferece poucos mecanismos para identificar os níveis de representação internacional, ou seja, ele não oferece maneiras de mensurar a participação dos próprios indivíduos enquanto sociedade na elaboração e condução da política externa desses povos.

Além disso, ao considerar os povos na posição original da maneira que o faz, John irá entrar em contradição com a própria posição original que expressa em sua teoria doméstica de justiça. Os deliberantes racionais são concebidos como representando povos em vez de pessoas, e a posição original internacional é feita para modelar a liberdade e a igualdade dos povos. A representação é concedida seletivamente apenas àqueles que são bem ordenados por terem uma ordem institucional doméstica liberal ou decente, enquanto o restante (o que ele chama de “os fora da lei”) não são aceitos como iguais e assim lhes é negado igual respeito e tolerância, o véu da ignorância internacional é tão transparente que permite que as partes saibam se representam povos liberais/decentes ou não (POGGE, 2004).

Dessa maneira, reconhece-se que, as duas teorias da justiça de John Rawls muito mais divergem do que convergem em seus postulados, ou seja, é forçoso argumentar que o Direito dos Povos é uma extensão da teoria da justiça doméstica de Rawls às relações internacionais, pois sua teoria de justiça internacional apresenta diversas falhas e ignora vários princípios os quais o próprio autor defende em “Uma teoria da justiça”.

A partir dessa constatação, analisar-se-á a concepção de direitos humanos que o autor apresenta em “O direito dos povos”. É de se estranhar, à primeira vista, a falta de esforço teórico do autor no desenvolvimento do ponto de número 10, intitulado “Direitos humanos”, que se encontra na segunda parte da teoria ideal e que possui, espantosamente, apenas 4 páginas, parecendo que o autor dedicara esforços teóricos relativamente menores para tratar de tais questões em comparação aos outros pontos. Rawls considera que, na Sociedade dos Povos liberais e decentes, o lugar dos direitos humanos é essencialmente restrito, e que se traduz basicamente em três direitos:

Os direitos humanos no Direito dos Povos, por contraste, expressam uma classe especial de direitos urgentes, tais como a *liberdade* que impede a escravidão ou servidão, a *liberdade* (mas não igual liberdade) de *consciência* e a *segurança de grupos étnicos contra o assassinato em massa* e o *genocídio*. (RAWLS, 2001, p. 103, grifo nosso).

4 Original: [...] *While sharing a questionable, purely recipient-oriented approach, his two theories differ importantly in substance and structure. The former gives weight only to the interests of individual persons, yet the later gives no weight to these interests at all [...]* (POGGE, 2004, p. 1739).



Deve-se considerar que, a escravidão, de fato, é uma instituição cuja prática cobriu a maior parte da história mundial documentada e se espalhou por muitos países e regiões do mundo, e que, até os dias de hoje ela se faz presente, mesmo que de maneiras diferentes, sendo imperioso combatê-la em seus diversos níveis. Assim como a liberdade de pensamento é importante frente aos autoritarismos que marcaram a segunda metade do século XX e que suprimiram tal direito. Não obstante, a segurança de grupos étnicos contra genocídios em massa também se torna importante, principalmente após os processos de desmantelamento da União Soviética e de descolonização do continente africano.

No entanto, ao criar uma teoria da justiça internacional e um Direito dos Povos, visando regular as condutas conduzidas pelos povos em suas relações exteriores, acreditava-se que o autor iria elencar um rol mais extenso de direitos, a fim de garantir uma proteção integral de todos aqueles direitos importantes à vida em sociedade, mas não é o que acontece. O autor, ao considerar certos direitos mais urgentes do que outros, cria uma concepção de direitos humanos restritiva e arbitrária. Ou seja, ele decide, a partir de sua vontade, quais são os direitos que a Sociedade dos Povos deve elencar como sendo urgentes, ao invés de oferecer os mecanismos de representação necessários a identificar os diferentes anseios acerca das variadas concepções de dignidade humana que podem surgir dentro desta Sociedade.

Sem embargo, pode-se encontrar na história do sistema internacional diversas passagens nas quais direitos de diferentes espécies foram violados na condução das relações internacionais pelos Estados e que o autor, completamente ignora, por exemplo, a prática da migração forçada. Assim como afirmou Bauman (2017), entende-se que a migração em massa não é uma invenção da contemporaneidade, muito pelo contrário, tal fenômeno tem acompanhado a era moderna desde sua gênese, no entanto, poucos esforços têm sido realizados para entender tal fenômeno. Entende-se, então, que os refugiados sejam muito mais do que apenas um “problema humanitário” que desafia o direito internacional, de acordo com Betts (2016), eles são parte inerente da política internacional, chegando a afirmar que os refugiados e o sistema estatal são duas faces de uma mesma moeda, de maneira que um não pode ser entendido sem o outro, a figura do refugiado é parte integral da sociedade internacional e simboliza exatamente a falácia da relação Estado-cidadão-território assumida pela invenção chamada sistema estatal moderno.

A segunda afirmação de Rawls é a de que “*apenas os governos democráticos liberais são eficazes para proteger mesmo esses direitos humanos especificados pelo Direito dos Povos*” (RAWLS, 2001, p. 103, grifo nosso). Ou seja, para o autor, além de existirem alguns direitos urgentes e mais importantes do que outros, somente os povos democráticos liberais seriam capazes de pô-los em prática. Porém, o intelectual passa a ignorar, através dessa suposição, a realidade social em que ele mesmo está inserido: os Estados Unidos da América, país democrático liberal que manteve a



segregação racial dos negros em acomodações públicas, teatros, restaurantes, hotéis, ônibus entre outros como instituição social até o *Civil Act* de 1964 (SALVTORE, 2009), assim como a segregação residencial metropolitana de índios americanos e nativos do Alasca (dos 4.1 milhões de índios americanos e nativos do Alasca (1,5 por cento da população total do país) no Censo de 2000, 1,4 milhões ou 34% do total, viveram fora das áreas metropolitanas) (ICELAND; WEINBERG; STEINMETZ, 2002). Portanto, até que ponto democracias liberais são as únicas formas de governo capazes de proteger os direitos humanos?

O terceiro e último ponto, e talvez o mais preocupante, da concepção de direitos humanos de Rawls, é o papel desses direitos no que ele chama de “Estados fora da lei”. Para o autor, “Um Estado fora da lei que viola esses direitos deve ser condenado e, em casos graves, pode ser sujeitado a sanções coercitivas e mesmo à intervenção” (RAWLS, 2001, p. 105). Reconhece-se que a responsabilização internacional do Estado por atos violadores de direitos cometidos contra sua população civil e contra a população civil de outros Estados é importante frente à necessidade de garantia e proteção do que Flávia Piovesan ocasionou chamar de mínimo ético irreduzível (PIOVESAN, 2017).

