

DIREITOS HUMANOS

Estudos da I Semana de Afirmação
dos Direitos Humanos das Faculdades
Integradas de Bauru - FIB

Fernando Frederico de Almeida Júnior
(organizador)

Ari Boemer Antunes da Costa
Bazílio de Alvarenga Coutinho Junior
Camilo Stangherlim Ferraresi
Carlos Reis da Silva Junior
César Augusto Micheli
Cláudia Fernanda de Aguiar Pereira
Fabíola Pereira Soares

Fernando Frederico de Almeida Junior
Márcio José Alves
Maria Cláudia Zaratini Maia
Marli Monteiro
Rinaldo Corrêr
Tales Manoel Lima Vialôgo
Tatiene Martins Coelho Trevisanuto

Fernando Frederico de Almeida Júnior
(coordenador)

DIREITOS HUMANOS

**Estudos da I Semana de
Afirmação dos Direitos Humanos das
Faculdades Integradas de Bauru - FIB**

**Ari Boemer Antunes da Costa
Bazílio de Alvarenga Coutinho Junior
Camilo Stangherlim Ferraresi
Carlos Reis da Silva Junior
César Augusto Micheli
Cláudia Fernanda de Aguiar Pereira
Fabiola Pereira Soares
Fernando Frederico de Almeida Junior
Márcio José Alves
Maria Cláudia Zaratini Maia
Marli Monteiro
Rinaldo Correr
Tales Manoel Lima Vialôgo
Tatiene Martins Coelho Trevisanuto**

2019



1ª EDIÇÃO – 2019

Todos os direitos reservados

Editor: Ricardo Zanetta Spessotto

Capa: Matheus Miliani – Agência Enjob

Conselho Editorial: Bento Barbosa Cintra Neto, Caio Henrique Lopes Ramiro, Claudio José Amaral Bahia, Cláudia Fernanda de Aguiar Pereira, Fábio Alexandre Coelho, Fernando Frederico de Almeida Junior; Flávio Luís de Oliveira, José Roberto Anselmo, Luiz Henrique Martim Herrera, Marcos César Botelho, Moacyr Caram Júnior, Paulo Henrique Silva Godoy, Renato Bernardi, Silvio Carlos Álvares, Thiago de Mello Azevedo Guilherme e Vinicius Roberto Prioli de Souza.

D598 Direitos Humanos : Estudos da I Semana de Afirmação dos Direitos Humanos das Faculdades Integradas de Bauru - FIB / Coordenado por Fernando Frederico de Almeida Júnior – Bauru, SP : Spessotto, 2019.

E-book

156 p.

ISBN 978-85-5973-765-3

1. Direitos humanos – Direitos e garantias individuais
2. Ensino superior 3. Remição da pena 4. Direitos fundamentais – Direito Civil I. Almeida Júnior, Fernando Frederico de (Coord.) II. Título

CDD 342.085

Ficha catalográfica elaborada por Marcia Perez Viana (CRB/8 3.615)

Livraria e Editora Spessotto
Rua Araújo Leite, 25-72 – Santa Tereza
Bauru/SP
www.livrariaspessotto.com.br

SUMÁRIO

1. Os direitos humanos LGBTI+ e os Princípios de Yogyakarta	5
(Fernando Frederico de Almeida Junior)	
2. O direito civil como ferramenta de efetivação dos direitos humanos	21
(Cláudia Fernanda de Aguiar Pereira)	
3. Organizações da sociedade civil na defesa dos direitos humanos	31
(Marli Monteiro)	
4. Direitos humanos dos trabalhadores na ordem jurídica brasileira	41
(Tales Manoel Lima Vialôgo)	
5. A expressão dos Direitos Fundamentais na ordem constitucional econômica	57
(Ari Boemer Antunes da Costa)	
6. A educação superior como direito humano fundamental	65
(Maria Cláudia Zaratini Maia)	
7. Breves reflexões sobre o direito constitucional à vida e seus desdobramentos relativamente ao aborto no Brasil	79
(Bazílio de Alvarenga Coutinho Junior)	
8. O direito à cidade: o espaço urbano como condição de possibilidade para a realização dos direitos humanos.....	89
(Camilo Stangherlim Ferraresi)	
9. Direito ao enraizamento.....	101
(Rinaldo Correr)	
10. A remição de penas em razão da violação de direitos fundamentais ..	109
(Carlos Reis da Silva Junior)	
11. Direitos humanos no ambiente empresarial	119
(Tatiene Martins Coelho Trevisanuto)	
12. Evolução de políticas fomentadas pela Organização das Nações Unidas (ONU): Observatório de Educação em Direitos Humanos – UNESP Bauru/SP	127
(Fabiola Pereira Soares)	
13. Ponderações sobre a aplicabilidade dos direitos humanos às vítimas de crimes	137
(Márcio José Alves)	
14. O testamento vital em face dos direitos humanos	149
(César Augusto Micheli)	

1. DIREITOS HUMANOS DAS PESSOAS LGBTI+ E OS PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA

Fernando Frederico de Almeida Júnior

Pós-doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca (Espanha)

Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina (Itália)

Pós-doutor em Direito pela Universidade de Coimbra (Portugal)

Doutor em Educação pela Universidade Federal de São Carlos

Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto

Professor e advogado

1. Introdução

De acordo com a ONG Transgender Europe, o Brasil é a nação com o maior número absoluto de homicídios de pessoas trans. No período entre 01/01/2008 e 31/12/2016, foram relatados 938 assassinatos no país. Os homicídios transfóbicos em território brasileiro representam 40% do total de 2.343 assassinatos notificados nas 69 nações que são monitoradas pelo projeto europeu. Os casos do Brasil também são 51% do total de 1.834 mortes nas Américas (Sul e Central). Em 2018, a Associação Nacional de Travestis e Pessoas Trans (ANTRA) registrou no Brasil 163 homicídios de pessoas trans. Em 2017, esse número atingiu 179. Em levantamento mais amplo também sobre 2017, o Grupo Gay da Bahia identificou 387 homicídios e 58 suicídios LGBTfóbicos no país. Trata-se do maior número já registrado pela ONG, que tem documentado essa forma de violência há 38 anos. Além disso, o número representa um aumento de 30% quando comparado às mortes em 2016 (343). Não bastassem tais dados alarmantes, também tem sido observado, mais recentemente, um aumento no número de casos reportados de violência com fundo político contra pessoas LGBTI, demonstrando a existência de um persistente e aterrorizante padrão em termos de violência baseada em identidade de gênero e orientação sexual (ONUBR, 2019).

Essa vulnerabilidade implica na exclusão social e marginalização da comunidade LGBTI+, assim como no desrespeito a direitos básicos e fundamentais do ser humano, tais como o direito à saúde, ao trabalho, à educação, à moradia, à segurança, à privacidade etc..

O objetivo central deste trabalho é evidenciar os Princípios de Yogyakarta (PY) e sua aplicação no Brasil, eis que referido documento faz referência à aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

Iniciar-se-á o texto apresentando breves considerações acerca do termo LGBTI+. O próximo passo será apontar os Princípios de Yogyakarta, seguido do estudo da sua aplicação no Brasil.

Pretende-se com este breve estudo contribuir para a discussão sobre os direitos humanos da comunidade LGBTI+. Acredita-se que o procedimento supramencionado possibilitará apontar um caminho, sem o objetivo de uma abordagem completa e do esgotamento do assunto.

2. Breves explicações acerca do termo LGBTI+

A maioria das discussões sobre gênero na sociedade enfatiza uma dicotomia, uma divisão biológica entre homens e mulheres. Em seu uso mais comum, o termo “gênero” significa a diferença cultural entre mulheres e homens, baseada na divisão entre fêmeas e machos. Todavia, a vida humana não se divide apenas em duas esferas, nem o caráter humano se divide apenas em dois tipos. É necessário mudar o foco, cessando a atenção nas diferenças e caminhando para o enfoque nas relações (CONNELL, PEARSE, 2015, p. 46-47).

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

Importante salientar que, para os Princípios de Yogyakarta, “*orientação sexual*” se refere à capacidade de cada pessoa de experimentar uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como de ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas (PY, 2007, p. 9).

A orientação sexual indica o impulso sexual de cada indivíduo, aponta para a forma como ele vai canalizar sua sexualidade, tendo como referência o gênero pelo qual a pessoa sente atração, desejo afetivo e sexual (DIAS, 2014, p. 31). Desse modo, a orientação sexual implica considerar a existência da heterossexualidade, da bissexualidade e da homossexualidade.

Homossexual é o indivíduo cuja inclinação sexual é voltada para uma pessoa do mesmo gênero, o homem que se sente atraído por outro homem e a mulher que se sente atraída por outra mulher (GORISH, 2014, p. 22-23). Compreende-se por heterossexualidade a atração sexual e/ou envolvimento emocional ou amoroso de pessoas de sexo diferente. A bissexualidade consiste na atração sexual e/ou envolvimento emocional ou amoroso por pessoas de ambos os sexos (CASTRO, 2016, p. 6).

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

Lésbica, portanto, é a mulher homossexual que se relaciona física e/ou sexualmente com uma mulher. Gay é o homem homossexual que se relaciona física e/ou sexualmente com um homem. O bissexual se relaciona física e/ou sexualmente com ambos os sexos, sem ser obrigatoriamente concomitante, ou seja, pode ser ao mesmo tempo ou em fases distintas da vida. O travesti não sente repulsa pelo seu sexo de nascença, não deseja fazer a cirurgia de redesignação, já que o que o excita é justamente a ambiguidade; são pessoas que, independente da orientação sexual, aceitam o seu sexo biológico, mas se vestem, assumem e se identificam como do gênero oposto. Nos transexuais a questão é predominantemente psicológica, já que o indivíduo não se aceita como é, não acata o seu gênero; sentem-se

em desconexão psíquico-emocional com o seu sexo biológico e, de um modo geral, buscam todas as formas de adequar-se a seu sexo psicológico. O intersexual (ou intersexo), que alguns equiparam ao hermafrodita (ou andrógeno), é aquele que exibe má formação, parcial ou total, dos órgãos genitais, gerando ambiguidade; são pessoas que possuem genitais ambíguos, com características de ambos os sexos, e que podem se reconhecer como homem ou como mulher, independente da característica física, até porque o gênero não está necessariamente ligado à anatomia (DIAS, 2014, p. 43; GORISH, 2014, p. 23). E os transgêneros são indivíduos que, independente da orientação sexual, ultrapassam as fronteiras do gênero esperado e construído culturalmente para um e para outro sexo; mesclam nas suas formas plurais de feminilidade ou masculinidade, traços, sentimentos, comportamentos e vivências que vão além das questões de gênero como, no geral, são tratadas (SILVA JUNIOR *apud* DIAS, 2014, p. 44).

Embora suficientes para alcançar os objetivos deste estudo, reconhece-se que tais explicações sobre o significado dos termos são exageradamente simples, não se podendo olvidar, ainda, que existem várias outras denominações aqui não abordadas, tais como heteroflexível, crossdresser, drag queen, drag king, agênero, pansexual e queergender, ou apenas queer, dentre outras designações.

A verdade é que são inúmeras as maneiras pelas quais as pessoas podem experimentar e viver sua sexualidade, harmonizando desejos, afeto, sentimentos, identidades e anatomia. Concorde-se com Connell e Pearse (2015, p. 49) quando afirmam que o gênero teve um começo e pode ter um fim.

3. Os Princípios de Yogyakarta

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

Assim, após uma reunião de especialistas realizada entre 6 e 9/11/2006 na Universidade Gadjah Mada, em Yogyakarta, Indonésia, 29 especialistas de 25 países, com experiências diversas e conhecimento relevante das questões da legislação de direitos humanos, adotaram por unanimidade os *Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero* (PY, 2007, p. 7).

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

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

Ressalta-se que o documento de Yogyakarta é composto de 38 princípios. Como o objetivo deste sucinto trabalho não é discutir cada um destes princípios, limita-se a apresentar adiante o teor dos mesmos:

(1) Direito ao gozo universal dos direitos humanos: Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Os seres humanos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero têm o direito de desfrutar plenamente de todos os direitos humanos.

(2) Direito à igualdade e a não-discriminação: Todas as pessoas têm o direito de desfrutar de todos os direitos humanos livres de discriminação por sua orientação sexual ou identidade de gênero. Todos e todas têm direito à igualdade perante a lei e à proteção da lei sem qualquer discriminação, seja ou não também afetado o gozo de outro direito humano. A lei deve proibir qualquer dessas discriminações e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer uma dessas discriminações. A discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero inclui qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na orientação sexual ou identidade de gênero que tenha o objetivo ou efeito de anular ou prejudicar a igualdade perante a lei ou proteção igual da lei, ou o reconhecimento, gozo ou exercício, em base igualitária, de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais. A discriminação baseada na orientação sexual ou identidade de gênero pode ser, e comumente é, agravada por discriminação decorrente de outras circunstâncias, inclusive aquelas relacionadas ao gênero, raça, idade, religião, necessidades especiais, situação de saúde e status econômico.

(3) Direito ao reconhecimento perante a lei: Toda pessoa tem o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero. Nenhum status, como casamento ou status parental, pode ser invocado para evitar o reconhecimento legal da identidade de gênero de uma pessoa. Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero.

(4) Direito à vida: Toda pessoa tem o direito à vida. Ninguém deve ser arbitrariamente privado da vida, inclusive nas circunstâncias referidas à orientação sexual ou identidade de gênero. A pena de morte não deve ser imposta a ninguém por atividade sexual consensual entre pessoas que atingiram a idade do consentimento ou por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

(5) Direito à segurança pessoal: Toda pessoa, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, tem o direito à segurança pessoal e proteção do Estado contra a violência ou dano corporal, infligido por funcionários governamentais ou qualquer indivíduo ou grupo.

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

(7) Direito de não sofrer privação arbitrária da liberdade: Ninguém deve ser sujeito à prisão ou detenção arbitrárias. Qualquer prisão ou detenção baseada na orientação sexual ou identidade de gênero é arbitrária, sejam elas ou não derivadas de uma ordem judicial. Todas as pessoas presas, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, têm direito, com base no princípio de igualdade, de serem informadas das razões da prisão e da natureza de qualquer acusação contra elas, de serem levadas prontamente à presença de uma autoridade judicial e de iniciarem procedimentos judiciais para determinar a legalidade da prisão, tendo ou não sido formalmente acusadas de alguma violação da lei.

(8) Direito a um julgamento justo: Toda pessoa tem direito a ter uma audiência pública e justa perante um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, para determinar seus direitos e obrigações num processo legal e em qualquer acusação criminal contra ela, sem preconceito ou discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

(9) Direito a tratamento humano durante a detenção: Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com humanidade e com respeito pela dignidade inerente à pessoa humana. A orientação sexual e identidade de gênero são partes essenciais da dignidade de cada pessoa.

(10) Direito de não sofrer tortura e tratamento ou castigo cruel, desumano e degradante: Toda pessoa tem o direito de não sofrer tortura e tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante, inclusive por razões relacionadas à sua orientação sexual ou identidade de gênero.

(11) Direito à proteção contra todas as formas de exploração, venda ou tráfico de seres humanos: Todas as pessoas têm o direito à proteção contra o tráfico, venda e todas as formas de exploração, incluindo mas não limitado à exploração sexual, com base na orientação sexual e identidade de gênero, real ou percebida. As medidas para prevenir o tráfico devem enfrentar os fatores que aumentam a vulnerabilidade, inclusive várias formas de desigualdade e discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero, reais ou percebidas, ou a expressão destas ou de outras identidades. Estas medidas devem ser coerentes com os direitos humanos das pessoas que correm riscos de serem vítimas de tráfico.

(12) Direito ao trabalho: Toda pessoa tem o direito ao trabalho digno e produtivo, a condições de trabalho justas e favoráveis e à proteção contra o desemprego, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

(13) Direito à seguridade social e outras medidas de proteção social: Toda pessoa tem o direito à seguridade social e outras medidas de proteção social, sem discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero.

(14) Direito a um padrão de vida adequado: Toda pessoa tem o direito a um padrão de vida adequado, inclusive alimentação adequada, água potável, saneamento e vestimenta adequados, e a uma melhora contínua das condições de vida, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

(15) Direito à habitação adequada: Toda pessoa tem o direito à habitação adequada, inclusive à proteção contra o despejo, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

(16) Direito à educação: Toda pessoa tem o direito à educação, sem discriminação por motivo de sua orientação sexual e identidade de gênero.

(17) Direito ao padrão mais alto alcançável de saúde: Toda pessoa tem o direito ao padrão mais alto alcançável de saúde física e mental, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero. A saúde sexual e reprodutiva é um aspecto fundamental desse direito.

(18) Proteção contra abusos médicos: Nenhuma pessoa deve ser forçada a submeter-se a qualquer forma de tratamento, procedimento ou teste, físico ou psicológico, ou ser confinada em instalações médicas com base na sua orientação sexual ou identidade de gênero. A despeito de quaisquer classificações contrárias, a orientação sexual e identidade de gênero de uma pessoa não são, em si próprias, doenças médicas a serem tratadas, curadas ou eliminadas.

(19) Direito à liberdade de opinião e expressão: Toda pessoa tem o direito à liberdade de opinião e expressão, não importando sua orientação sexual ou identidade de gênero. Isto inclui a expressão de identidade ou autonomia pessoal através da fala, comportamento, vestimenta, características corporais, escolha de nome ou qualquer outro meio, assim como a liberdade para buscar, receber e transmitir informação e ideias de todos os tipos, incluindo ideias relacionadas aos direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, através de qualquer mídia, e independentemente das fronteiras nacionais.

(20) Direito à liberdade de reunião e associação pacíficas: Toda pessoa tem o direito à liberdade de reunião e associação pacíficas, inclusive com o objetivo de manifestações pacíficas, independente de orientação sexual ou identidade de gênero. As pessoas podem formar associações baseadas na orientação sexual ou identidade de gênero, assim como associações para distribuir informação, facilitar a comunicação e defender os direitos de pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas, e conseguir o reconhecimento dessas organizações, sem discriminação.

(21) Direito à liberdade de pensamento, consciência e religião: Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião, independente de orientação sexual ou identidade de gênero. Estes direitos não podem ser invocados pelo Estado para justificar leis, políticas ou práticas que neguem a proteção igual da lei, ou discriminem, por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

(22) Direito à liberdade de ir e vir: Toda pessoa que vive legalmente num Estado tem o direito à liberdade de ir e vir e de estabelecer residência dentro das fronteiras desse Estado, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. A orientação sexual e identidade de gênero nunca podem ser invocadas para limitar ou impedir a entrada, saída ou retorno a qualquer Estado, incluindo o próprio Estado da pessoa.

(23) Direito de buscar asilo: Toda pessoa tem o direito de buscar e de desfrutar de asilo em outros países para escapar de perseguição, inclusive de perseguição relacionada à orientação sexual ou identidade de gênero. Um Estado não pode transferir, expulsar ou extraditar uma pessoa para outro Estado onde esta pessoa experimente temor fundamentado de enfrentar tortura, perseguição ou qualquer outra forma de tratamento ou punição cruel, desumana ou degradante, em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

(24) Direito de constituir uma família: Toda pessoa tem o direito de constituir uma família, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. As famílias existem em diversas formas. Nenhuma família pode ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros.

(25) Direito de participar da vida pública: Todo cidadão ou cidadã tem o direito de participar da direção dos assuntos públicos, inclusive o direito de concorrer a cargos eletivos, participar da formulação de políticas que afetem seu bem-estar e ter acesso igual a todos os níveis do serviço público e emprego em funções públicas, incluindo a polícia e as forças militares, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

(26) Direito de participar da vida cultural: Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, e de expressar por meio da participação cultural a diversidade de orientação sexual e identidade de gênero.

(27) Direito de promover os direitos humanos: Toda pessoa tem o direito de promover a proteção e aplicação, individualmente ou em associação com outras pessoas, dos direitos humanos em nível nacional e internacional, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero. Isto inclui atividades voltadas para a promoção da proteção dos direitos de pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas, assim como o direito de desenvolver e discutir novas normas de direitos humanos e de defender sua aceitação.

(28) Direito a recursos jurídicos e medidas corretivas eficazes: Toda pessoa vítima de uma violação de direitos humanos, inclusive violação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero, tem direito a recursos jurídicos eficazes, adequados e apropriados. As medidas adotadas com o objetivo de fornecer reparação a pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas, ou de garantir o desenvolvimento apropriado dessas pessoas, constituem elementos essenciais do direito a recursos jurídicos e medidas corretivas eficazes.

(29) Responsabilização (accountability): Toda pessoa cujos direitos humanos sejam violados, inclusive direitos referidos nestes Princípios, tem o direito de responsabilizar por suas ações, de maneira proporcional à seriedade da violação, aquelas pessoas que, direta ou indiretamente, praticaram aquela violação, sejam ou não funcionários/as públicos/as. Não deve haver impunidade para pessoas que violam os direitos humanos relacionadas à orientação sexual ou identidade de gênero.

(30) Direito à proteção do Estado: Todos, independentemente de orientação sexual, identidade de gênero, expressão de gênero ou características sexuais, têm direito à proteção do Estado contra a violência, discriminação e outros danos, seja por funcionários do governo ou por qualquer indivíduo ou grupo.

(31) Direito ao reconhecimento legal: Toda pessoa tem direito ao reconhecimento legal sem referência ou exigindo atribuição ou divulgação de sexo, gênero, orientação sexual, identidade de gênero, expressão de gênero ou características sexuais. Todos têm o direito de obter documentos de identidade, incluindo certidões de nascimento, independentemente de orientação sexual, identidade de gênero, expressão de gênero ou características sexuais. Todos têm o direito de alterar informações de gênero em tais documentos, enquanto informações sobre gênero são incluídas neles.

(32) Direito à integridade física e mental: Toda pessoa tem direito à integridade física e mental, autonomia e autodeterminação, independentemente de orientação sexual, identidade de gênero, expressão de gênero ou características sexuais. Toda pessoa tem o direito de ser livre de tortura e tratamento ou punição cruel, desumana e degradante, com base na orientação sexual, identidade de gênero, expressão de gênero e características sexuais. Ninguém deve ser submetido a procedimentos médicos invasivos ou irreversíveis que modifiquem características sexuais sem o seu consentimento livre, prévio e informado, a menos que seja necessário para evitar danos sérios, urgentes e irreparáveis à pessoa em questão.

(33) Direito à liberdade da criminalização e sanção: Toda pessoa tem o direito de estar livre da criminalização e de qualquer forma de sanção decorrente direta ou indiretamente da orientação sexual real ou percebida, identidade de gênero, expressão de gênero ou características sexuais.

(34) Direito à proteção contra a pobreza: Toda pessoa tem direito à proteção contra todas as formas de pobreza e exclusão social associadas à orientação sexual, identidade de gênero, expressão de gênero e características sexuais. A pobreza é incompatível com o respeito pela igualdade de direitos e dignidade de todas as pessoas, e pode ser agravada pela discriminação com base na orientação sexual, identidade de gênero, expressão de gênero e características sexuais.

(35) Direito ao saneamento: Toda pessoa tem direito a saneamento e higiene equitativos, adequados, seguros e protegidos, em circunstâncias que sejam consistentes com a dignidade humana, sem discriminação, inclusive com base na orientação sexual, identidade de gênero, expressão de gênero ou características sexuais.

(36) Direito ao desfrute dos direitos humanos em relação às tecnologias de informação e comunicação: Todos têm direito à mesma proteção de direitos on-line do que estão off-line. Toda pessoa tem o direito de acessar e usar tecnologias de informação e comunicação, incluindo a internet, sem violência, discriminação ou outros danos com base na orientação sexual, identidade de gênero, expressão de gênero ou características sexuais. Comunicações digitais seguras, incluindo o uso de ferramentas de criptografia, anonimato e pseudônimos são essenciais para a plena realização dos direitos humanos, em particular os direitos à vida, integridade física e mental, saúde, privacidade, devido processo legal, liberdade de opinião e expressão, criação e associação.

(37) Direito à verdade: Toda vítima de violação de direitos humanos com base em orientação sexual, identidade de gênero, expressão de gênero ou características sexuais tem o direito de saber a verdade sobre os fatos, circunstâncias e motivos pelos quais a violação ocorreu. O direito à verdade inclui uma investigação efetiva, independente e imparcial para estabelecer os fatos e inclui todas as formas de reparação reconhecidas pelo direito internacional. O direito à verdade não está sujeito à prescrição e sua aplicação deve ter em mente sua natureza dúplice como direito individual e direito da sociedade em geral de conhecer a verdade sobre os eventos passados.

(38) Direito de praticar, proteger, preservar e reviver a diversidade cultural: Todos, individualmente ou em associação com outros, quando consistentes com as disposições do direito internacional dos direitos humanos, têm o direito de praticar, proteger, preservar e reviver culturas, tradições, idiomas, rituais e festivais e proteger os locais culturais significativos associados a orientação sexual, identidade de gênero, expressão de gênero e características sexuais. Todos, individualmente ou em associação com outros, têm o direito de manifestar a diversidade cultural por meio da criação, produção, divulgação, distribuição e diversão artística, quaisquer que sejam os meios e tecnologias utilizados, sem discriminação baseada na orientação sexual, identidade de gênero, expressão de gênero ou características sexuais. Todos, individualmente ou em associação com outros, têm o direito de buscar, receber, fornecer e utilizar recursos para esses fins, sem discriminação com base na orientação sexual, identidade de gênero, expressão de gênero ou características sexuais.

Destaca-se que cada um dos princípios acima elencados veio acompanhado de diversas recomendações aos Estados, atinentes à criação e implementação de políticas públicas, à elaboração e revogação de leis etc..

A preocupação mundial em garantir direitos sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero se justifica, assim como a imposição aos Estados das respectivas obrigações. A título de exemplo, recorda-se que somente em junho/2018 a Organização Mundial de Saúde (OMS) retirou a transexualidade da categoria de "distúrbios mentais" na Classificação Internacional de Doenças (CID). Contudo, não saiu totalmente da CID-11, tendo sido movida para a categoria "condição relativa à saúde sexual".

Acontece que manter a transexualidade como doença contribui para a discriminação da população LGBTI+. Para Rivero (2016), as classificações patologizantes também têm sido utilizadas para justificar outros abusos contra as pessoas LGBT - incluindo a criminalização das pessoas trans e as relações entre pessoas do mesmo sexo ou de negação ou estabelecendo requisitos predatórios para o reconhecimento oficial de identidade de gênero de pessoas trans - e continuam a contribuir para a marginalização e exclusão das pessoas LGBT nos contextos de educação, saúde, emprego e habitação, entre outros.

De outra parte, conveniente salientar que os Princípios de Yogyakarta não criaram novos direitos, o que pode ser constatado através de uma simples análise da Constituição Federal do Brasil de 1988, assim como dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo País. O que se faz através dos mencionados princípios é reforçar os direitos destacados como direitos fundamentais do ser humano e determinar que os mesmos devem ser garantidos pelo Estado sem qualquer espécie de discriminação por motivo de orientação sexual, identidade de gênero ou *status* conjugal ou familiar.

4. A aplicação no Brasil dos Princípios de Yogyakarta

Considerando que os Princípios de Yogyakarta têm uma relação clara e direta com os tratados internacionais de direitos humanos, realizar-se-á, a partir de agora, um breve estudo do ingresso desses instrumentos no ordenamento jurídico brasileiro e do *status* com que entram no País.

Assim, faz-se mister realçar o disposto no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, que estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Isso significa dizer que qualquer norma definidora de direitos e garantias fundamentais, inclusive aquelas previstas nos tratados internacionais de direitos humanos devidamente ratificados, passa a vigorar de imediato na ordem jurídica interna brasileira, sem necessidade de posterior legislação que a implemente. O único requisito que se faz necessário é a ratificação pelo Brasil do tratado internacional de direitos humanos, pois este, por óbvio, tem por objeto exatamente a definição de direitos e garantias, conforme estatuído no artigo 5º, § 1º, da Carta Magna. Efetuada a ratificação, aplicar-se-á de imediato a norma, sem o imperativo da existência de legislação interna posterior e implementadora.

Na mesma linha de pensamento, sustenta Trindade:

Se para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar as suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos, consoante os arts. 5º (2) e 5º (1) da Constituição brasileira de 1988, passam a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno. (1993, p. 30-31)

Este princípio insculpido no artigo 5º, § 1º, segundo Piovesan,

realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a estes direitos. Vale dizer, cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental. Tal princípio intenta assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. (2013, p. 91-92)

Portanto, em que pesem entendimentos contrários, a ratificação pelo Brasil de um tratado internacional definidor de direitos e garantias fundamentais não só obriga diretamente o Estado, como também cria direitos subjetivos aos particulares, sem que haja necessidade de norma interna atribuindo-lhe vigência.

Também se faz necessário lembrar que a Carta Magna brasileira dispôs em seu artigo 5º, § 2º, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Destarte, prescreveu a Lei Maior brasileira que o rol dos direitos e garantias nela expressos não é taxativo, mas sim apenas exemplificativo, impondo que as disposições contidas em tratados internacionais ratificados pelo Brasil e também aqueles direitos decorrentes do regime ou dos princípios por ela adotados devem ser aplicados e respeitados no País.