No entanto, Rawls não oferece mecanismo algum para identificar em quais casos a intervenção em nome da proteção dos direitos humanos deve ocorrer, o autor apenas diz que esta poderá ocorrer em “casos graves”, mas não deixa claro que casos são esses, abrindo espaço para a arbitrariedade dos povos liberais e decentes que, no lugar de representantes da Sociedade dos Povos, devem decidir, de acordo com os próprios interesses, se a intervenção deve ocorrer ou não. Além do mais, Rawls não cita em nenhum momento a intervenção nos países democráticos liberais que violam tais direitos, mas sim, apenas nos “Estados fora da lei”, mostrando caráter normativo implícito em sua teoria, de simples reprodução do *status quo* social em favor dos povos liberais e decentes.

Portanto, o grande problema na teorização de Rawls acerca do lugar dos direitos humanos na sociedade dos povos é tratar esses direitos como uma doutrina acabada, ou seja, ao elencar um determinado rol de direitos, o intelectual doa aos direitos humanos um espírito de imobilismo, que pode impedir o surgimento de novos direitos advindos das lutas históricas dos povos em busca de emancipação (CARBALLIDO, 2015).

A realidade é que o pensamento de Rawls relativo aos direitos humanos vai muito de encontro com o que o professor português Boaventura de Sousa Santos já havia chamado atenção enquanto característica fundamental do pensamento ocidental, inclusive nas doutrinas de direitos humanos desenvolvidas por outros autores: o viés abissal que divide a realidade em dois universos: “o universo 'deste lado da linha' e o universo 'do outro lado da linha'. A divisão é tal que 'o outro lado da linha' desaparece enquanto realidade, torna-se inexistente, e é mesmo produzido como inexistente”



(SANTOS, 2009, p. 23).

Portanto, a construção da retórica dos direitos humanos desde sua afirmação no pensamento político ocidental do século XVIII, até sua assumida universalização na segunda metade do século XX, sempre fora marcada pela exclusão daqueles que se encontravam do outro lado da linha. Devido ao fato dessas noções de direitos humanos “ter[em] vindo da experiência histórica euro-americana, particularmente através das Revoluções Francesa e Americana, há uma forte tendência de se enxergar os direitos humanos como algo a ser encorajado pelo Ocidente” (BROWN, 2014, p. 6, tradução nossa), o que gera, conseqüentemente “o risco de não se reconhecer as práticas e as políticas de direitos humanos que não se enquadram no modelo euro-americano” (BROWN, 2014, p. 6, tradução nossa).

4 CONCLUSÃO

O objetivo desta investigação era de identificar os avanços e falhas na concepção de direitos humanos na obra “O direito dos povos” de John Rawls, não obstante, pôde-se constatar que os direitos humanos na Sociedade dos Povos proposta pelo autor, possuem caráter essencialmente restritivo, de maneira que o rol de direitos que Rawls desenvolve é diminuto e não representa necessariamente as diferentes necessidades nacionais, regionais e internacionais de proteção da dignidade humana em diferentes contextos sociais nacionais e transnacionais.

Além disso, o autor enganosamente afirma que só povos democráticos liberais seriam capazes de proteger os direitos humanos, além de que, só os Estados que ele classifica como “fora da lei” podem sofrer intervenções por violações graves de direitos humanos, mostrando o caráter normativo implícito em sua teoria da justiça internacional.

Não obstante, além de desconsiderar os interesses individuais na conduta das relações entre povos no que ele chama de Sociedade dos Povos, o autor oferece poucos mecanismos para identificar os níveis de representação internacional, ou seja, ele não oferece maneiras de mensurar a participação dos próprios indivíduos enquanto sociedade na elaboração e condução da política externa desses povos.

Por mais que as potências vitoriosas - assim como os teóricos nacionais destas - quisessem que os valores liberais (incluindo suas noções acerca dos direitos humanos) ultrapassassem as fronteiras dos Estados e as barreiras econômicas, sociais e culturais no erigir da nova ordem mundial com o final da Segunda Guerra Mundial, algumas deficiências intrínsecas ao projeto liberal puderam ser sentidas logo mesmo após a formalização da Declaração Universal (GASSAMA, 2012).

Portanto, “o futuro dos direitos humanos pode não estar em sua criação [...]



mas na potencialidade de se "descoser"⁵ os muitos mundos existentes de direitos humanos" (BAXI, 2006, p. 2, tradução nossa). Para Baxi (2006), o atual mundo dos direitos humanos é essencialmente excludente, e a possibilidade de descosê-lo significa dar aos direitos humanos o potencial de se renovarem e incluírem "imagens de um futuro justo e humano para todos os seres humanos" (BAXI, 2006, p. 3, tradução nossa).

Em suma, este artigo não pretendeu esgotar a avaliação do pensamento de Rawls no que cerne ao lugar dos direitos humanos em sua teoria da justiça internacional, entretanto, esta pesquisa serve ao propósito de instigar o desenvolvimento de outras percepções críticas sobre postulados muitas vezes tidos como prontos e acabados. O pensamento de Rawls influenciou e ainda influencia muito a Academia, tanto nos Estados Unidos quanto em outros lugares do mundo, portanto, deve-se estudá-lo a fim de não apenas compreendê-lo, mas também aperfeiçoá-lo segundo as diferentes realidades políticas, culturais e sociais.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.
- BAXI, Upendra. **The Future of Human Rights**. 2. ed. Nova Deli: Oxford University Press, 2006.
- BETTS, Alexander. International Relations and Forced Migration. In: FIDDIAN-QASMIYEH, Elena et al. (Ed.). **The Oxford Handbook of: Refugee And Forced Migration Studies**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2016. Cap. 5. p. 60-73.
- BROWN, Owen. Rights from the Other Side of the Line: Postcolonial perspectives on human rights. **Politikon: IAPSS Political Science Journal**, [s. l.], v. 25, n. 1, p.5-26, out. 2014. Disponível em: <https://www.iapss.org/wp/wp-content/uploads/2014/10/Pol25_Brown.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2018.
- CARBALLIDO, Manuel E. Gándara. Repensando Los Derechos Humanos Desde Las Luchas. **Revista Culturas Jurídicas**, Niterói, v. 1, n. 2, p.75-90, mar. 2015. Disponível em: <<http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/viewFile/88/18>>. Acesso em: 01 set. 2018.
- DE VITA, Álvaro. A teoria de Rawls da justiça internacional. In: BORON, Atilio A. (Org.). **Filosofia política contemporânea: controvérsias sobre civilização, império e cidadania**. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO); São Paulo: Departamento de Ciência Política. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, 2006.

5 Por falta de melhor tradução para a palavra *decreate*, inexistente na língua portuguesa, optou-se pelo uso da expressão *descoser*: que significa "[...] 2. Desfazer o que está feito ou estruturado; desarranjar, desconjuntar, desmantelar". In: DICIONÁRIO BRASILEIRO DA LÍNGUA PORTUGUESA. *Descoser*. 2018. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=wXQ4>>. Acesso em: 11 jul. 2018.