A esse respeito, Mello (1994, p. 188) concorda que, em razão deste artigo 5º, § 2º, “o primeiro comentário que pode ser formulado é que a Constituição incorporou ao Direito interno os tratados internacionais sobre direitos humanos”, mas adverte que “esta incorporação é uma redundância e, na verdade, supérflua, tendo em vista que os tratados de que o Brasil faz ‘parte’ já são obrigatórios com ou sem o dispositivo acima. Ele é um verdadeiro pleonismo”.

Todavia, não se pode olvidar que a Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou um § 3º ao artigo 5º, do seguinte teor: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Resta evidente que o texto do referido § 3º decreta que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos possuirão hierarquia de norma constitucional se forem aprovados com observância do mesmo quorum para aprovação de Emenda à Constituição, já previsto na Carta Magna (art. 60, § 2º).

De suma importância transcrever a lição de Piovesan acerca do assunto:

(...) sustenta-se que hierarquia constitucional já se extrai de interpretação conferida ao próprio art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988. Vale dizer, seria mais adequado que a redação do aludido § 3º do art. 5º endossasse a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados, afirmando - tal como o fez o texto argentino - que os tratados internacionais de proteção de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro têm hierarquia constitucional.

No entanto, estabelece o § 3º do art. 5º que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição.

Desde logo, há que afastar o entendimento segundo o qual, em face do § 3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o quorum qualificado de três quintos, demandado pelo aludido parágrafo. (...)

Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quorum de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O quorum qualificado está tão somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. Como já defendido por este trabalho, na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o oposto. Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela. (2013, p. 127-129)

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça já apreciou os efeitos do § 3º do artigo 5º da Carta Magna, tendo decidido que as convenções de direitos humanos ratificadas pelo Brasil antes da EC nº 45/2004 continuam em vigor e, agora, com força de emenda constitucional (STJ, RHC 18.799, Recurso ordinário em Habeas Corpus, rel. Ministro José Delgado, j. 09/05/2006, DJ 08/06/2006).

Percebe-se, assim, que é inegável que a tramitação típica de lei ordinária, observada quando da aprovação de quase a totalidade dos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é signatário, não constitui óbice para atribuir a esses tratados o *status* de norma constitucional.

Se os instrumentos internacionais de direitos humanos ingressam no ordenamento jurídico brasileiro com hierarquia de norma constitucional, se os direitos previstos nesses pactos integram o rol dos direitos contidos na Carta Magna brasileira e se os Princípios de Yogyakarta não criaram novos direitos, então é manifesta a necessidade de se observar internamente tais princípios quando da aplicação da legislação internacional às violações de direitos humanos com base na orientação sexual e identidade de gênero.

Além disso, não se pode olvidar que as fontes do Direito Internacional dos Direitos Humanos se encontram reguladas no Estatuto da Corte Internacional de Justiça, onde se reconhece expressamente que a “doutrina dos juristas mais qualificados” é fonte auxiliar para a determinação das regras de Direito (art. 38, 1, d). Como já evidenciado, os Princípios de Yogyakarta foram elaborados por 29 especialistas de 25 países, com experiências diversas e conhecimento relevante das questões da legislação de direitos humanos. Portanto, é indiscutível seu valor doutrinário, assim como é incontestável sua influência na aplicação e interpretação do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

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

Os tribunais estaduais brasileiros, do mesmo modo, também já estão fundamentando suas decisões nos Princípios de Yogyakarta. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por exemplo, utilizou o disposto no princípio nº 3 e nas respectivas recomendações para permitir a um transexual a adoção de seu nome social independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização, determinando a retificação de seu registro civil junto ao cartório competente (TJSP, 10ª Câ. Dir. Privado, Apel. nº 0018633-80.2012.8.26.0344, rel. Des. César Ciampolini, j. 11/03/2016), sendo que tal decisão vem sendo utilizada como fundamento em outros julgamentos realizados pela mesma corte. Ainda a título de exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul invocou o princípio nº 24 da Carta de Yogyakarta para deferir a inclusão de uma companheira homoafetiva no plano de saúde decorrente de previdência pública municipal (TJRS, 21ª Câ. Cível, Apel. e Reex. Necessário nº 70045963220, rel. Des. Genaro José Baroni Borges, j. 07/12/2011).

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

5. Considerações finais

É certo que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e que todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados.

Há tempos que se pleiteiam políticas públicas de universalização dos direitos, mas a multiplicidade de opiniões ou o pluralismo de subjetividades geralmente se contrapõe às reivindicações por igualdade.

Essa igualdade deve existir perante a lei e o Estado, mas é preciso aceitar que as pessoas não são iguais, que nem todos pensam e sentem da mesma maneira e que a divergência de opiniões é algo natural.

A proteção universal e abstrata de direitos se mostrou insuficiente para alcançar a população LGBTI+, do mesmo modo que foi precária para proteger os direitos de outros grupos, como os negros, as mulheres, os refugiados, as pessoas com deficiência etc.. Tanto é assim que tratados de direitos humanos direcionados especificamente para tais grupos foram produzidos pela comunidade internacional.

As violações de direitos humanos que atingem pessoas por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero constituem um padrão global e consolidado que causa sérias preocupações. Esses contratempos criados pelas generalizações dos discursos universalistas e a constatação dos graves problemas que surgiram do desprezo às diferenças dos indivíduos e da reunião deles num único grupo foram os motivos que justificaram a edição dos Princípios de Yogyakarta, de suma importância para a população LGBTI+.

Como já salientado, os Princípios de Yogyakarta não criaram novos direitos, ou uma nova classificação dos direitos humanos. Todavia, é inegável que tais princípios constituem fontes do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com enorme força jurídica e teórica e, nessa qualidade, devem ser observados pelos Estados, aos quais se impõem também o dever de acatar e realizar as determinações apresentadas, desenvolvendo normas e políticas públicas protetoras da comunidade LGBTI+.

Enfim, se por conta do seu caráter não vinculante os Princípios de Yogyakarta não geram diretamente obrigações legais aos Estados, é fato que indiretamente isso ocorre, uma vez que se constituem em doutrina a ser aplicada pela Corte Internacional de Justiça quando instada a se manifestar.

A confecção dos Princípios de Yogyakarta não foi precedida de um processo típico de elaboração dos tratados internacionais de direitos humanos, mas é evidente que seu texto possui força jurídico-normativa, tanto que vem sendo utilizado como fundamento das decisões proferidas pelo Poder Judiciário brasileiro nas ações que envolvem celeumas relacionadas à orientação sexual ou identidade de gênero.

A ampla emancipação é medida que se impõe, tanto social quanto sexual e de gênero. Somente dessa maneira é que a população LGBTI+ passará a ser respeitada e terá seus direitos efetivamente garantidos. A orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso.

Referências

CASTRO, Cristina Veloso de. *As garantias constitucionais das pessoas transexuais*. Birigui/SP: Boreal Editora, 2016.

CONNELL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. *Gênero: uma perspectiva global*. 3ª ed. Trad. de Marília Moschkovich. São Paulo: nVersos, 2015.

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

GORISCH, Patrícia. *O reconhecimento dos direitos humanos LGBT: de Stonewall à ONU*. Curitiba: Appris, 2014.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

ONUBR - NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *Especialista da ONU alerta para exclusão estrutural da população trans*. 29/01/2019. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/especialista-da-onu-alerta-para-exclusao-estrutural-da-populacao-trans/>>, acesso em 12/02/2019.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA + 10 (PY+10). Princípios adicionais e obrigações do Estado na aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual, identidade de gênero, expressão de gênero e características sexuais para complementar os Princípios de Yogyakarta. Tradução livre. Adotados em 10/11/2017. Disponível em <http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf>, acesso em 28/01/2019.

RIVERO, María Isabel. *Patologización: ser lesbiana, gay, bisexual y/o trans no es una enfermedad*. OEA: CIDH, 12/05/2016. Disponível em <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/064.asp>>, acesso em 01/02/2019.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília, vol. 46, n° 182, jul/dez 1993, p. 27-54.

2. O DIREITO CIVIL COMO FERRAMENTA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Cláudia Fernanda de Aguiar Pereira

Mestre em Direito Constitucional

Especialista em Direito Civil e em Direito Municipal

Advogada e Procuradora jurídica da Fazenda Pública Municipal de Bauru

Professora das Faculdades Integradas de Bauru

1. Introdução

A reforma do Judiciário, implementada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, acrescentou o parágrafo 3º, ao artigo 5º, da Constituição Federal de 1988.

A novidade trazida pela citada Emenda Constitucional estabelece distinções entre os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e os Tratados Internacionais Comuns.

Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, que forem aprovados por 3/5 dos votos de seus membros, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, terão a mesma natureza jurídica das emendas constitucionais.

Já os Tratados e Convenções sobre Direitos Humanos não incorporados na forma do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal terão a natureza de normas supra-legais, paralisando, assim, a eficácia de todo ordenamento infraconstitucional em sentido contrário.

A Constituição Federal de 1988 consagrou, expressamente, em seu artigo 1º, inciso III, como um de seus fundamentos, a Dignidade da Pessoa Humana, bem como elencou no seu artigo 5º, um rol não taxativo de direitos fundamentais, a fim de que eles sejam, constantemente, acrescidos pelos Direitos Humanos reconhecidos internacionalmente.

Essa incorporação dos Direitos Humanos pelo Direito Brasileiro possibilita ao particular a invocação direta dos direitos e liberdades internacionalmente assegurados, bem como proíbe condutas violadoras a esses direitos.

Desta forma, a Carta Republicana intervém diretamente nas relações privadas, de forma que os Direitos Humanos, internacionalmente reconhecidos, sejam, constantemente, efetivados.

Assim, o presente trabalho tem como finalidade perquirir a influência dos Direitos Humanos no Direito Civil, sendo esse uma ferramenta de sua efetivação.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, baseada em referências bibliográficas.

2. Dos tratados internacionais de direitos humanos

2.1 Da hierarquia

À luz do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988:

Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes

[...]

§3º - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL, 1988)

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, conhecida como Reforma do Judiciário, acrescentou o § 3º, citado acima, ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

A novidade trazida pela Reforma consiste em diferenciar os Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos dos Tratados e Convenções Internacionais de outra natureza.

Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, que forem aprovados por 3/5 dos votos de seus membros, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, terão a mesma natureza jurídica das emendas constitucionais.

Logo, o Tratado Internacional de Direitos Humanos que observar o quórum diferenciado de aprovação pelo Congresso Nacional, passa a ter status de norma constitucional.

Assim, a Reforma do Judiciário ampliou o conceito de bloco de constitucionalidade, com a inclusão de outro parâmetro constitucional de confronto, quais sejam, os Tratados e Convenções Internacionais com força de norma constitucional.

Desta forma, é plenamente possível que uma lei seja declarada inconstitucional por infringir determinado Tratado Internacional sobre Direitos Humanos, que tenha sido aprovado, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, já que equivalerão às emendas constitucionais.

Todavia, vale lembrar, que o Supremo Tribunal Federal decidiu que os Tratados e Convenções sobre Direitos Humanos não incorporados na forma do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988 têm natureza de normas supralegais, paralisando, assim, a eficácia de todo ordenamento infraconstitucional em sentido contrário.

Segundo Pedra Lenza:

Dessa forma, como diversos documentos internacionais de que o Brasil é signatário não mais admitem a prisão do de depositário infiel (por exemplo, o art. 7º, §7º, do Pacto de São José da Costa Rica, o art. 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a Declaração Americana dos Direitos da Pessoa Humana), a única modalidade de prisão civil a prevalecer na realidade brasileira é a do devedor de alimentos. (LENZA, 2019, p. 338)

Portanto, o Supremo Tribunal Federal não vem aceitando mais a prisão civil do depositário infiel, entendimento esse, materializado na Súmula Vinculante número 25.

2.2 Da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos

À luz do § 1º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988:

[...]

§1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (BRASIL, 1988)

Esse artigo trata do Princípio da Aplicabilidade Imediata dos Direitos e Garantias Fundamentais, isto é, se as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais demandam aplicação imediata e tendo os tratados internacionais de direitos humanos como objeto a definição de direitos e garantias, pode se concluir que tais normas merecem aplicação imediata.

Segundo Antônio Augusto Cançado Trindade:

Se para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar às suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos, consoante arts. 5º, §2º e 5º, §1º, da Constituição Brasileira de 1988, passam a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno. (TRINDADE, 1991, p. 30-31)

Assim, torna-se possível a invocação imediata de tratados e convenções de direitos humanos, dos quais o Brasil seja signatário sem a necessidade de edição de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais.

Essa incorporação automática do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo Direito Brasileiro possibilita ao particular a invocação direta dos direitos e liberdades internacionalmente assegurados, bem como proíbe condutas violadoras a esses direitos.

Neste sentido, vale citar a decisão proferida, em 2009, pelo Supremo Tribunal Federal, em relação ao depositário infiel. A Suprema Corte firmou o entendimento de que diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, a sua internalização no ordenamento jurídico brasileiro, paralisa a eficácia jurídica de qualquer disciplina infraconstitucional com ela conflitante.

Desta forma, o Tribunal concluiu que diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão da prisão civil do depositário infiel prevista no artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal de 1988 não foi revogada pela adesão do Brasil ao Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos) e ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políti-

cos, mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional.

Por fim, faz-se importante mencionar que o mesmo ocorreu com os artigos 1.287, do Código Civil, de 1916, 652, do Código Civil, de 2002 e com o Decreto-Lei 911/69.

3. O direito civil como efetivação dos direitos humanos

3.1 A influência dos direitos humanos no direito de família

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Direito de Família sofreu algumas mudanças com a consagração de princípios constitucionais, que possibilitaram a superação de alguns dogmas existentes nessa matéria.

Desta forma, não se admite mais a distinção entre filhos, sendo todos reconhecidos e tratados igualmente. Não se fala mais também da distinção entre homem e mulher, superando aquele antigo modelo patriarcal em que somente o marido poderia ser o chefe de família.

Além disso, tem-se reconhecido novas estruturas familiares, distintas da família fundada em virtude do casamento, todas igualmente dignas de proteção jurídica, ainda que se sujeitem a regimes diferentes.

O casamento possui uma extensa regulamentação legal no Código Civil, bem como na legislação não codificada. O Código Civil de 2002 exige para a celebração do casamento várias solenidades, como habilitação dos noivos ao matrimônio, a publicação de editais para que se tome conhecimento de eventuais impedimentos ao casamento, dentre outros.

Já a união estável é regulamentada por um número bem menor de artigos do Código Civil e, em regra, é configurada quando haja convivência pública, contínua e duradoura com objetivo de constituição de família.

À luz do artigo 226, §3º, da Constituição Federal:

Artigo 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção da do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (BRASIL, 1988)

Esse artigo ao determinar a facilitação da transformação das uniões estáveis em casamento, estimula a pluralidade de formação familiar.

A Constituição Federal de 1988 também determina que o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado, apenas, o fornecimento de recursos para o exercício desse direito.

O artigo 226, §7º, da Carta Republicana que trata do planejamento familiar está em consonância com os Princípios da Dignidade Humana e da Paternidade Responsável.

Além disso, à luz do Estatuto do Idoso e do artigo 227, da Constituição Federal toda criança e adolescente têm direito à convivência familiar.

Nas palavras de Gustavo Tepedino:

Por dizer respeito mais diretamente a interesses existenciais da pessoa humana (cuja dignidade é reputada um dos fundamentos da República brasileira pelo art. 1º, III da Constituição), o direito de família foi diretamente afetado pelo processo de incidência dos princípios constitucionais sobre as relações privadas (processo também denominado constitucionalização do direito privado), como imperativo para se conferir maior proteção aos interesses existenciais sobre os interesses patrimoniais. Assim, se nas outras áreas do direito civil os direitos fundamentais já representam o fundamento de legitimidade dos interesses particulares tutelados, ocasionando a releitura dos tradicionais princípios que regem os contratos, a responsabilidade civil e o direito de propriedade, no direito de família tais direitos exigiram o afastamento de princípios tradicionais que, herdados do direito romano, estruturavam o direito de família em torno do casamento entre homem e mulher; asseguravam ao marido a chefia da sociedade conjugal; determinavam a preferência dos filhos nascidos do casamento em detrimento dos filhos oriundos de relações extraconjugais; relegavam a mulher à posição de inferioridade no âmbito das relações familiares. (TEPEDINO, 2019, p.24)

A tutela da dignidade da pessoa humana tendo como finalidade os direitos fundamentais e os direitos humanos tornou-se muito intensa no Direito de Família, acarretando sua completa reformulação.

Contudo, o modelo de família, no Código Civil de 2002, ainda se encontra baseada no modelo de família constituída pelo casamento. Desta forma, o Direito de Família vem se transformando paulatinamente por força da doutrina e da jurisprudência (TEPEDINO, 2019).

Logo, pode-se afirmar que os Direitos Humanos influenciam o Direito de Família, haja vista que “o Direito de Família é o mais humano de todos os direitos, pois lida com as mais íntimas relações humanas, nas quais flagra de modo ímpar as grandezas e as pequenezas do ser humano” (BARROS, 2017, p.1).

Assim, como consequência dos Direitos Humanos e do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, a jurisprudência brasileira, em matéria de direito de família vem promovendo grandes avanços.

Com o trabalho jurisprudencial, promoveu-se a efetivação dos direitos humanos no âmbito da família, alcançando-se, evoluções como o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, a extensão da proteção do bem de família para entidades familiares não fundadas no casamento, dentre outras.

3.2 A influência dos direitos humanos no direito contratual

Segundo Flávio Tartuce:

Não se pode olvidar que tão antigo como o próprio ser humano é o conceito de contrato, que nasceu a partir do momento em que as pessoas passaram a se relacionar e a viver em sociedade. A própria palavra sociedade traz a ideia de contrato, de composição entre as partes com uma finalidade. A feição atual do instituto vem sendo moldada desde a época romana sempre baseada na realidade social. Com as recentes inovações legislativas e com a sensível evolução da sociedade brasileira, não há como desvincular o contrato da atual realidade nacional, surgindo a necessidade de dirigir os pactos para a consecução de finalidades que atendam aos interesses da coletividade. Essa é a primeira face da real função dos contratos. (TARTUCE, 2016, p. 593-594)

O Código Civil de 2002 não estabeleceu a definição de contrato. Nota-se, de início, que o contrato é um ato jurídico bilateral, que depende de pelo menos duas declarações de vontade, cuja finalidade é a criação, alteração ou extinção de direitos e deveres.

O contrato está situado no âmbito dos direitos pessoais, sendo inafastável a importância da vontade sobre o instituto, já que se trata de um negócio jurídico por excelência.

As relações contratuais devem estar pautadas no Princípio da Função Social dos Contratos, ou seja, o contrato, à luz do artigo 2.035, parágrafo único, do Código Civil deve ser interpretado de acordo com o contexto da sociedade.

Nesse contexto, o contrato não pode ser mais visto como uma bolha, que isola as partes do meio social. Simbolicamente, a função social funciona como uma agulha, que fura a bolha, trazendo uma interpretação social dos pactos. Não se deve mais interpretar os contratos somente de acordo com aquilo que foi assinado pelas partes, mas sim levando-se em conta a realidade social que os circunda. Na realidade, à luz da personalização e constitucionalização do Direito Civil, pode-se afirmar que a real função do contrato não é a segurança jurídica, mas sim atender aos interesses da pessoa humana. (TARTUCE, 2016, p. 615-616)

Desta forma, as relações contratuais devem ser interpretadas em consonância com os artigos 1º a 4º, da Constituição Federal de 1988, que fixam dentre os objetivos e fundamentos da República, os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III, CF/88), da Solidariedade Social (art. 3º, I, CF/88) e da Igualdade Substancial (art. 3º, III, CF).

Além disso, o legislador impõe à atividade contratual o respeito aos Princípios da Boa-Fé Objetiva, da Função Social do Contrato e do Equilíbrio das Prestações.

Tais normas do Código Civil tornam-se mecanismos de promoção dos direitos fundamentais e humanos nas relações contratuais, adquirindo novos contornos.

Verifica-se, assim, a gradual alteração conceitual de alguns princípios, impondo-se efeitos contratuais que extrapolam as negociações entre contratante e contratado. Isso significa que o respeito às relações contratuais se torna oponível a terceiros, ao mesmo tempo em que os contratantes devem respeitar os titulares de interesses socialmente relevantes (TEPEDINO, 2019).

O Código Civil de 2002 prevê, ainda, a interpretação do contrato de forma mais favorável ao aderente nos contratos de adesão, haja vista a ausência de negociação prévia à celebração do contrato (art. 423, do CC).

Além disso, à luz do artigo 424, do Código Civil de 2002, consideram-se nulas as cláusulas contratuais em contrato de adesão que prevejam a renúncia antecipada de direitos pelo aderente.

Portanto, falar da incorporação de cláusulas, que visam proteger e promover os direitos humanos no âmbito das relações contratuais, é, antes de mais nada, entender o instituto “Contratos”, não apenas como um instrumento para circulação de riquezas, mas sim como uma ferramenta de emancipação da pessoa humana.

4. Considerações finais

A Constituição Federal de 1988 consagrou, expressamente, a Dignidade da Pessoa Humana como um de seus fundamentos, bem como elencou no seu artigo 5º, um rol não taxativo de direitos fundamentais, a fim de que eles sejam, constantemente, acrescidos pelos Direitos Humanos reconhecidos internacionalmente.

Desta forma, os direitos fundamentais e humanos tornam-se vinculantes também nas relações jurídicas privadas.

Essa incorporação dos Direitos Humanos pelo Direito Brasileiro possibilita ao particular a invocação direta dos direitos e liberdades internacionalmente assegurados, bem como proíbe condutas violadoras a esses direitos e à promoção da dignidade da pessoa humana.

Assim, o Direito Civil, e especialmente, as relações patrimoniais, deixam de ter legitimidade em si mesmas, devendo ser constituídas em consonância com os direitos previstos na Constituição Federal, que representa o ápice da hierarquia normativa.

O Direito de Família, por exemplo, sofreu algumas mudanças, com a consagração de princípios constitucionais, que possibilitaram a superação de alguns dogmas existentes nessa matéria. Hoje, já não se admite mais a distinção entre filhos, sendo todos reconhecidos e tratados igualmente.

Portanto, a tutela da dignidade da pessoa humana tendo como finalidade os direitos fundamentais e os direitos humanos tornou-se muito intensa no Direito de Família, acarretando sua completa reformulação.

Com o trabalho jurisprudencial, promoveu-se a efetivação dos direitos humanos no âmbito da família, alcançando-se, grandes evoluções como o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares.

Nota-se também essa evolução no Direito Contratual com a implementação de cláusulas, que visam proteger e promover os direitos humanos nas relações contratuais, que passam a ser consideradas como uma ferramenta de emancipação da pessoa humana.

Assim, a Constituição da República intervém diretamente no Direito de Família, nas relações de trabalho, no Direito Consumerista, nos Contratos, permitindo que a proteção e efetivação dos direitos fundamentais e humanos também sejam efetuados na esfera privada.

Referências

BARROS, Sérgio Resende. *Direitos Humanos da Família: Dos fundamentais aos operacionais (Dos Direitos Humanos e Direito de Família)*. Rio Grande do Sul, 2017.

BRASIL. Constituição 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25/07/2019.

_____. Decreto 19.841/45. *Carta das Nações Unidas*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm>. Acesso em: 26/07/2019.

_____. Lei 10.406/02. *Código Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 25/07/2019.

_____. Resolução 217, de 10/12/1948. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 28/07/2019.

CARVALHO, Neudimair Vilela Miranda. *Diferença entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/59616/diferenca-entre-direitos-humanos-e-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 02/08/2019.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2000.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2019.

MAGLHÃES, Leslei Lester dos Anjos. *Estatuto da Família e dos Direitos Humanos*. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/44947/estatuto-da-familia-e-direitos-humanos>>. Acesso em: 01/08/2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2018.

NETTO, Ernesto. *Direitos Humanos Fundamentais – Uma visão particular*. Disponível em <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6347/Direitos-humanos-fundamentais-Uma-visao-particular>>. Acesso em: 02/08/2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Os Direitos Humanos na Família*. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1315,71043-Os+direitos+humanos+na+familia>>. Acesso em: 03/08/2019.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2019.

ROSA, Conrado Paulino da. *Curso de Direito de Família contemporâneo*. Salvador: Juspodvm, 2019.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. *A Influência dos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais no Direito Civil Brasileiro*. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8cacb05141a62321>>. Acesso em: 02/08/2019.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno*. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, 1993.

_____. *A proteção internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

3. ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL NA DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS

Marli Monteiro

Doutora em Ciências pela USP – Bauru

Mestre em Filosofia Jurídica pela UNESP – Marília

Docente da FIB – Faculdades Integradas de Bauru/SP

1. Introdução

Ao final da Segunda Guerra Mundial, surgiu para toda humanidade a esperança de que as práticas desumanas e bárbaras, adotadas pelos regimes de força, jamais viriam a se reproduzir sobre a face da terra. Esses dramáticos episódios levaram as nações à convicção de que era necessário impedir a repetição dos sofrimentos impostos a milhões de seres humanos. Para alcançar esse objetivo, diversos países resolveram conjugar seus esforços, por meio de uma nova entidade, a Organização das Nações Unidas – ONU, a qual definiu os valores fundamentais que devem presidir a convivência humana, tendo em 10 de dezembro de 1948, aprovado a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

O mundo todo, desde então, fala sobre esses direitos. Há muita divulgação; entretanto, vê-se por toda parte, um comportamento completamente diverso. A inteligência é reduzida à astúcia; a felicidade é reduzida ao prazer; o ser humano é reduzido à simples aparência; as mãos são reduzidas às unhas, o rosto é reduzido aos dentes e o amor é reduzido ao sexo. O que se vê, em larga escala, são sub-seres-humanos, e falta o pão, o abecedário, saúde, moradia, consciência e condições dignas de vida. Há, por onde se olha uma sensível depreciação nas condições de vida da população, e não há indicativo de que este processo tenda a uma reversa em curto prazo.

Os direitos consagrados na Declaração são direitos fundamentais à vida e não à simples sobrevivência, como vêm sendo tratados e abrangem todos aqueles fundamentais à vida humana: saúde, educação, moradia, paz, segurança e justiça. Contudo, a afirmação dos direitos declarados pela ONU só se efetivará se houver uma profunda reflexão sobre as condições em que são garantidos pelos Estados e um compromisso afirmativo de toda sociedade no sentido para que não sejam mais violados sem nenhuma consequência.

No plano socioeconômico, o sistema conspira contra a vida de dois terços das criaturas humanas existentes na face da terra. Multidões são marginalizadas, social, política e economicamente. A desenfreada concentração de capitais e a voraz prática consumista, o egoísmo cego de grupos e nações, são indicadores mais que suficientes de que tudo conspira contra a vida humana. Mas, tudo isso só se concretizará se houver o reconhecimento do pluralismo e o respeito à igualdade, à liberdade física e de pensamento e à efetivação da justiça social, como se pretende ver discutido nesta jornada acadêmica.

2. Os direitos humanos sociais

Esses direitos, consagrados no Brasil, pela Constituição Federal de 1988, devem estar acima de qualquer resolução política ou crença social, uma vez que o ser humano antecede à sociedade. E, nas palavras de Benevides (2007; p. 336-337):

São aqueles comuns a todos, a partir da matriz do direito à vida, sem distinção alguma de corrente de origem geográfica, caracteres do fenótipo (cor de pele, traço do rosto, cabelo, etc.), da etnia, nacionalidade, sexo, faixa etária, presença de incapacidade física ou mental, nível socioeconômico ou classe social, nível de instrução, religião, opinião política, orientação sexual, ou de qualquer tipo de julgamento moral. São aqueles que decorrem do reconhecimento da dignidade intrínseca de todo ser humano.

O paradoxo a ser enfrentado na busca da afirmação dos direitos da pessoa humana apresenta duas dimensões: uma de ordem social e econômica que abarca as questões do empobrecimento e a miserabilidade da população mundial; e outra de ordem político cultural, que coloca frente a frente os direitos humanos como plataforma de governo e proposta de Estado e também como bandeira de movimentos sociais, como será discutido adiante.

A questão da desigualdade social comporta inúmeras discussões, tanto na esfera pública quanto nos debates levados a efeito pela sociedade, sendo tratada quase sempre não como diferença e não como desigualdade, o que legitima inúmeras outras atitudes, inclusive a violência, pois o que é diferente quase sempre é também desigual. E, desigualdade, nas palavras de Comparato (2010, p. 571),

[...] pressupõe uma hierarquia em termos de dignidade ou valor, ou seja, define a condição de inferior e superior; e, portanto, estabelece quem nasceu para mandar e quem nasceu para obedecer. A desigualdade só se instala com a crença na superioridade intrínseca de uns sobre os outros e a consequente discriminação que pode ir até a morte.