GASSAMA, Ibrahim J. A World Made of Violence and Misery: Human Rights as a Failed Project of Liberal Internationalism. **Brooklyn Journal of International Law**, Nova Iorque, v. 37, n. 2, p. 407-458, maio 2012. Disponível em: <<https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1087&context=bjil>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

ICELAND, John; WEINBERG, Daniel H.; STEINMETZ, Erika (Ed.). **Racial and Ethnic Residential Segregation in the United States: 1980-2000**. 2002. U.S. CENSUS BUREAU. Disponível em: <<https://www.census.gov/prod/2002pubs/censr-3.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2017.

LIMA, Jozivan Guedes de. A ideia de uma sociedade de povos bem-ordenados segundo John Rawls. **Sofia**, Vitória, v. 2, n. 2, p.11-24, dez. 2013. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwIU2MfZ56fYAhWljJAKHWzqB40QFggoMAA&url=http://www.periodicos.ufes.br/sofia/article/view/6445&usq=AOvVaw0zZtxJop_Pidjegov2H8OoE>. Acesso em: 26 dez. 2017.

LOVETT, Frank. **Uma teoria da justiça, de John Rawls**: guia de leitura. São Paulo: Penso, 2012.

MAZOWER, Mark. The Strange Triumph Of Human Rights. **The Historical Journal**, [s. l.], v. 47, n. 2, p. 379-398, jun. 2004. Cambridge University Press (CUP). <http://dx.doi.org/10.1017/s0018246x04003723>. Disponível em: <<http://faculty.washington.edu/aosanloo/anthro323-lsj321/HRTriumph.pdf>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RAWLS, John. **O direito dos povos**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROGERS, Ben. **John Rawls**. 2002. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/news/2002/nov/27/guardianobituarie.obituarie>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

RUDISILL, John. Review of "The Law of Peoples with 'The Idea of Public Reason Revisited'". **Essays in Philosophy**, [s. l.], v. 5, n. 1, p.1-8, jan. 2004.

SALVATORE, Susan Cianci (Ed.). **Civil Rights in America: Racial Desegregation of Public Accommodations**. 2009. National Park Service. U.S. Department of the Interior. National Historic Landmarks Program.. Disponível em: <https://www.nps.gov/nhl/learn/themes/CivilRights_DesegPublicAccom.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Org.). **Epistemologias do Sul**. Palheira: Almedina, 2009.



REFUGIADOS AMBIENTAIS: A FUGA DA NATUREZA FRENTE A AUSÊNCIA DE PROTEÇÃO NORMATIVA

Cíntia Camilo Mincolla¹
Karen Emilia Antoniazzi Wolf²

1 INTRODUÇÃO

A presença do capitalismo na sociedade atual tornou-se alvo de preocupação, diante da figura de um consumo exagerado por parte da população, o qual viola as garantias ambientais estabelecidas, bem como a principiologia designada para a proteção ambiental. Atenta-se que a desobediência, ações e omissões da sociedade acarretam prejuízos ao meio ambiente e a qualidade de vida dos ecossistemas.

Atualmente é inegável a necessidade do alcance de uma sensibilização ambiental social, pois há um número significativo de desastres e acidentes ambientais derivados da exploração dos recursos naturais e do desenfreio do consumo. O período industrial e as novas tecnologias contribuíram de forma direta para os impactos ambientais hoje presentes, assim como o pensamento materialista e consumista, que provocaram e provocam acidentes derivados da mão humana, gerados por ações ou inações.

O desgaste do meio ambiente e a perda da qualidade dos ecossistemas possuem um denominador de grande importância, pois o assolamento de ambos é um dos maiores responsáveis pelas mudanças climáticas, porquanto obrigam as populações a abandonarem seus lares, cidades e países de origem. Em decorrência as pessoas precisam refugiar-se em lugares vizinhos, necessitando do uso do princípio da solidariedade entre os povos. Entretanto destaca-se que há brechas no recebimento dessas populações, tanto por parte dos povos, quanto por parte da legislação brasileira que apresenta uma lacuna quanto a essa modalidade de refugiado.

O assunto foi escolhido em razão da necessidade de explanar sobre a presente

1 Acadêmica do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). Pesquisadora do projeto intitulado "A necessária alteração legislativa, comportamental e de mecanismos atinentes à aplicação das normas de trânsito na sociedade informacional brasileira frente a experiências comparadas". Pesquisa financiada pelo Instituto de Pesquisa e Economia Aplicada (IPEA) e pelo Programa de Pesquisa para o Desenvolvimento Nacional (PNPD) no ano de 2017. Vinculado ao Núcleo de Segurança Cidadã (NUSEC) da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). Endereço eletrônico: cintia_mincolla@hotmail.com.

2 Professora do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). Mestre em direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Especialista em direito e processo do trabalho pela Faculdade Professor Damásio de Jesus (FDDJ). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Endereço eletrônico: karen.wolf@fadisma.com.br.



problemática de desastres ambientais que são derivados do modelo capitalista e egocêntrico, bem como a violação da principiologia ambiental realizada por parte da sociedade, apontando o descumprimento e ineficiência das legislações, princípios e tratados que dispõem da solidariedade entre os povos.

A justificativa do trabalho encontra-se na necessidade de estudar os temas da importância do refúgio aos que precisam de um olhar solidário, bem como a carência de legislações expressas a respeito do amparo ao refugiado ambiental. Destaca-se também a premência de atentar para o cumprimento de ações sustentáveis já que as políticas públicas demonstram-se ineficientes.

Há diversas evidências de que os Estados têm apresentado falhas quanto à obediência de suas garantias, bem como ao cumprimento da solidariedade decidida em acordos da Organização das Nações Unidas ONU. Dessa forma, ressalta-se que há um obstáculo de enfrentamento, qual seja a sensibilização dos povos com o resgate da harmonia com o meio ambiente, bem como o olhar atento para os outros países, os quais precisam de ajuda quando enfrentam desastres ou acidentes ambientais, uma vez que os efeitos de catástrofes já estão sendo sentidos pelas sociedades.

Frente a essas inquietações, questiona-se: Como resolver as questões que tratam a respeito da necessidade de proporcionar asilo e amparo aos refugiados ambientais? As legislações que tratam da temática demonstram-se ineficientes ao não apresentarem previsões expressas, nem propõem políticas públicas que atuem em prol de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A pesquisa fará uso do método dedutivo que parte de uma premissa genérica, qual seja o comportamento do homem capitalista, no período pós-industrial, que pratica condutas egocêntricas, que geram consequências pelos desastres ambientais. Partindo para uma premissa específica que apresenta o conceito posto, quais sejam as Conferências das Nações Unidas ONU que dispõem do meio ambiente, bem como a lacuna na legislação brasileira que prevê o Estatuto dos Refugiados que baseia-se no princípio da solidariedade. Como resultado dessas ocorrências acontecem os acidentes e desastres ambientais no mundo, e que resultam no surgimento de milhares de refugiados climáticos.

A técnica de pesquisa caracteriza-se como bibliográfica e documental constituída por doutrinas já elaboradas por estudiosos do assunto e documentos da ONU sobre a temática. Salienta-se, também, as menções quanto às legislações referentes ao tema.

O objetivo deste trabalho é explanar sobre as contribuições do descaso social com o meio ambiente, o comportamento egocêntrico do homem pós-moderno, apontando, conseqüentemente, a desobediência normativa por parte da sociedade, através do descumprimento das conferências e tratados firmados com a Organização



das Nações Unidas ONU. O resultado é o descaso com o ser humano que precisa de ajuda porque está em fuga da natureza, o refugiado ambiental.

Assim, no primeiro capítulo serão apresentadas as questões que tratam da necessidade da evolução das condutas humanas egocêntricas capitalistas para as sustentáveis, bem como a principiologia ambiental existente que busca disciplinar essas condutas a fim de preservar o meio ambiente. No segundo, a ineficiência normativa existente por parte dos Estados, bem como pela Organização das Nações Unidas, pois ambos não apresentam em seus textos normativos previsões expressas de amparo aos refugiados ambientais, e, por fim, no terceiro capítulo, a ocorrência de refugiados ambientais e os casos já conhecidos no mundo do abandono de lar em decorrência da alteração do meio ambiente.

2 O CAPITALISMO E A INOBSERVÂNCIA DA PRINCIPIOLOGIA AMBIENTAL

Atualmente, a sociedade acara grandes problemas de cunho ambiental, uma das maiores preocupações é o meio de subsistência do ecossistema, pois devido à adoção e prática de hábitos excessivos de consumo, tem-se hoje a presença da escassez de alguns recursos naturais, os quais já apresentam preocupações para a população.

As condutas relacionadas ao consumo exagerado e às práticas capitalistas vêm causando prejuízos já notórios para a população, todavia ainda há uma parte da sociedade, que encontra despreocupada com os sucessivos resultados das ações praticadas. A prioridade da satisfação materialista é algo preocupante hoje, uma vez que já existem comprovações de que o meio ambiente é tratado como segundo plano.

Os resultados da cultura capitalista e consumista são de grande preocupação, pois há grandes evidências de que o meio ambiente está doente, ou seja, perdendo sua qualidade originária. Toda ação humana sobre a natureza provoca alguma espécie de alteração e impacto, tem-se como exemplo os inegáveis desgastes e desastres ambientais já presenciados na contemporaneidade (HAWKEN et al., 2007).

O relatório 1998 *State of the World* [situação no mundo em 1898], do World-watch Institute, anunciou que a tendência dos indicadores ambientais era das piores: 'As florestas estão diminuindo, o nível dos lençóis de água não cessam de baixar, a erosão do solo prossegue, os pântanos começam a desaparecer, a pesca está em crise, as pastagens se deterioram, os rios vêm secando, as temperaturas aumentando, os recifes de coral continuam morrendo e as espécies de vegetais aproximam-se da extinção'. (HAWKEN et al., 2007. p. 290).



De acordo com Bachelet (1995), os seres humanos encontram-se acostumados à aderência da concepção de que viver é poluir, e esta cultura se perpetua desde muitas gerações passadas, a evidência desse fato implica na conservação do hábito predador e de superioridade às demais espécies vivas, como animais e vegetais. Isto é, há uma soberania do homem sobre o seu meio, o que é denominado como antropocentrismo.³

A primazia da noção de soberania, que em muitos casos se tornou abusiva, parece-se com uma transmissão instintiva do saber dos Estados. Trata-se de uma atitude, de uma espécie de reflexo comparável às reacções das espécies animais.

Manipulada para diversos fins consoantes as situações históricas, esta noção reflexa assemelha mais os Estados ao comportamento animal do que a um determinismo dominado pela razão, quando se trata para o Estado, ele próprio agindo por conta dos seres humanos que o constituem, de proteger estes últimos contra os principais riscos ecológicos. (BACHELET, 1995. p. 25).

Salienta-se que embora exista uma divisão entre Estados, denominadas de culturas, comportamentos, legislações, entre outras peculiaridades, encontram-se reunidos por semelhanças quando se trata de matéria ambiental, pois o mundo exhibe uma série de acidentes e desastres ambientais, causados pela contribuição da mão humana nas ações e inações na natureza.

A sociedade contemporânea tem como referência de representação a marca da transição de uma matriz industrial, a qual trás o desempenho de um histórico evolutivo que obteve um grande impulso do capitalismo. O sistema capitalista instaurou-se fortemente na sociedade, proporcionando o início de uma significativa produção industrial que sedimentou as criações tecnológicas e modernas (CARVALHO, 2013).

De acordo com Carvalho (2013), a chegada da época pós-industrial ocorreu à inserção dos perigos e riscos na sociedade, estes ocasionados devido à complexidade probatória, a qual envolve sua existência e as possíveis consequências nocivas, logo foram iniciadas as tecnologias contemporâneas. A partir desse período tecnológico, aumentou-se a possibilidade de destruições no planeta, tais ocorrências ocasionaram impactos nas condições de vida de todos os seres vivos, bem como nas mudanças climáticas. Nessa temporada também deu-se início à existência dos danos e riscos ecológicos impulsionados e produzidos pela sociedade moderna da evolução.

³ Antropocentrismo: ideologia, ou doutrina, de acordo com a qual o ser humano é o centro do universo, de tudo, sendo ele rodeado por todas as outras coisas.
 Dicio. Dicionário de português. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/antropocentrismo/>>
 Acesso em: 24 mai. 2017.



Deste modo, pode-se observar a existência de duas espécies de riscos, estas são: os riscos concretos, que tem como características a decorrência de uma formação social de natureza industrial, estes denominam-se também como riscos calculáveis, já que se faz possível pelo conhecimento vigente a realização de uma análise de risco determinística, ao qual possibilitará a verificação segura de causas e consequências deste. Logo, tem-se também a espécie dos riscos invisíveis ou abstratos, no quais é de cunho inerente a sociedade de risco. A maior característica deste tipo de risco é a invisibilidade, no qual fazem este fugir da percepção humana, decorrendo sucessivamente uma ausência de conhecimento científico seguro sobre este. (CARVALHO, 2013. p. 72).

Derani (2008) coloca que a utilização de uma estratégia de risco é imprescindível para a ação de minimizar a tensão potencial entre o desenvolvimento econômico e a sustentabilidade ecológica, ou seja, as circunstâncias e considerações estratégicas são baseadas na posição de que a integridade dos componentes dos ecossistemas encontre-se diretamente aos processos físicos ou biológicos, que assumem na totalidade dos sistemas, bem como a função e manutenção dos bens naturais, tais como a reposição dos recursos naturais e a observância dos limites de exploração.

Com a conceituação da emergente necessidade de minimização dos riscos, os conceitos expostos a respeito dos perigos visíveis e invisíveis vão de encontro aos princípios de direito ambiental que dispõe da prevenção e precaução, a qual representa teorias distintas sobre ambos.

Já para Canotilho e Leite (2007), os princípios que tratam das ações e atuações preventivas e das precauções encontram-se diretamente conectados, pois ambos apresentam os pontos relevantes sobre as funções determinantes na gestão dos riscos ambientais. Destaca-se que esses princípios encontram-se conectados ao objetivo da equidade intergeracional, ou seja, possuem características necessárias para realizar uma melhor relação com o futuro, assim como o bem estar do meio ambiente.