Os seres humanos são naturalmente diferentes quanto ao seu fenótipo étnico ou à sua conformação sexual. Nenhuma dessas diferenças deveria, em boa razão, implicar uma posição de desigualdade social. No entanto, é com base nelas que, desde sempre, uns se consideram superiores aos outros.

Para a garantia de seus direitos, a humanidade deve levar em conta que a exigência pressupõe necessariamente união e organização, para não apenas esperar as *benesses* do Estado provedor, mas na adesão, a um campo comum de valores que definem a humanidade e a dignidade de todo indivíduo, na forma posta por Hanna Arendet (2004), que é o direito a ter direitos e lutar por eles.

A Conferência de Viena em 1993 consagrou o reconhecimento do direito ao desenvolvimento, tendo o ser humano como sujeito central do processo e o regime político mais favorável à proteção dos direitos humanos é aquele que respeita as liberdades individuais e a participação popular, pois a esfera pública tem o dever de ouvir os reclamos da sociedade que a legitima.

Direitos sociais, tomados nesta reflexão como corolário da igualdade material e efetividade da liberdade real, retirando-lhes o caráter caritativo e atribuindo-lhes a condição de exigência moral como condição da sua normatividade, portanto, não subsidiam outros direitos quer sejam eles civis ou políticos, antes, constituem-se, assim, em direitos de toda uma coletividade.

Previstos no art. 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e na maioria dos sistemas constitucionais dos Estados, no entanto, carecem de efetividade como aponta Cortina (1998), sob o argumento de que não existe a indivisibilidade dos direitos humanos e como tal reconhecidos nas legislações constitucionais unicamente como direitos civis e políticos. Para nosso país, contudo, o texto constitucional afirmou, de forma extensiva os direitos humanos, neles incluindo-se os direitos sociais, como recomendado pela Conferência de Viena de 1993.

Verifica-se, contudo, que há precária efetividade de suas garantias, privados da aplicabilidade imediata e se tornaram meras pautas programáticas, submetidas à “reserva do possível” ou restritos à objetivação de um “padrão mínimo social”, como diz Campilongo (1995, p. 135). Dentro de uma interpretação ética dos direitos humanos, fundada em valores intrínsecos à racionalidade humana, deve-se compreender os direitos sociais como direitos essenciais e inafastáveis, por conseguinte fundamentais. A partir dessas considerações éticas, pode-se falar em direitos fundamentais sociais, quais sejam, aqueles que, em vez de serem direitos contra o Estado, se constituem em direitos através do Estado, exigindo do Poder Público certas prestações materiais, como a implementação de políticas sociais que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos, como apresenta Krell (2001).

Na atualidade, os direitos fundamentais básicos estão cada vez mais dependentes da prestação de determinados serviços públicos, pois os direitos fundamentais de defesa somente podem ser eficazes quando protegem as condições materiais mínimas necessárias para a sua realização. E no Brasil, nos últimos anos vimos o Estado preocupar-se em fomentar políticas públicas no sentido de diminuir, pelo menos em parte, as desigualdades aparentes. Inúmeros programas nas esferas federal, estaduais e municipais foram propostos que, a despeito de muitas críticas, conseguiram incluir indivíduos no mercado consumidor, beneficiando a sociedade como um todo, pela demanda que criaram. Apesar de tudo, pesquisas indicam que muito ainda há por fazer. Parte da crítica direcionada a esses programas funda-se no caráter assistencialista, trazendo de volta à tona a questão: “como conciliar os direitos iguais numa sociedade desigual”? O Estado, incapaz de atender essas demandas, têm contado com organizações da sociedade civil de todo o mundo, que se empenham pela proteção dos direitos humanos e extinção de suas violações, como se verá em seguida.

3. As organizações da sociedade civil na agenda de proteção dos direitos humanos

Os movimentos da sociedade civil na busca de defesa dos direitos sociais foram marcados no Brasil por duas etapas, representadas por dois momentos históricos importantes, nos anos de 1930 e de 1964. No primeiro momento, de forma mais acentuada, com o desenvolvimento do capitalismo brasileiro; e, em 1964, tendo o capitalismo no Brasil passado a fazer parte do consórcio do capitalismo internacional, abrindo-se para as multinacionais, sob domínio dos Estados Unidos, ocasião em que muitas violações se verificaram, notadamente às liberdades individuais. Nesse período, o crescimento brasileiro foi avançando e tomando conta das áreas urbanas, criando condições para a expansão industrial. O capital aos poucos apropriou-se do solo urbano e as pessoas são expelidas para a periferia, em bairros cada vez mais distantes dos centros urbanos; situação agravada pelo aumento das migrações.

Os migrantes, constituídos basicamente por agricultores, passam a viver em condições degradantes, ampliando os problemas urbanos, notadamente nas décadas de 70 e 80 do século passado. Tais problemas não mais comportavam soluções individuais, embora para as classes populares a percepção das carências urbanas tenha se dado primeiro no plano individual.

Dada a pouca habilidade do poder público em lidar com essas questões, não restou às classes populares senão a solução coletiva, isto é, a organização, para exigir do Estado seus direitos de cidadania.

A ação organizada se deu através de organismos elementares de representação popular, constituindo-se em uma força nova que cresceu e ocupou espaços que seriam próprios do Estado. Com o crescente envolvimento das entidades de defesa dos direitos sociais na formulação de políticas públicas, principalmente após a redemocratização do Brasil, autores como Pinheiro (2013) afirmam a importância de se compreender como aqueles que estão fora do governo influenciam e pressionam o Estado para cumprimento de seus deveres e como tal caminho é importante para defesa de direitos.

As entidades civis colaboradoras do Estado na elaboração das políticas públicas de defesa dos direitos humanos contribuem de forma significativa na execução dessas mesmas políticas, na medida em que detêm um conhecimento específico que provém do seu vínculo com determinados setores sociais (DAGNINO, 2002), por estarem mais próximas dos meios reivindicatórios desses atendimentos, complementando a atuação do Estado.

Designadas por ONGs são organismos estruturados de forma independente, tanto na gestão e funcionamento, com voluntariado atuante, sem fins lucrativos, sobrevivendo por meio de doações, com atividades ligadas às questões sociais, tanto nacional quanto internacional, e cuja principal marca é o ideário dos direitos e da igualdade, os quais permeiam e politizam suas várias atividades (LANDIM, 2010).

Por terem como bandeira a defesa de direitos humanos como seu objetivo principal, agem tanto individual quanto coletivamente em redes de proteção à pessoa humana, quando há um compartilhamento de valores similares ou iguais: os valores dos direitos humanos. Apesar da aparente similaridade, pode-se identificar com Cohen (2003; p.423):

As ONGs se diferenciam da sociedade civil, pois a segunda refere-se à participação (o que não é o caso das ONGs), sendo entendida como uma esfera de interação social diferenciada da economia e do Estado, composta de três parâmetros analiticamente distintos: "pluralidade, que diz respeito à associação voluntária, publicidade, referindo-se a reunião pública de caráter civil, e privacidade, que se refere à autonomia do indivíduo".

O Estado vem se afastando e desobrigando cada vez mais da defesa e atendimento das necessidades sociais da população, razão pela qual o chamado terceiro setor, composto por diversas formas de organizações da sociedade civil, supre essa ausência, incluindo o discurso da descentralização e da participação. Observa-se, contudo que há um fenômeno de privatização do atendimento dos direitos que são privados e que a responsabilidade por sua efetivação é de toda sociedade.

Por terceiro setor, que presta esses serviços entende-se a sociedade civil, que se organiza e busca soluções para suas necessidades e problemas fora do circuito do Estado e do mercado. A expressão é utilizada de forma complementar a concepção de primeiro setor, constituído pelo Estado, e de segundo setor, formado por empresas privadas. Alguns autores defendem inclusive a existência do Direito do Terceiro Setor, definindo-o como ramo do direito que trata da organização e o funcionamento das entidades privadas sem fins lucrativos; das atividades de interesse público por elas levadas a efeito e das relações entre as entidades integrantes do aparato estatal com entidades privadas que exercem atividades econômicas eminentemente lucrativas e com pessoas físicas que para elas prestam serviços remunerados ou não. O certo é que a atuação desse terceiro viés do Estado é aquele descortinado a partir dos artigos 199 § 1º, 204, 205, 216 § 1º e 227 da Constituição Federal.

Essas três formas de prestação dos serviços públicos, entretanto, não são suficientes, embora representem importante forma do Estado desincumbir-se de suas atribuições estritas e são fundamentais para a qualidade de vida da população, tais como: a educação, saúde, trabalho, moradia, assistência social, equilíbrio ambiental e outros. Assim, a Carta Magna optou por não dar exclusividade ao Estado no atendimento e defesa dos direitos da pessoa humana. Dessa forma, por seu arranjo estrutural, as organizações sociais possibilitam integração e articulação, proporcionando a emergência de uma multiplicidade de lideranças; concedem autonomia de poder de decisão aos integrantes acerca de suas próprias ações; dividem igual nível de responsabilidade entre seus agentes; permitem a livre circulação de informações; favorecem o engajamento individual e grupal consciente; promovem o trabalho em conjunto para a realização de objetivos afins.

Outro aspecto saudável desse atendimento levado a efeito por organizações da sociedade civil é verificado ao favorecer o estabelecimento de vínculos positivos pela interação entre indivíduos; criando espaços para reflexão, troca de experiências e busca de soluções para problemas comuns; estimulando o exercício da solidariedade e da cidadania; mobilizando pessoas, grupos e instituições para utilizar recursos existentes na comunidade; estabelecendo parcerias entre setores governamentais e não governamentais para execução de programas de orientação e prevenção pertinentes a problemas específicos detectados pelo grupo, apresentando algo de revolucionário nessa *práxis*, como por exemplo, o estímulo à solidariedade e à cidadania, procurando cumprir com o objetivo de detectar e solucionar problemas coletivos, coletivamente.

As organizações não governamentais têm percebido que o impacto de seus movimentos compõe uma rede social significativa e o Estado procura responsabilizá-las pelo atendimento da demanda, geralmente sem fazer maiores alterações políticas concretas no paradigma piramidal, vertical, autoritário e burocrático que tende a predominar nas instituições públicas.

Essas entidades privadas são fundadas por pessoas e grupos da sociedade civil com a finalidade de atender a algumas dessas demandas sociais. Não é incomum, contudo, que seus fundadores e dirigentes, mesmo com boa vontade, idealismo, dedicação e intenção de contribuir para minorar o sofrimento de determinada clientela que vive numa situação de exclusão social, careçam de maior capacitação teórica, técnica e jurídica para a realização de programas, projetos e serviços no atendimento secundário e não apenas assistencial (atendimento primário).

Os participantes dessas entidades podem inclusive desenvolver esforços heróicos para organizar burocrática e legalmente esses locais, elaborando estatutos, regimentos e produzindo a documentação necessária que permita o recebimento de poucas verbas para o atendimento emergencial, pois surgiram para promover a noção de cidadania e pressionar por sua construção, contudo a ausência do Estado é sentida tanto pelos assistidos quanto pelas entidades.

Com as transformações da conjuntura internacional em meados dos anos 1980, as organizações internacionais presentes em nosso país de forma numerosa, passaram a encaminhar seus recursos para países do Leste Europeu e para da África, obrigando as organizações da sociedade civil a buscar alternativas de sustentabilidade no plano interno, ao mesmo tempo em que os recursos governamentais também se tornaram mais escassos, sendo a partir dos anos 1990 redesenhado o chamado terceiro setor no Brasil, marcando novas configurações para as organizações sem fins lucrativos no país, com presença maior do brasileiro nesses atendimentos.

As empresas do setor privado passaram a se engajar nas questões sociais e, inicialmente, buscaram parcerias com organizações da sociedade civil para atuarem juntas em busca de eficiência e de melhores resultados. Essas organizações tiveram que se reestruturar para poder estabelecer parcerias com o setor privado, profissionalizando seus membros e adotando ferramentas de planejamento e de gestão empresarial.

Quanto mais o Estado se furtou à sua função mediadora dos interesses e valores sociais contraditórios, mais ele se viu chamado a intervir na função de supridor das necessidades básicas de um grupo importante da população. É nesse contexto que ouvimos o sedutor canto da sereia, sob o embalo da inclusão social e da responsabilidade social, entoado por diversas ONGs e que parece encobrir a retirada estratégica operada pelo poder público da sua responsabilidade objetiva; ao mesmo tempo em que permanece intacta a ideologia que vela sua convivência e sua participação direta na produção estrutural dos problemas sociais.

Isso não chega a ser surpreendente para uma análise que reconhece no Estado o representante dos interesses e valores sociais dominantes, por mais que o discurso ideológico insista em apresentá-lo como mediador isento ou protetor dos desfavorecidos. A pobreza e os problemas sociais têm importantes determinantes sociais, econômicos, políticos e culturais, muito além dos aspectos da individualidade humana. A saúde, a educação, o trabalho e a autêntica cidadania são desenvoltamente apregoados como direitos de todos e dever do Estado e fazem parte de sua responsabilidade objetiva, prevista na Constituição Federal.

O campo de atuação de entidades provedoras dos direitos mínimos de vida humana são os serviços públicos sociais elencados no título concernente à Ordem Social da Constituição Federal, e a intervenção estatal ocorre, na medida em que esses serviços atendem necessidades coletivas. Não sendo de titularidade privativa do Poder Público, esses serviços comportam atuação simultânea do particular; almeje o lucro ou não, e sua prestação é norteadada pelo princípio da subsidiariedade, que o Estado não se desonera da obrigação de oferecer; apenas existe uma responsabilidade compartilhada com a sociedade para a universalização da prestação. A iniciativa privada está livre para explorá-los economicamente, obedecendo a diretrizes estabelecidas pelo Poder Público, dada a relevância da atividade. Mas, se o particular atuar de forma solidária, sem objetivar lucro, o Estado, no exercício da atividade de fomento, apresenta instrumentos tanto para incentivar a colaboração privada quanto para garantir a eficiência e qualidade do serviço prestado, o que nem sempre acontece de forma satisfatória.

Para essas instituições privadas sem fins lucrativos, que realizam atividades de interesse coletivo, foram criados títulos jurídicos especiais, que podem propiciar apenas determinadas vantagens econômicas, na forma de auxílios financeiros, subvenções, favores fiscais ou permitir o estabelecimento de acordo de cooperação com a Administração, para recebimento de recursos públicos a serem aplicados na execução de um determinado projeto encampado pelo Estado, ao qual a legislação optou por chamar de Termo de Parceria, *nome juris* do vínculo de colaboração exclusivo dessa espécie de qualificação.