O princípio da prevenção é aplicado quando se tem a presença de um perigo certo, ou seja, quando há todos os elementos seguros para afirmar que uma determinada atividade é efetivamente e potencialmente perigosa. Nesse sentido a atenção é voltada para o momento anterior à consumação do dano (MILARÉ, 2009).

Destaca-se, ainda, que na prevenção é substancial que muitos danos são compensáveis, porém esses nunca serão reparáveis, portanto é de grande importância a ação antecipada para que se possa evitar a produção do dano através de medidas cautelatórias. Ressalta-se conjuntamente algumas características, tais como: risco certo, impactos ou riscos já conhecidos e também o perigo concreto. (MILARÉ, 2009).

Já o princípio da precaução é aplicado quando a informação científica é



insuficiente, inconclusiva, ou incerta. Possui a reflexão sobre as indicações de que os possíveis efeitos sobre o meio ambiente, saúde das pessoas ou dos animais, ou a proteção da vegetação podem ser potencialmente perigosos ou incompatíveis com os níveis de proteções escolhidos (CASTRO, 2016).

Milaré (2009) explana que o princípio da precaução é abrangido pelas incertezas e dúvidas sobre o nexo entre o ato e as consequências sobre a realidade do dano, ou a medida do risco. Esse princípio também dispõe da ação ativa antecipatória, e inibitória em face da ameaça do dano, a possibilidade da inversão do ônus da prova, em que prevê que o indivíduo que deseja explorar determinada atividade deverá demonstrar que inexistem riscos na área, ou que os riscos existentes são consideravelmente aceitáveis e agir em *in dubio* para o ambiente, visando à implementação imediata de medidas de precaução.

Valle (2012) coloca que o meio ambiente também trabalha com outras peculiaridades de cuidados, além dos princípios da prevenção e precaução que são denominados como preservação e conservação, o autor destaca que é de grande importância trabalhar com a informação desses, pois embora muitas pessoas reconheçam essas palavras como sinônimos uma da outra, elas distinguem conceitos e significados bem diferentes na linha ambiental, como pode-se observar na seguinte citação.

[...] Na preservação ambiental adota-se o critério da intocabilidade da natureza e do ecossistema pelo homem, acreditando-se que, uma vez rompido o equilíbrio preexistente no sistema, este não mais se recomporá.

Pela conservação, ao contrario, admite-se o aproveitamento controlado dos bens e recursos que constituem o ecossistema, em extensão e ritmo tais que permitam sua recomposição, de forma induzida ou inteiramente natural. (VALLE, 2012, p. 33).

Com a observação dos conceitos norteadores dos princípios e das ações preventivas dos cuidados com o meio ambiente é possível perceber que a ação ou inação desses é ocasionada por uma violação de cuidado de mão humana. Pode-se relacionar essa prática com o objetivo de lucro, pois grande parte da sociedade deixa de atentar para as questões ambientais porque encontram-se concentradas em seus propósitos financeiros.

Frente à violação de princípios que dispõe da proteção ambiental tem-se as práticas do consumo e da valorização do materialismo. Marx (1983) dedicou seus estudos para compreender a relação social com a economia. O autor expõe a busca da análise histórica do desenvolvimento das sociedades, pautando determinados estágios que envolvem o vínculo socioeconômico, sendo esses: a produção, a troca



e o consumo, a distribuição e o consumo, ou seja, tudo funciona como uma cadeia interligada, bem como a sucessão de um resultado desta.

Para Bauman (2008), há um problema quanto à representação do adquirir para a manutenção de vida, uma vez que o consumo difere de consumismo, pois o hábito de consumir é basicamente uma característica de ocupação dos seres humanos, ou seja, um reconhecimento como indivíduo social. O problema está diante do consumismo, pois este é um atributo social, isto é, pode caracterizar-se como alienação de um sistema de força, ao qual manipula as probabilidades de escolha e condutas individuais.

Diante das explicações citadas, pode-se observar que há uma desobediência sobre a principiologia do meio ambiente, visto que a sociedade omite-se de suas obrigações ou deixa de fazê-las, sucessivamente dando causa à degradação e a problemas ambientais que se tem hoje na natureza. Destaca-se que o desgaste ambiental é um dos maiores problemas dos acidentes e desastres ambientais que assolam parte das regiões mundo.

3 A INEFICIÊNCIA NORMATIVA NOS ESTADOS

A ocorrência dos desastres e acidentes ambientais no mundo tem sido cada vez mais frequentes, visto que hoje se tem uma grande atividade do capitalismo atuando na sociedade, tal ocorrência é um dos fatores que contribuem de forma direta para a alteração da natureza e da degradação ambiental. Ressalta-se que algumas espécies de deterioração são abundantes a ponto de alterar o meio ambiente e impossibilitar a permanência da vida humana na determinada área atingida.

Os problemas de cunho ambiental são provocados em grande massa, pois trata-se de desastres de grandes impacto, tais como: tsunamis, maremotos, terremotos, furacões, entre demais problemas do meio ambiente. Nesse sentido, destaca-se que o mundo está acostumando a presenciar essas situações, pois a sociedade não possui o cuidado merecido com a natureza. Atenta-se que vários países encontram-se em descumprimento normativo, uma vez que firmaram acordos e tratados nas conferências da ONU e não têm cumprido com as peculiaridades estabelecidas.

O meio ambiente apresenta um histórico bem grandioso de eventos de cunho ambiental, a Organização das Nações Unidas, vem se empenhando desde a década de 70 em que reconheceu os problemas ambientais. Tal envolvimento inaugurou-se com a Conferência de Estocolmo, na Suécia, que ocorreu no ano de 1972, impulsionada pelo lançamento do livro “Primavera Silenciosa” de Rachel Carson. Tal evento tinha o propósito de implementar as primeiras noções de desenvolvimento sustentável (GUERRA, 2006).



O livro de Carson apresenta, como mensagem principal, a atuação do homem moderno na natureza, a falta de harmonia da sociedade com o meio ambiente. A autora explana que o homem adquiriu uma capacidade evolutiva grandiosa, tão esplêndida a ponto de alterar significativamente o meio natural, tal alteração era de caráter negativo, pois a mensagem trazida era de um ano, em que não ocorreu a estação da primavera como nos demais anos (CARSON, 1962).

A ONU, nessa época, implementou a construção de um plano que tinha por objetivo expor os objetivos para a aquisição da sustentabilidade, entre eles destaca-se a promoção da erradicação da pobreza, a garantia de um aprendizado e educação de qualidade, o uso articulado dos recursos naturais, a redução das desigualdades entre os povos, a adoção de um modelo sustentável de trabalho e desenvolvimento industrial, entre outros propósitos, coloca Guerra e Guerra (2006).

Sucessivamente, a ONU reuniu novamente os países para celebrar a ECO92, também conhecida como Cúpula da Terra, dessa vez no Rio de Janeiro, no Brasil, organizada entre os dias 3 a 14 de junho. Destaca-se que essa conferência conquistou um grande espaço no mundo, pois resultou na elaboração de um importante documento, a Carta da Terra, que traz em seu conteúdo uma série de princípios éticos e fundamentais em prol de uma sociedade justa, pacífica e sustentável (KLABIN, 2011).

Como um dos principais resultados da Conferência da ECO92, tem-se a construção da agenda21, a qual tinha como propósito implementar objetivos e planejamentos para minimizar a pobreza, a degradação ambiental e os derivados e decorrentes problemas ocasionados pela falta de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e uma qualidade de vida sadia (KLABIN, 2011).

Klabin (2011), acrescenta que no dia 16 de março de 1998 também ocorreu um evento de grande importância para o âmbito ambiental, a abertura para as assinaturas do Protocolo de Kyoto, no Japão, que foi ratificado no dia 15 de março de 1999 e entrou em vigor no dia 16 de fevereiro de 2005. Os objetivos deste protocolo concentraram-se na criação de um calendário para que os países desenvolvidos minimizassem as quantidades de produção de gases poluentes até o ano de 2012.

Em setembro de 2002, entre o período de 2 a 11, ocorreu a Rio+10, que tinha o objetivo de verificar os resultados obtidos com as conferências anteriores. A avaliação não trouxe notícias benéficas, visto que verificou-se que a pobreza e a degradação ambiental aumentaram no mundo. Com esse impacto ficou estabelecido a desobrigação da organização de uma nova agenda, pois os objetivos da agenda 21 não tinham sido atingidos (SOARES, 2001).

Em 2012 ocorreu uma nova tentativa, a Rio+20, também na cidade do Rio de Janeiro, no Brasil, que tinha por objetivo a renovação do compromisso político com o desenvolvimento sustentável, bem como a avaliação do progresso e do preenchimento



de lacunas existentes nas demais conferências. Destaca-se como temas dessa reunião a nova proposta da implementação da economia verde no desenvolvimento sustentável e o incansável objetivo de erradicar a pobreza (GUERRA; GUERRA, 2006).

Guerra e Guerra (2006) colocam que no ano de 2007 foi produzido o Relatório do Clima que demonstrou efeitos desastrosos produzidos pelo homem e que trouxe preocupações extremas para o planeta, pois demonstrou um resultado catastrófico de regresso ambiental. O cenário mundial demonstrado nesse documento demonstra que a população irá sofrer uma drástica adaptação às mudanças climáticas.

Klabin (2011) coloca que desde a realização do Relatório de Brundtland, a noção de desenvolvimento sustentável iniciou-se com clareza e expansão, uma vez que carrega o objetivo de abranger todas as dimensões sejam elas econômicas, sociais e ambientais no presente e no futuro. O autor também explana que é impossível medir parâmetros de sustentabilidade porque abrangem diferentes extensões. No entanto, ressalta-se que, na prática os resultados da degradação ambiental não demonstram respostas positivas.

De acordo com as colocações dos autores é possível ressaltar que todo esse empenho da ONU é de grande estímulo e incentivo para o cenário ambiental, entretanto ainda há um longo caminho a percorrer, visto que os descuidos com o patrimônio natural já está apresentando respostas negativas no mundo, tem-se como prova desses resultados os desastres e acidentes ambientais, os quais ocorrem com grande frequência hoje e impedem as condições de vida digna para todos.

O Brasil, nessa particularidade, adota o princípio da solidariedade, previsto no Estatuto dos Refugiados, na lei nº 9.474 de 22 de julho de 1997, que determina os direitos e deveres das pessoas que se encontram na condição de refugiada, bem como aponta os requisitos para pertencer a esse grupo e receber amparo jurídico. Entretanto, nota-se que esta lei possui uma lacuna, uma vez que não apresenta nenhuma espécie de previsão quanto ao refugiado ambiental/ climático.

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.



Ao observar as lacunas na legislação brasileira e a frequência dos ocorrentes problemas ambientais, nota-se que há um longo dilema a ser enfrentado, visto que não há proteção normativa para amparar as pessoas que precisam refugiar-se de algum desastre ambiental, climático, químico ou atômico.

Após breves apontamentos sobre os diferenciados tipos de refugiados, se faz possível observar que a categoria ambiental tem sido bastante frequente na sociedade contemporânea, visto que os problemas de cunho ambiental têm sido cada vez mais frequentes, em razão do descuido da população com o meio ambiente, bem como o capitalismo que tem obtido grande fortalecimento atualmente.

Dessa forma ressalta-se que as Conferências das Nações Unidas que dispõem do cuidado e da proteção do meio ambiente possuem uma parcela de importância, pois através dessas se faz possível implementar uma união entre os países, a fim de sensibilizá-los a responsabilizar-se ambientalmente nas condutas lesivas à natureza, bem como firmar acordos na redução e diminuição dos impactos ambientais produzidos diariamente. Entretanto destaca-se que ainda há um longo caminho a percorrer, pois muitos países não incorporam o cumprimento dos acordos, tem-se como resultado de descumprimento normativo a ocorrência de acidentes e desastres ambientais que serão discutidos sucessivamente.

4 REFUGIADOS AMBIENTAIS: A FUGA DA NATUREZA

Na contemporaneidade se faz possível lançar múltiplos olhares sobre o contexto social, visto que, embora haja a presença de um conhecimento fragmentado sobre as relações internacionais e da história com relação a conflitos entre os Estados, há um entendimento de que ingerência e soberania são elementos distintos, opostos e complementares nas relações entre países e povos. Destaca-se que no passado havia componentes de que, em algum momento, ambas as peculiaridades de noções manifestavam-se de modo contrário.

Com efeito, que seria a soberania se não existisse a ameaça da ingerência, tantas vezes utilizada depois de um ser humano ter dito: << isto está em minha casa e eu sou o seu dono >> e de outro ter fingido acreditar, pelo menos durante certo tempo... (BACHELET, 1995. p. 25).

Desse modo, acrescenta-se a ocorrência de soberania entre os Estados de forma contraproducente, pois atualmente há grandes ocorrências da necessidade de cooperação entre os povos, em virtude da inevitabilidade da situação ambiental, a qual vem se desgastando devido à ocorrência de desastres e acidentes. Tais acontecimentos ocasionam fortes impactos na vida dos seres humanos, visto que alguns precisam abandonar seu país de origem que foi destruído e refugiar-se em outro.



Nesse contexto nasce uma nova modalidade de refugiados, que é pouco conhecida e falada mundialmente, pois suas fugas não são derivadas de perseguições políticas, ou religiosas, ou raciais praticadas por outra sociedade adversa, ou seja, não se trata de um dilema cultural, mas sim ambiental, uma vez que são perseguidos pelos desastres e acidentes da natureza.

Esses tipos de refugiados pertencem a uma nova classe, são diferenciados porque buscam refúgio em razão de problemas ocasionados pelas catástrofes, pelo caos, e pelas crises ambientais. De acordo com as estimativas das Nações Unidas tem-se os dados de que até 2010 o mundo terá 50 milhões de pessoas que serão obrigadas a deixar seus lares por problemas derivados do meio ambiente, coloca Guerra (2006).