As entidades não fazem parte da estrutura da Administração Pública direta, muito menos indireta, eis que são organizações particulares alheias à estrutura governamental, embora se disponham a manter “parcerias”, com a finalidade de desenvolver atividades valiosas para a coletividade e que são livres à atuação da iniciativa privada, muito embora algumas delas, se exercidas pelo Estado se caracterizem como serviços públicos. Para que haja a possibilidade de receber essa qualificação, entretanto, a pessoa jurídica de direito privado não pode ter fins lucrativos, assim como seus objetivos sociais e normas estatutárias devem atender aos

requisitos legais, incluindo-se em seus estatutos, uma série de normas sobre sua estrutura, funcionamento e prestação de contas.

Considera-se sem fins lucrativos, de acordo com o artigo 1º da LEI 9790/99,

[...] a pessoa jurídica de direito privado que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social.

Infere-se, com isso, que o qualificativo de Organização da Sociedade Civil não é discricionário, mas vinculado e aberto a qualquer pessoa jurídica que preencha os requisitos indicados. E, se por um lado a entidade se constitui e funciona sob as regras de direito privado, de acordo com os preceitos previstos na Constituição Federal, da liberdade de associação e a livre iniciativa, de outro lado, ao pretender a obtenção do título de entidade social e os benefícios de repasse de verbas do estado ou outras vantagens financeiras, se submetem a normas de ordem pública referente à probidade e à eficiente aplicação do recurso recebido. Vê-se aqui assente o apontado hibridismo do regime jurídico, com o direito privado sendo substituído pelas regras do direito público.

Segundo Laval (2014), a representatividade das Organizações da Sociedade Civil seria motivada por meio da delegação inconsciente, um consentimento desprovido de ciência pela parte representada, uma forma de dar voz àqueles que não poderiam falar por si mesmos ou estariam impedidos de delegar a voz a um representante. Por meio dela as entidades assumem a posição de porta-vozes de demandas de segmentos da sociedade, temas e interesses com um arremedo de representação no domínio da representação tradicional, incorporando a figura de um ator que age no melhor interesse de alguém, porém não derivado do seu consentimento, mas de uma necessidade.

Outra forma de designar a representação dos organismos da sociedade civil se dá por meio da representação por afinidade, a qual seria justificada pela identificação de um conjunto de indivíduos com a situação vivida por outros indivíduos. Nesse sentido, essas organizações desempenhariam o papel de defensoras dos princípios dos direitos humanos ditos universais e norteadores dos parâmetros de bem-estar dos indivíduos, os quais o Estado tem a obrigação de considerá-los durante a tomada de decisão e da elaboração da política externa. A representação feita pelas ONGs de direitos humanos também pode ser considerada como fonte de pressão, controle, supervisão e reclamo perante o poder estatal em instâncias executivas de políticas e em espaços de interlocução, capacitando-as como representantes de interesses coletivos perante organismos de formulação da política externa.

Ao desempenharem a atividade de precursora de ideias, as organizações sociais buscam incluir ou obter mais destaque para alguns temas da área dos direitos humanos preteridas pelas agendas doméstica e externa do Estado, além de exporem as demandas de segmentos minoritariamente representados da sociedade brasileira e também de outros países, algumas vezes usufruindo da delegação inconsciente para representar tais demandas.

A delegação inconsciente, nas palavras de Laval (2014), também está presente na precursão de ideias, transpondo essa representatividade não consentida para o campo da participação política na elaboração ou execução da política externa brasileira, com o intuito de fazer com que o Brasil, além de atuar em prol deles internamente, incorpore tais tópicos em sua agenda de política externa, como no diálogo ou empreendimentos com outros países, ou defendendo-os. Assim, tem-se uma tensão dialética entre o Estado e as ONGs não apenas entre o conjunto de valores universais, discurso apregoeado pelas ONGs, e os de soberania estatal (MILANI, 2015), mas também com relação à forma de condução da política externa em direitos humanos, de forma que tal divergência forneceria elementos para a politização temática da agenda de direitos humanos da política externa brasileira em âmbito internacional.

4. Conclusão

Para esses instrumentos institucionais poderem funcionar de modo efetivo, é necessário estudo, análise crítica da realidade, muito diálogo, engajamento social por parte dos atores sociais diretamente interessados e capacidade de canalizar aspirações políticas para inventar novas realidades sociais, com novas práticas e novas relações. Acredita-se que o processo reflexivo é extremamente necessário para que talvez se possa produzir outras teorizações, ações e proposições, sem esgotar na denúncia ou no ativismo ingênuo e bem-intencionado.

Entende-se que somente é possível a solução desses problemas de enfrentamento ao desrespeito aos direitos humanos, se houver avanços com a participação política dos interessados, e as oportunidades oferecidas pelas iniciativas concretas no âmbito das políticas públicas, as quais devem ser aproveitadas a qualquer custo para construir uma democracia popular. Ampliar a participação da sociedade civil e exercitar as políticas propostas é, talvez, a tarefa mais desafiante, mas é também a mais preciosa e mais urgente para ser executada.

Referências

ARENDET, Hanna. A mentira na política: considerações sobre os Documentos do Pentágono. In: *Crises da república*. São Paulo: Perspectiva, 2004.

Assembleia Geral da ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. (217 [III] A). Paris. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em 14/08/2019.

BENEVIDES, Maria Victoria. Direitos humanos: desafios para o século XXI. In: *Educação em direitos humanos: fundamentos teórico-metodológicos*. João Pessoa: UFPB, 2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2_016.pdf>. Acesso em 14/08/2019.

_____. *Decreto 591, de 06 de julho de 1992*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em 14/08/2019.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. O trabalhador e o direito à saúde: a eficácia dos direitos sociais e o discurso neoliberal. In: *Direito, cidadania e justiça: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria sociológica e filosofia jurídica*. Coord. Beatriz di Giorgi, Celso Fernandes Campilongo e Flávia Piovesan. São Paulo: RT, 1995.

COHEN, Jean L. Sociedade Civil e Globalização: Repensando Categorias. In: *Dados – Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Vol. 46, nº 3, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Cia das Letras, 2010.

CORTINA Adela. *Ciudadanos del Mundo: hacia una teoría de la ciudadanía*. Madrid: Alianza Editorial, 1998.

DAGNINO, Evelina. Sociedade Civil, Espaços Públicos e a Construção Democrática no Brasil: Limites e Possibilidades. In: DAGNINO, Evelina (org.). *Sociedade Civil e Espaços Públicos no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

GNHRE. *International Council on Human Rights Policy*. Disponível em <<https://gnhre.org/partners/non-governmental-organisations/international-council-for-human-rights-policy/>>. 2009. Acesso em 18/08/2019.

KRELL, Andréas. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: *A Constituição Concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

LANDIM, Leilah. Organizações não governamentais. In: ABREU, Alzira Alves de et al (coords.). *Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro - Pós-1930*. Rio de Janeiro: CPDOC. Disponível em <<http://cpdoc.fgv.br>>. Acesso em 14/08/2019.

LAVALLE, Adrian Gurza. ONGs, direitos humanos e representação. In: *SUR, Revista Internacional de Direitos Humanos*. Vol.11, nº 20, junho/dezembro de 2014.

MILANI, Carlos R. S. Atores e agendas no campo da política externa brasileira de direitos humanos. In: PINHEIRO, Letícia; MILANI, Carlos R. S (orgs). *Política externa brasileira: a política das práticas e as práticas da política*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011. Disponível em <http://brasilnomundo.org.br/wp-content/uploads/2015/05/048_Pol%C3%ADtica.Externa.Brasileira_Milani.Pinheiro.pdf>. Acesso em 17/08/2019.

MILANI, Carlos R. S. Política externa é política pública? In: *Insight Inteligência*, ano XVIII, nº 69, abril/maio/junho de 2015, p. 57-75. Disponível em <<http://insightinteligencia.com.br/pdfs/69.pdf>>. Acesso em 17/08/2019.

PORTAL DE DIREITO INTERNACIONAL. *Declaração e Programa de Ação de Viena: Conferência Mundial sobre Direitos Humanos*. Disponível em <<https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>>. Acesso em 18/08/2019.

4. DIREITOS HUMANOS DOS TRABALHADORES NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

Tales Manoel Lima Vialôgo

Mestre em Direito Constitucional pela ITE - Bauru/SP
Especialista em Direito Empresarial com ênfase em Dir.do Trabalho pela ITE Bauru
Presidente da Comissão de Exame de Ordem da Subseção de Bauru da OAB/SP
Professor das Faculdades Integradas de Bauru (FIB) e advogado

1. Introdução

Melhor seja, talvez, iniciar com a concepção de 'trabalho'.

Trabalho nada mais é do que uma atividade humana sobre metas específicas. Estas sempre direcionadas aos anseios de conquistas materiais e garantia de subsistência.

No modelo de convívio social adotado pela civilização é preciso trabalhar. Nada se compra, sem um salário digno.

Mas além de ser uma condição imposta pela sociedade, é através do trabalho, e também da livre iniciativa, que o ser humano justifica ainda mais sua existência e o dom de ser senciente.

O direito é antropocêntrico, pois parte de um sistema normativo que possui como maior alicerce o objetivo de manutenção da vida humana. Logo, é uma ciência criada no ímpeto de garantir longa vida à humanidade. O Direito do Trabalho tutela o ser humano trabalhador, que busca ativar-se em sua profissão para pagar por sua dignidade.

En resumen: la finalidad del Derecho del Trabajo es la tutela del trabajador, en cuanto parte contratante débil y en cuanto trabajador subordinado. Para ello, esencialmente, limita la autonomía contractual privada de ambas partes. Sobre todo, lo hace, estableciendo mínimos que no pueden empeorados por aceptación del trabajador.

Al equilibrar los poderes de ambas partes contratantes, el Derecho del Trabajo cumple una función primordial: encauzar conflicto industrial dentro de límites razonables y aceptados por ambas partes. (ORTEGA, 1994, p. 27)

O Direito do Trabalho, historicamente, é o retrato de um trauma sofrido pela civilização. O princípio da proteção não foi elaborado sem um combustível histórico.

Desde o trabalho escravo o trabalhador sofreu abusos e teve sua dignidade violada pelos tomadores de serviços. O binômio da relação entre empregado e empregador precisa sempre de um balanceamento legal. O empregado está, e sempre esteve, em situação vulnerável na relação empregatícia.

Não se construíram e desenvolveram normas protecionistas ao extremo por simples deliberações legislativas, mas sim devido a necessidade de apresentar para a sociedade um modelo que lhes garantisse ao menos um mercado de trabalho digno.

Correto é então concluir que a carga de proteção na legislação trabalhista está justificada no contexto histórico. Isso não se discute.

Mas preservar o protecionismo acentuado, em certo ponto, pode também ser prejudicial para a evolução jurídica da sociedade.

Em tempos de evolução tecnológica, era digital, integração internacional, é preciso que o legislador tenha um termômetro social, para medir as novas modalidades de relações de trabalho e a existência de trabalhadores com maior potencial de decisão sobre sua vida profissional.

Afinal, deve a ciência do direito visar a evolução humana, e não criar uma norma que paralise as negociações e possíveis flexibilizações nas relações de trabalho. É aceitável, sim, que em certos momentos o trabalhador possa tomar decisões, desde que não haja vícios em sua vontade, sobre pena de nulidade das cláusulas com vício em sua autonomia. O protecionismo exacerbado e generalizado a todos os trabalhadores, de forma desenfreada, deixa de ser um mecanismo de defesa, para se tornar um empecilho social. E o direito não pode ignorar a realidade.

O Direito do Trabalho deve sempre proteger o empregado, e considera-lo a parte mais fraca da relação jurídica de emprego, mas não pode impedir a modernização das relações de trabalho.

Dito isso, está certo: é preciso mudar. Contudo, embora exista tal necessidade, isso não significa dizer que a Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, responsável pela Reforma Trabalhista, atendeu a essa demanda de modernização. Não. Certamente que não!

2. Ordem constitucional

Antes de adentrarmos no principal tema proposto, é de boa técnica revisar, ainda que brevemente, algumas passagens das constituições brasileiras.

No tocante aos direitos sociais, a primeira Constituição Brasileira a dar relevante espaço ao assunto foi a de 1934, dando início ao direito do trabalho no âmbito constitucional.

No período do liberalismo, com a regra comum de não intervenção do Estado nas relações de trabalho, não havia possibilidade de um apego maior as questões sociais, especialmente se considerar a proteção das liberdades como uma ordem constitucional da época.

Por isso, somente na norma política de 1934, com grande influência do constitucionalismo mexicano e alemão, foram introduzidas as normas constitucionais de proteção dos trabalhadores, através da chamada ordem econômica e social.

Surge, então, em 1934, a previsão de intervenção do Estado nas relações de trabalho. Além disso, a mesma norma é responsável por implantar o pluralismo sindical naquela época, enquanto as demais constituições fixavam a regra do sindicato único.

Embora não seja a regra atual, naquele tempo, a adoção da pluralidade sindical trouxe uma revolução no direito coletivo do trabalho. Os trabalhadores passaram a constituir maior representatividade, e, por isso, conquistaram maior poder de negociação perante os empregadores.

Certamente que a vigência de citada norma revolucionária não era conveniente para os detentores do poder econômico, por isso, sua vigência durou muito pouco tempo.

Em 1937 é promulgada a nova Constituição, com notório retrocesso para as questões sociais, inclusive revogando o pluralismo sindical, o que prejudicou gravemente o poder de representatividade dos trabalhadores.

Apesar dos reveses, durante o período da norma de 1937, ocorreram conquistas relevantes para o direito do trabalho, como a criação da Justiça do Trabalho, ainda com competência meramente administrativa, e a publicação da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1º de Maio de 1943.

Já em 1946 é promulgada a Constituição do Estado Democrático, restabelecendo importantes preceitos de 1934, especialmente pela consagração do direito de greve, que havia sido retirado da ordem jurídica na carta de 1937. Vale destacar também para a instituição da Justiça do Trabalho como órgão integrante do Poder Judiciário, e não mais um mero órgão administrativo não judicante.

Em 1967, declarando a valorização social do trabalho, logo, mantendo o traço protetivo da norma de 1946, surge uma nova Constituição, introduzindo a previsão fundamental do direito ao fundo de garantia por tempo de serviço.

A Constituição sucessora, de 1988, atualmente em vigor, surge como a “Constituição Social”, pautada pela continuidade na evolução dos direitos sociais, inclusive trazendo em seu bojo uma declaração de direitos fundamentais dos trabalhadores urbanos, rurais e domésticos.

A Carta Política de 1988 reitera importantes textos jurídicos de proteção dos trabalhadores, abordando a dignidade humana como preceito condicionador de todo o ordenamento jurídico trabalhista.