Decicino (2008) apresenta a ocorrência de um tsunami no ano de 2004, o qual destruiu a costa de diversos países asiáticos, e ocasionou a morte de milhares de pessoas e deixou milhões de sobreviventes desabrigados que obrigaram-se a refugiar-se em outros países. O terremoto de magnitude 9,1, que atingiu a costa da província indonésia de Aceh, deu origem ao tsunami no oceano Índico que atingiu 13 países: Indonésia, Sri Lanka, Tailândia, Madagascar, Maldivas, Malásia, Mianmar, Seicheles, Somália, Quênia, Tanzânia E Bangladesh, deixando ao todo 226.306 vítimas, 1,8 milhões de desabrigados e 469 mil imóveis danificados ou destruídos.

Decicino (2008) coloca que no ano de 2005 também ocorreram eventos que ocasionaram o surgimento de novos refugiados ambientais derivados pela tragédia do furacão Katrina no Norte da América, que deixou 100 mil norte-americanos desabrigados e 1.800 mortos, uma enorme devastação.

Há também os problemas ambientais de Tuvalu, um estado da Polinésia que foi formado por um grupo de nove ilhas e atóis, atualmente encontra-se ameaçado de desaparecimento em decorrência do aquecimento global. O pequeno território corre risco de ser submerso pelas águas oceânicas. Esta ocorrência tem sido estudada e divulgada por ambientalistas como um grande exemplo das consequências derivadas do descuido com o meio ambiente e as questões ambientais, visto que um dos maiores resultados desse acontecimento é o efeito estufa, bem como a emissão descontrolada de poluentes na atmosfera, que sucessivamente ocasionam a elevação marítima (GRANDELLE, 2011).

Grandelle (2011) acrescenta que Tuvalu já está desaparecendo e extinguindo-se, pois já existem comprovações e estudos de que os problemas ambientais estão obrigando a população a “migrar”, fugir, para outros países, a estimativa é de que o estado tenha apenas 10.544 habitantes, tornando-se o segundo menor país em população.

Grandelle (2011) coloca, em sua reportagem para O Globo, o desempenho de Tuvalu durante a Conferência do Clima de Copenhague, ao impulsionar que os países



como Europa e Estados Unidos se comprometessem com medidas ambientalmente corretas, em que buscassem a redução do aumento da temperatura global a fim de evitar que Tuvalu fosse engolido por oceanos e derretimento de geleiras.

Nos últimos dez anos ocorreram mais mudanças de cunho climático no estado, essas durante a temporada de seca. De acordo com a matéria do site O Globo, o país já chegou a permanecer seis meses sem chuvas substanciais, o que também ocasiona a impossibilidade da manutenção de uma vida sadia. A situação de vulnerabilidade do estado é conhecida mundialmente e a mesma possui tendências de aumento, pois os fatores ambientais e as condutas adotadas pela sociedade contemporânea não são favoráveis à conjuntura dos países e estados, que se encontra em degradação ambiental ou em dilemas climáticos, coloca Grandelle (2011).

Outra modalidade de refugiados, que também é pouco conhecida, são os refugiados atômicos que realizam a sua migração em decorrência de algum evento com cargas de periculosidade, do tipo radioatividade, tóxicos e demais químicos que possam danificar seriamente a saúde ou até mesmo causar a morte.

Como exemplo de refugiados atômicos tem-se o Acidente de Chernobyl, bastante conhecido historicamente, ocorrido em 26 de abril de 1986, na cidade de Pripyat. Foi considerado o acidente mais gravoso do gênero da história por seu nível de gravidade ser de classificação máxima. Ressalta-se que o acidente resultou em 31 mortes de imediato, no entanto destaca-se que as mortes estão sendo contabilizadas até hoje, pois mesmo refugiando os sobreviventes em países vizinhos a contaminação foi tão alta que os efeitos do acidente ainda são sentidos e comprovados na população envolvida no acidente (CUNHA, 2016).

A causa do acidente deu-se em razão da decisão de um teste de um reator de uma usina nuclear, o reator de número quatro sofreu uma sobrecarga durante um teste de capacidade, o qual gerou um superaquecimento, pois o resfriador parou de funcionar fazendo com que o núcleo atingisse temperaturas muito quentes, ocasionando a explosão. O teto do reator foi destruído e logo as substâncias e fragmentos de grafite, plutônio, entre outros químicos, espalharam-se no ar da cidade, coloca Cunha (2016).

O maior problema do acidente foram as enormes doses de contaminação, a qual a população foi exposta, ocasionando a retirada de 130 mil pessoas da região que tiveram que se mudar de forma forçada, não puderam levar nenhum objeto de suas casas, pois tudo estava contaminado com o alto nível radioativo que havia se espalhado no ar. Salienta-se que esses refugiados que sobreviveram até hoje não voltaram para suas casas devido aos altos níveis radioativos ainda presentes na região que impossibilitam o exercício de uma vida sadia (CUNHA, 2016).

Na Índia, no dia três de dezembro de 1984, ocorreu um desastre químico, o acidente de Bhopal, conhecido mundialmente, por causar a morte de quatro mil pessoas no dia do respectivo fato e 20 mil vítimas nos dias posteriores. A causa



do desastre foi o vazamento de 40 mil toneladas de gases tóxicos, como o metil isocianato, ocorrido na fábrica de pesticidas norte-americana Union Carbide. Este é o maior desastre industrial químico até hoje no mundo. Destaca-se que cerca de 150 mil pessoas ainda sofrem com a exposição a essa toxidade e 50 mil tiveram sua capacidade para o trabalho afetada (CHEMELLO, 2010).

O Brasil também enfrentou e tem enfrentado desastres e acidentes ambientais, no dia 13 de setembro do ano de 1987, ocorreu o acidente radiológico de Goiânia, mais conhecido como o Césio-137. O incidente ocorreu com o encontro de um aparelho de radioterapia que foi descartado de forma incorreta, pois foi deixado em um ferro velho como sucata, o que possibilitou que catadores possuíssem fácil acesso ao material perigoso. Destaca-se que os catadores tinham desconhecimento do que se tratava, e desmontaram o material e repassaram a terceiros o pó azul brilhante, denominado como cloreto de césio (CsCl) (BORGES, 2003).

A comissão Nacional de energia nuclear (CNEN) detectou um total de 1000 pessoas expostas ao Césio, 129 pessoas foram detectadas com contaminação corporal externa e interna, 49 pessoas foram internadas, 21 destas precisaram realizar tratamentos intensivos e quatro faleceram. Estima-se que o acidente causou outros falecimentos nos anos posteriores, cerca de 104 vítimas vieram a óbito por problemas de saúde derivados da contaminação, como exemplo tem-se o câncer (PINTO, 1987).