3. Ordem internacional

O Direito Internacional Público classifica organizações internacionais, dentre outras formas, conforme suas peculiaridades e regras para que um Estado seja membro. A Organização das Nações Unidas, por exemplo, é classificada como uma entidade universal e política.

Universal por que não faz qualquer restrição, seja geográfica, política ou cultural, sobre a aceitação, o ingresso de membros no seu corpo, ou seja, qualquer nação do mundo pode fazer parte da ONU. E é política, não de forma partidária, mas por possuir objetivo amplo, de manutenção da paz e segurança no mundo.

O Brasil é um dos 51 membros fundadores da ONU.

Em sua norma mais relevante, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo texto foi consagrado na Constituição Brasileira de 1988, traz importante disposição no artigo XXIII:

1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

Em mesmo sentido a Organização Internacional do Trabalho, que atualmente é uma agência técnica da ONU, possui inúmeras convenções de proteção aos direitos humanos dos trabalhadores, como a Convenção 100, que combate a discriminação salarial, a Convenção 155, que protege a saúde e segurança no ambiente de trabalho, a Convenção 182, relativa à exploração de trabalho infantil, e a mais recente Convenção 190, que combate a violência e o assédio no trabalho.

No sistema brasileiro a exploração de trabalho escravo é crime, por inteligência dos artigos 149, 203 e 207 do Código Penal Brasileiro. Da mesma sorte não assiste a exploração do trabalho infantil, a qual sequer é criminalizada no país.

Há, de fato, um consenso jurídico no Direito Internacional do Trabalho acerca dos direitos humanos trabalhistas, e, por isso, logicamente também dos cuidados de que deve se atentar o legislador nacional ao criar o sistema normativo interno.

De certo, como se verá, a Lei 13.467/2017 atenta contra os tratados internacionais aqui citados, inclusive dentre outros também.

Resta, então, tentar compreender se, em algum contexto, a nova tendência da legislação trabalhista brasileira é de ocorrerem denúncias aos diversos tratados da ONU e da OIT ratificados outrora pelo Congresso.

Caso contrário, a própria Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, ratificada pelo Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009, está em 'xeque' no Brasil, visto que em seu artigo 27 dispõe que "uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado".

4. A reforma trabalhista perante os direitos humanos

Como já elaborado nas linhas anteriores, as relações trabalhistas evoluíram, o mercado de forma geral mudou. O momento é de crescimento de tecnologia, era digital, novas modalidades de contratação de pessoas para prestar serviços, novos modelos de consumidores, e muitos outros aspectos que tornam cada vez mais possível o exercício da livre iniciativa.

Aliado a essas circunstâncias, é preciso que o legislador tenha a sensibilidade de autorizar a modernização das relações de trabalho, porém, sem deixar de garantir uma proteção mínima aos trabalhadores.

Existem aspectos da legislação trabalhista atual que merecem reforma.

Em uma reflexão de hipótese: se, por algum inexplicável acontecimento, o ordenamento jurídico trabalhista brasileiro deixasse de existir, fazendo surgir a necessidade de criação de novas normas, remontaríamos as mesmas leis de antes? De certo que não.

Com sentimento semelhante surge uma nova lei. Uma reforma trabalhista. Porém, com a elaboração de seu texto confiada a legisladores carentes de técnica e conhecimento jurídico, o resultado que se tem é de flagrante retrocesso social.

Cabe alertar. Não há aqui a intenção de elencar todas as afrontas aos direitos fundamentais, e nem muito menos de acusar todo o teor da Lei 13.467/2017 como um retrocesso. O que se pretende é elucidar alguns dos pontos controversos trazidos pela nova norma.

4.1 Equiparação das dispensas individuais, plúrimas e coletivas

Fruto de um direito potestativo, ao empregador, como gestor de suas atividades econômicas, na figura de empregador, é garantida a faculdade de, a qualquer tempo, rescindir imotivadamente os contratos de emprego de seus funcionários, independentemente de aceite do trabalhador.

O sistema legal é acertado neste interim, visto que ao empregador deve ser resguardada sempre a sua livre iniciativa econômica, conforme já dispõem os artigos 1º, IV e 170, “caput”, da Constituição Federal de 1988.

Na mesma esteira, andou bem o legislador quando previu implicações jurídicas aplicadas ao empregador, quando das demissões imotivadas, como a concessão do aviso prévio e o pagamento da multa fundiária do FGTS, além de outras implicações, tendo em vista clara ponderação sobre o princípio da continuidade da relação de emprego.

Deve o Direito do Trabalho criar instrumentos para a diminuição do desemprego involuntário. Assim, ao menos, é a base principiológica da ciência jurídica trabalhista.

Ocorre que, a Lei de Reforma Trabalhista, introduziu o novo artigo 477-A para a CLT, a saber:

As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação. (Brasil, 2017)

Para melhor deslinde, vale brevemente trazer as distinções entre dispensas imotivadas individuais, plúrimas e coletivas.

Por dispensa imotivada individual, em síntese, deve se entender as rescisões de contrato de trabalho sem justa causa, por ato diretivo do empregador que, exercendo seu direito de gestão empresarial, concede ao trabalhador o aviso prévio, o que resulta na rescisão do contrato de trabalho e pagamento das verbas rescisórias previstas em lei.

Demissão coletiva, por sua vez, abrange o desligamento de um número significativo de trabalhadores vinculados ao mesmo empregador, havendo extinção dos cargos desocupados, ou seja, não ocorre a contratação de novos trabalhadores.

Na modalidade plúrima, o desligamento de vários trabalhadores acarreta no surgimento de novas vagas de trabalho.

Orlando Gomes traz explicação de referência para a majoritária doutrina acerca do tema:

A finalidade do empregador ao cometer a dispensa coletiva não é abrir vagas ou diminuir, por certo tempo, o número dos empregados. Seu desígnio é, ao contrário, reduzir definitivamente o quadro de pessoal. Os empregados dispensados não são substituídos, ou porque se tornaram desnecessários ou porque não têm a empresa condição de conservá-los. (GOMES, 1974, p. 38)

Ao contrário da dispensa individual, sem justa causa, as demissões coletivas sempre precisavam de justificativa diretamente vinculada com questões de gestão da empresa empregadora, como por exemplo por razão de terceirização de um determinado setor da empresa. Nesta modalidade de rescisão contratual o desligamento é impessoal em relação aos trabalhadores, e, de modo geral, tem por objetivo melhorar o fim econômico da empresa com a diminuição de despesas com mão de obra.

Já na demissão plúrima, embora vários empregados estejam sendo desligados, cada um possui uma determinação específica que justifica a rescisão contratual, ou seja, as dispensas ocorrem de forma pessoal em relação a cada empregado, e, além disso, o desligamento coletivo gera o surgimento de novas vagas a serem preenchidas.

Repare que, ao contrário da dispensa individual, onde o único que sofre reflexos é o próprio trabalhador, nas modalidades de demissão coletiva e plúrima, há um claro impacto em uma coletividade de pessoas.

Por longo período o mercado de trabalho brasileiro conviveu com uma lacuna na lei acerca das demissões coletivas e plúrimas. Apenas com o advento a Lei 13.467 de 2017, é que o assunto veio a ser tratado pelo legislador.

O então Ministério do Trabalho editou a Portaria 3.218, publicada no Diário Oficial da União em 10 de julho de 1987, regulando o necessário acompanhamento das demissões em massa, inclusive apontando soluções alternativas a serem apresentadas aos empregadores, como por exemplo a redução da jornada de trabalho. Além disso, a portaria também orienta pela fiscalização nas empresas sempre que ocorrerem as demissões coletivas.

Porém, um simples ato ministerial não pode disciplinar matéria reservada à lei complementar, logo, tal portaria não possui força coercitiva, não é uma norma cogente.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 8º, incisos III e VI, prevê o princípio da intervenção sindical nas questões trabalhistas, na “defesa dos direitos e interesses transindividuais, inclusive em questões judiciais ou administrativas” (MARTINEZ, 2017, p. 158).

A jurisprudência brasileira, posicionando sempre uma corrente de interpretação conforme a Constituição, firmou entendimento de que a despedida coletiva não é proibida, mas está sujeita a negociação coletiva.

Nesse particular é obrigatória a referência ao *leading case* da Embraer – Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A. Dissídio Coletivo TST-RODC-309/2009-000-15-00.4. Nos autos do referido processo, a Seção Especializada em Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho assentou a necessidade de prévia negociação coletiva com o sindicato obreiro para a dispensa em massa dos empregados. Se inviável a negociação coletiva, a Alta Corte Trabalhista afirmou cabível o processo judicial de Dissídio Coletivo com o objetivo de regular os efeitos pertinentes. Em sede de recurso extraordinário (RE 647.651/SP), a discussão foi levada à apreciação do STF, que acabou por reconhecer que a questão possuía repercussão geral, pois ultrapassava o interesse subjetivo das partes e se mostrava relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico para outros tantos casos semelhantes. (MARTINEZ, 2017, p. 158)

Seja em posicionamentos do Ministério do Trabalho, na evolução doutrinária majoritária ou mesmo na justiça especializada, o preenchimento da lacuna na lei acerca das demissões em massa, se resolvia na ponderação por princípios fundamentais protetivos dos trabalhadores, cabendo sempre uma análise mais favorável à continuidade das relações de emprego.

Vale acrescentar que até mesmo a Organização Internacional do Trabalho, traz no bojo da Convenção 158 a necessidade de as demissões coletivas somente ocorrerem por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, havendo sempre a negociação coletiva sindical para sua validação.

Tais posicionamentos se sustentam não apenas pela via de princípios jurídicos, mas principalmente sob o ponto de vista da abordagem dos impactos sociais ocasionados pelas demissões coletivas.

É de boa técnica sempre observar que os princípios fundamentais relacionados aos direitos trabalhistas, dotados sempre de uma eficácia horizontal, merecem análises de flexibilização. Pegue-se por exemplo a irredutibilidade de salários, que recebe tratamento de exceção no próprio bojo do texto constitucional.

(...) a Constituição Federal flexibilizou a regra da irredutibilidade salarial, que até então era absoluta, passando a prever a possibilidade de redução do salário mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho. Portanto, embora não seja vedada, a redução do salário é condicionada, dependendo sua validade de negociação coletiva com o sindicato dos trabalhadores. (ROMAR, 2015, p. 370)

Para evitar que ocorram esses desligamentos massificados de pessoas, quando o empregador estiver em instabilidade financeira, é possível, mediante norma sindical, após a necessária negociação, a redução até mesmo de salários,

primando-se pela manutenção dos postos de trabalho, como uma alternativa menos prejudicial do que o desemprego involuntário de um número considerável de pessoas em determinada comunidade.

É preceito de segurança jurídica plena a estabilidade relativa do direito, a sua evolução conforme às necessidades sociais, logo, não seria prudente um sistema estático, que traz uma norma de varejo, pronta e acabada, que não pode ser flexibilizada, desde que no limite do alcance de seu texto expresso e nos impactos da norma constitucional sobre as transformações da norma jurídica.

Desse modo, anteriormente à reforma trabalhista, muitas outras alternativas já eram possíveis para que o empregador evitasse o desligamento de empregados, até mesmo em circunstâncias de instabilidade econômica.

Em caminho contrário, com o advento da Lei 13.467/2017, que incluiu o artigo 477-A ao texto da CLT, o legislador nacional equiparou, para todos os fins, as dispensas, sem justa causa, individuais, plúrimas ou coletivas.

Além disso, o novo artigo também excluiu a necessidade de autorização prévia de normas ou entidades sindicais para a realização das demissões.

Embora a construção jurisprudencial viesse em sentido contrário ao novo texto normativo, após a publicação da lei de reforma trabalhista um novo posicionamento passou a ganhar força entre os Ministros do Tribunal Superior do Trabalho.

Em dezembro de 2017, julgando o Recurso Ordinário 10782-38.2015.5.03.0000, o Pleno do TST decidiu, de forma não unânime, por considerar inadequada a discussão da dispensa coletiva de trabalhadores pela via do dissídio coletivo.

RECURSO ORDINÁRIO – DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA JURÍDICA – INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL ELEITA – DISPENSA EM MASSA

O Dissídio Coletivo não é a via adequada para tratar da dispensa coletiva de trabalhadores, já que não há pedido de interpretação de normas autônomas ou heterônomas específicas da categoria. Hipótese de Dissídio Individual para tutelar interesse concreto do trabalhador. Inteligência do art. 220, II, do RITST e da Orientação Jurisprudencial nº 7 da C. SDC. Recurso Ordinário conhecido e desprovido. (TST NOTÍCIAS, 2017, RO-10782-38.2015.5.03.0000)

Passa, então, o Tribunal Superior Especializado a seguir o texto da CLT, porém, por maioria, havendo ainda Ministros que entendam ser necessária a negociação coletiva.

No julgado em comento, em voto vencido, a Ministra Kátia Arruda destacou, de forma muito coerente, que não se pode deixar de considerar os efeitos econômicos das demissões em massa, lembrando ainda que não se pode admitir um desligamento coletivo arbitrário.

Porém, o novo texto traz claramente a previsão de equiparação entre as demissões individuais, coletivas e plúrimas.

O Ministro Ives Gandra Martins Filho, julgando a Correção Parcial 1000025-44.2018.5.00.0000, apresentou posicionamento de que apenas em situações de abuso por parte do empregador é que podem ocorrer as intervenções sindicais.

Assim, a situação excepcional de abuso afigura-se superlativamente demonstrada, pelo impedimento ao exercício do direito potestativo de dispensa, invocando-se, para se exigir a negociação coletiva prévia com o sindicato em face do número de empregados dispensados, doutrina e decisão judicial superadas tanto pela lei quanto pela própria jurisprudência pacificada do TST. (CONJUR, 2017, Correção Parcial nº 1000025-44.2018.5.00.0000)

Além disso, com a disposição literal do novo texto da CLT, Ives Gandra considera uma insegurança jurídica, um ativismo judicial, a decisão que venha a impedir as demissões em massa sem negociação sindical.

Resta evidente que há um embate de posicionamentos no Tribunal Superior do Trabalho, o que, em certo ponto, é salutar.

Acerca do Ministério Público do Trabalho, de modo geral, o que se tem visto é um posicionamento contrário à reforma trabalhista. No tocante ao assunto ora especificado, relevante decisão liminar foi proferida na Ação Civil Pública 0000343-05.2018.5.09.0126, em julho de 2018, na qual a magistrada da 2ª Vara do Trabalho de Francisco Beltrão impediu a demissão de aproximadamente 600 trabalhadores pela empregadora BRF S.A. e sua subsidiária SHB Comércio e Indústria de Alimentos S.A. (PORTAL MPT NOTÍCIAS, 2018, ACP 0000343-05.2018.5.09.0126).