No ano de 2015, no dia cinco de novembro, ocorreu outro desastre ambiental no Brasil, no subdistrito de Bento Rodrigues em Minas Gerais, o rompimento da barragem do Fundão da Samarco e da acionista Vale, o incidente ocasionou a morte de 19 pessoas e muitos impactos no meio ambiente. As barragens armazenavam rejeitos “borra” da produção de minério de ferro e óxido de ferro, elementos que são utilizados nas fabricações de produtos eletrônicos, materiais cirúrgicos e baterias (TORRES, 2016).

Estima-se que 50 milhões de metros cúbicos de rejeitos foram derramados no Rio Doce, o que ocasionou um grande impacto ambiental, pois destruiu parte do ecossistema da região, tornando o rio impróprio para sobrevivência das espécies e atividades de exploração dos recursos naturais. A tragédia também deixou mais de 600 desalojados, os quais tiveram que alocar-se em outros locais, pois perderam suas residências (TORRES, 2016).

Frente às explanações dos acidentes e desastres ambientais, nota-se que há uma realidade dificultosa para as pessoas que sofrem com a presença desses incidentes em suas vidas, visto que precisam de abrigo e asilo em outros lugares, ou seja, refugiar-se das ameaças da natureza. Destaca-se que essas ocorrências ainda estão presentes no mundo, pois a população não incorpora as normas já positivadas, bem como não cumpre com os acordos e tratados internacionais firmados pela Organização das Nações Unidas ONU.



5 CONCLUSÃO

Após breve apresentação do trabalho que teve por objetivo explicar sobre as inquietações que envolvem a principiologia ambiental e suas disposições, bem como as Conferências da ONU em prol da questão do meio ambiente, nota-se que possuem ineficiências na aplicabilidade prática, uma vez que tem-se resultados degradantes para a sociedade que é a ocorrência dos refugiados climáticos em decorrência dos desastres e acidentes ambientais.

Nesse seguimento destaca-se que embora a ONU venha empenhando-se para amparar o patrimônio natural, esta ação depende mutuamente da sociedade, pois é um quórum maior que fará diferença em um denominador maior com sua mudança comportamental em prol do meio ambiente e da própria população, pois há uma dependência dos recursos naturais para a manutenção de vida.

As respostas obtidas com a presente pesquisa dizem respeito à sociedade contemporânea que necessita desenvolver um novo comportamento em que se mantenha sensibilizada quanto às questões que tratam do meio ambiente, pois o comportamento egocêntrico assola os recursos naturais.

Também se faz necessário a implementação da eficácia irradiante das legislações que disciplinam as temáticas ambientais, destaca-se que essas mudanças são imprescindíveis para a sociedade, pois esta é a principal culpada pelo cenário que se tem hoje da frequente ocorrência de refugiados climáticos, ou seja, há uma copiosa coculpabilidade.

Também foi destaque nesse estudo apontar uma lacuna existente na legislação brasileira que dispõe do Estatuto dos Refugiados, pois não apresenta nenhuma forma de proteção direcionada ou menção aos refugiados ambientais ou climáticos, e sim apenas trata dos que enfrentam perseguições políticas, raciais, religiosas, ou referente ao seu grupo social de pertença ou nacionalidade.

Por fim, acrescenta-se que a sociedade contemporânea deve reavaliar suas condutas egocêntricas, bem como mudar os hábitos relacionados à desobediência normativa e agir de forma solidária, pois embora o Brasil possua essa lacuna, a população como maioral poderá fazer seu papel social e abrigar essas pessoas que são desamparadas aos níveis de reparo e legislação.

Desse modo, conclui-se que a mudança de condutas capitalistas para as sustentáveis se fazem necessárias para que as condições originárias do patrimônio natural sejam resgatadas e preservadas. Com a conservação da qualidade de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para todos a prática de um comportamento sustentável atuará de forma preventiva aos desastres ambientais, sucessivamente evitando o aumento de refugiados climáticos e preservando o asilo de cada indivíduo, não necessitando o abandono do lar.



REFERÊNCIAS

- BACHELET, Michel. **Ingerência ecológica**: direito ambiental em questão. Trad. Fernanda Oliveira. 1. ed. Lisboa: Direito e direitos do homem, 1995.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Trad. Carlos A. Medeiros. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BORGES, Weber. **Eu também sou vítima**: a verdadeira história sobre o acidente com o césio em Goiânia. Goiânia: Kelps, 2003.
- BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 28 abr. 2017.
- BRASIL. Lei nº 9.474 de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 set. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm>. Acesso em: 24 maio 2017.
- CANOTILHO, José; LEITE, José. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CARVALHO, Délton. **Dano ambiental futuro**: a responsabilização civil pelo risco ambiental. 2. ed. rev., atual e apl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.
- CASTRO, João. **Princípio da precaução ambiental**: uma visão crítica. Santa Maria: Gráfica e editora RJR, 2016.
- CHEMELLO, Emiliano. Série: acidentes explicados pela ciência. Acidente de bhopal. **Química virtual**, setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.quimica.net/emiliano/artigos/2010setembro-bhopal.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2017.
- CUNHA, Carolina. Ucrânia: tragédia na usina nuclear de chernobyl completa 30 anos. **Atualidades UOL**., 29 abr. 2016. Disponível em: <<https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/ucrania-tragedia-na-usina-nuclear-de-chernobyl-completa-30-anos.htm>>. Acesso em: 28 abr. 2017.
- DECICINO, Ronaldo. Geografia. **Refugiados ambientais**: catástrofes naturais causam êxodo. 21 mai. 2008. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/disciplinas/geografia/refugiados-ambientais-catastrofes-naturais-causam-exodo.htm>>. Acesso em: 29 abr. 2017.
- DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GRANDELLE, Renato. O globo. **Tuvalu, um país com os dias contados**. 21 nov. 2011. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/tuvalu-um-pais-com-os-dias-contados-3292908>>. Acesso em: 28 abr. 2017.
- GUERRA, Sidney. **Direito internacional ambiental**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.
- GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. **Curso de direito ambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- HAWKEN, Paul; LOVINS, Amory; LOVINS, Hunter. **Capitalismo natural**: criando a próxima revolução industrial. Trad. Luiz de Araújo, Maria Felizardo. 1. ed. São Paulo: Cultrix, 2007.



KLABIN, Israel. **A urgência do presente**: biografia da crise ambiental. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. Livro I, v. 2. ed. 29. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1983.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2009.

PINTO, Augusto. **A menina que comeu césio**. Brasília: Ideal, 1987.

SOARES, Guido. **Direito internacional do meio ambiente**: emergência, obrigações e responsabilidades. São Paulo: Atlas, 2001.

TORRES, Mike. Mariana-MG, 1 ano: o antes, o durante e o depois do desastre. **Diário de Pernambuco**, 6 nov. 2016. Disponível em: <http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/brasil/2016/11/05/interna_brasil,673673/mariana-mg-1-ano-o-antes-o-durante-e-o-depois-do-desastre.shtml> Acesso em: 28 maio 2017.

VALLE, Cyro. **Qualidade ambiental**: ISSO 1400. 9. ed. São Paulo: Senac, 2012.





OBSERVATÓRIO
DA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL
LATINO-AMERICANA