A ação foi promovida pelo MPT com fundamento no total descaso da empregadora com o impacto social negativo do desligamento em massa. Seguindo a mesma linha de pensamento, a juíza de primeira instância proibiu a realização das demissões, impondo, em caso de descumprimento da decisão, uma pena de multa de R\$ 25 mil por trabalhador atingido.

Pois bem. É fato que os Tribunais Superiores do Brasil invariavelmente apresentam graves divergências. Por vezes nos deparamos com pensamentos discrepantes do sentimento constitucional, do viés social que deve acompanhar a estabilidade relativa do Direito.

A massa assalariada não conhece a lei, não tem informação sobre a Constituição Federal de 1988 e não possui meios acessíveis de receber a devida instrução sobre seus direitos. Este é o cenário do país já há muitos anos, se é que algum dia foi diferente.

4.2 Indenização por danos extrapatrimoniais

A ampla reparação de danos morais e materiais é claramente um direito humano fundamental do indivíduo.

No ordenamento jurídico nacional sempre foi uma tendência o legislador deixar ao crivo do Poder Judiciário a quantificação do dano moral, em vista da necessidade de análise do foro íntimo das partes envolvidas e do alcance do dano no caso concreto, além da necessidade de se atribuir um caráter pedagógico ao valor da condenação.

Ainda assim, ao incluir o artigo 223-G, § 1º, para a legislação consolidada, preferiu o legislador trabalhista elaborar um limitador para a dosimetria do valor dos danos extrapatrimoniais.

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

Repare, então, que o dano moral passou a ter por base o último salário contratual do trabalhador ofendido.

Uma primeira situação logo vem à tona. Supondo um desastre com rejeitos de mineração, um acidente onde ocorra o rompimento da barragem em uma mina vindo a atingir civis e trabalhadores. Com a nova redação dada à CLT, haverá um teto para as indenizações dos trabalhadores. Já para a reparação de danos dos civis, não há no Código Civil Brasileiro qualquer fator limitador, cabendo ao magistrado a análise da extensão dos danos, conforme cada caso. Não há de fazer justiça tal diferenciação de tratamento.

Outra dificuldade é em decorrência da diferenciação de salários nas empresas. Ora, qual será a medida utilizada quando dois funcionários sofrerem os mesmos danos, do mesmo empregador, mas o primeiro possuir um salário contratual de R\$ 1.300,00, enquanto o segundo estiver recebendo mensalmente a quantia de R\$ 8.000,00? A matemática simples, fixada no artigo 223-G, § 1º, claramente resultará em valores notoriamente distintos. Também não parece justo.

O legislador também não excluiu o dano de morte, o que torna o dispositivo em comento ainda mais violador dos direitos humanos.

A tarificação do dano moral, por fim, parece ser violadora das disposições constitucionais, pois claramente o art. 5º, X, do texto fundamental prevê que seriam invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando-se-lhes o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Se a indenização decorre da violação, não há falar-se em tabelas fechadas ou em parâmetros circunscritos. (MARTINEZ, 2017, p. 106)

Em decorrência dos erros técnicos cometidos no texto da norma, foi editada a Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017. Dentre inúmeras outras arestas preenchidas pela MP, o artigo 223-G sofreu importantes modificações, alterando o critério do “último salário contratual do ofendido”, pelo valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, assim, ao menos, o critério seria idêntico para todos os empregados do mesmo empregador.

Além disso, foi acrescentado o § 5º ao artigo 223-G, dispondo que “Os parâmetros estabelecidos no § 1º não se aplicam aos danos extrapatrimoniais decorrentes de morte”.

Menor seria o retrocesso social se a Medida Provisória 808 houvesse sido convertida em lei, porém, sem prazo para reflexão suficiente, não houve votação e a medida perdeu sua vigência 60 dias após sua publicação.

Volta a vigor o teto do salário do ofendido e a ausência de tratamento diferenciado no caso de morte do trabalhador.

4.3 Outros apontamentos

Analizando o novo texto da Consolidação das Leis do Trabalho no Brasil, diversos apontamentos ainda poderiam ser feitos, porém, o objetivo no ensaio desta obra é esclarecer a falta de dever de cuidado e de comprometimento do legislador com os princípios constitucionais do direito do trabalho.

Neste interim, de forma mais simplificada, serão aqui expostos outros retrocessos da nova legislação.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º, consagra a ampla proteção fundamental à maternidade.

Na contramão, a Lei 13.467/2017, introduzindo novo texto ao artigo 394-A da CLT, passa a submeter as empregadas gestantes a trabalhos insalubres, em grau médio ou mínimo, salvo se apresentarem atestado médico que recomende o afastamento durante a gestação.

Através da Ação Direta da Inconstitucionalidade 5938, o Supremo Tribunal Federal julgou, por maioria de votos, inconstitucionais os trechos da reforma trabalhista que exponham gestantes e lactantes ao labor insalubre.

Neste ponto alguma segurança jurídica foi reestabelecida. Com a decisão da Corte Suprema, o artigo 394-A foi declarado inconstitucional na expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”,

Fato é que não deveria ser necessário o exame do STF. Sequer poderia o legislador ter redigido o texto normativo nesses termos.

Também merece menção o § 6º, acrescentado ao artigo 461 da CLT.

§ 6º No caso de comprovada discriminação por motivo de sexo ou etnia, o juízo determinará, além do pagamento das diferenças salariais devidas, multa, em favor do empregado discriminado, no valor de 50% (cinquenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (NR)

O artigo 461 da CLT trata do direito a igualdade salarial, proibindo qualquer discriminação. Como já visto, a Carta de Direitos Humanos da ONU, em seu artigo XXIII, consagra a igualdade salarial.

A Constituição Brasileira, em seu artigo 7º, inciso XXX, proíbe qualquer diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Também o artigo 5º da mesma norma fundamental decreta a igualdade entre todos os indivíduos, sem qualquer distinção.

Assim, embora tenha o legislador criado critérios para a equiparação salarial, entendeu o autor do texto legal, por alguma razão, que a discriminação por sexo ou etnia possui maior gravidade que outras. Resta saber, qual dado estatístico ou fundamento foi utilizado para a questionável conclusão. Também não parece fazer justiça.

Dessa forma, se a norma constitucional veda “*quaisquer outras formas de discriminação*” (vide art. 3º, IV, da Constituição da República) como poderia uma legislação infraconstitucional autorizar apenas algumas delas? Seria possível admitir-se desigualdade salarial fundada em credo? Um católico – pelo simples fato de ser católico – poderia receber mais do que um protestante? A resposta é evidentemente negativa. (MARTINEZ, 2017, p. 138)

Não se pode exigir do legislador um texto insuscetível de erros ou lacunas. É justo que existam imperfeições nos trabalhos do legislativo. Contudo, embora seja louvável a intenção de modernizar as relações de trabalho, não foi esse o resultado na Lei 13.467/2017.

Com tramitação sem diálogo, pouca reflexão acerca das construções da jurisprudência especializada, o Congresso Nacional aprovou um texto que, em boa parte de seus artigos, atenta contra os direitos humanos dos trabalhadores.

5. A Constituição precisa ser útil

É preciso evoluir. O direito deve possuir uma estabilidade relativa, harmonizando a necessidade de progresso e proteção. Garantindo certeza jurídica e segurança jurídica plena.

Cabe ao Poder Público garantir que a sociedade atinja um estado inato de conhecimento da lei. De nada adianta uma Constituição Federal que declare direitos fundamentais, tratados internacionais que fixem direitos humanos a serem afirmados na população, se os administrados, reais destinatários dos direitos, desconhecem as letras das normas jurídicas.

Afinal, qual é o grande obstáculo? O que impede o Estado de inserir no sistema educacional brasileiro o ensino do Direito? Não de toda a ciência do direito, obviamente, mas ao menos dos direitos e garantias fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988. Não há qualquer razão que justifique a omissão do ente público, que não a de não ser conveniente que as pessoas saibam de tudo o que precisariam saber sobre a proteção mínima que o Estado é obrigado a lhes garantir.

Se houvesse informação suficiente, o Brasil teria uma Constituição útil. Mas não convém despertar uma população ferida que está em *transe constitucional* há tantos anos.

Mas a população, um dia, cansada de ver os assuntos nacionais tão mal administrados e pior regidos e que tudo é feito contra sua vontade e os interesses gerais da nação, pode se levantar contra o poder organizado, opondo-lhe sua formidável supremacia, embora desorganizada.

Tenho demonstrado a relação que guardam entre si as duas constituições de um país: essa *constituição real e efetiva*, integralizada pelos fatores reais do poder que regem a sociedade, e essa outra *constituição escrita*, à qual, para distingui-la da primeira, vamos denominar *folha de papel*. (LASSALLE, 2001, p. 23)

Por mais inclusiva que seja a Constituição de 1988, ainda que protetivo seja o Direito do Trabalho, enquanto o Estado não inserir em seu povo a educação e conscientização necessária, não poderá modernizar a legislação, estará logicamente impossibilitado de flexibilizar a ordem jurídica protecionista.

Não haverá, no Brasil, segurança jurídica enquanto o povo continuar alienado acerca do ordenamento jurídico nacional.

Um Estado que governa e legisla sobre quem não o conhece verdadeiramente, não está governando ninguém, a não ser os próprios interesses.

6. Considerações finais

Há um sentimento enraizado, em alguns grupos de pessoas, de que o trabalho enobrece o homem. Expressão antiga, inclusive ainda utilizando o 'homem' para designar ser humano. Mas enobrece em qualquer circunstância? Pouco importando a idade desse trabalhador? A condição específica de dificuldade que cada indivíduo pode possuir não deve ser levada em consideração?

Não são poucas as leis e atos públicos do governo que passam a impressão de que, já há algum tempo, estamos trilhando por um cenário escuro e sombrio.

Negligenciando o próprio convívio social, uma grande parte da população, viciada por um fanatismo político, com ídolos pobres em consciência humanitária, deixa-se levar pela idolatria e não faz uso sequer da própria experiência de vida para refletir se as declarações dadas por seus governantes fizeram parte, em algum momento, de sua formação como ser humano.

Há uma teoria de agendamento aplicada na sociedade, há uma clara alienação de direitos, mas apenas os conhecedores da ciência jurídica possuem tal informação.

Não há segurança jurídica plena no ordenamento jurídico brasileiro. As faculdades praticam um direito de varejo, pronto e acabado, consumido pelos bacharéis de forma fria, sem evolução científica, sem críticas. E assim vai se formando, de forma cada vez mais equivocada e incapaz, a comunidade jurídica, para proteger uma massa que não conhece sequer o artigo 5º constitucional.

Ao que parece, a barreira de direitos fundamentais, criada em 1988, perderá cada vez mais sua força, caindo no esquecimento, e sendo abordada como uma ferramenta de mera conveniência, quando necessário, para iludir a população de eleitores.

A Constituição Federal de 1988 consagra os tratados internacionais de direitos humanos. O Direito do Trabalho possui como alicerce princípios protetivos, considerando o empregado sempre como parte vulnerável do contrato de trabalho. A reforma trabalhista, a pretexto de modernizar – *o que não o faz*, atenta contra a segurança jurídica. O povo brasileiro de nada sabe.

Afinal, o que nos importa mesmo não é a fome que se passa, não é o desemprego, a falta de atendimento médico, não é a violência, mas sim se quem está ganhando o 'jogo' é da direita ou da esquerda.

Referências

BRASIL. *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 27/08/2018.

_____. *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 27/08/2019.

_____. *Decreto nº 3.597, de 12 de setembro de 2000*. Promulga Convenção 182 e a Recomendação 190 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para sua Eliminação, concluídas em Genebra, em 17 de junho de 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3597.htm>. Acesso em 31/7/2019.

_____. *Decreto nº 7.030, de 12 de dezembro de 2009*. Promulga Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em 22/08/2019.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 15. ed. São Paulo: Método, 2018.

GOMES, Orlando. *Dispensa Coletiva na Reestruturação da Empresa: aspectos jurídicos do desemprego tecnológico*. São Paulo: LTr, 1974.

JUSBRASIL.COM.BR. *Correição Parcial nº 1000025-44.2018.5.00.0000*. Decisão proferida em 22/07/2017. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/processos/178642358/processo-n-1000025-4420185000000-do-tst>>. Acesso em 22/08/2019.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MARTINEZ, Luciano. *Reforma Trabalhista – entenda o que mudou: CLT comparada e comentada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Países-membros da ONU*. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/conheca/paises-membros/>>. Acesso em 22/07/2019.

_____. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em 22/07/2019.

ORTEGA, Jesus Garcia; MANTINEZ, Juan M. Ramirez; FRANCO, Tomas Sala. *Curso de Derecho del Trabajo*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.

PORTAL. MPT. NOTÍCIAS. *Empresas não poderão realizar demissão em massa em Francisco Beltrão*. Publicado em: 17/07/2018. Disponível em <http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/23c26d24-6acd-4c11-9c5b-30b352a4cb79>. Acesso em 19/10/2018.

ROMAR, Carla Teresa Martins. *Direito do Trabalho Esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5938*. Decisão proferida em 29/05/2019. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5447065>>. Acesso em 27/08/2019.

TST NOTÍCIAS. *TST considera inadequado dissídio coletivo de sindicato para questionar dispensa em massa*. Publicado em 19/12/2017. Disponível em <http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset_publisher/NGo1/content/id/24495203>. Acesso em 19/10/2018.

5. A EXPRESSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA

Ari Boemer Antunes da Costa

Mestre em Direito

Especialista em direito empresarial, tributário, processual e do consumidor
Professor de direito empresarial, financeiro, tributário e teoria geral do processo
Advogado e procurador jurídico do município de Marília/SP

1. Introdução

Os princípios gerais da ordem econômica estão dispostos no artigo 170 da Constituição Federal. Contudo, constitucionalmente considerada, a ordem econômica não é apenas um dispositivo, é parte de um conjunto unitário, de um sistema, de um sistema móvel que evolui, é o resultado histórico da experiência humana.¹ O dispositivo constitucional é a sua externalidade e que sequer pode ser considerado como necessário,² mas, mesmo existindo, não corresponde à inteira expressão do que deve ser compreendido como ordem econômica.

Daí a conceituação:

Ordem econômica é o plexo normativo, de natureza constitucional, no qual são fixadas a opção por um modelo econômico e a forma como deve se operar a intervenção do Estado no domínio econômico. (MONCADA, 1995, p. 135)

Quer isto dizer que a ordem econômica normativa ou *táxis* – fruto da criação humana que se expressa através das normas -, deve ser compreendida não apenas pelo seu conteúdo, o qual é estático por se tratar de reflexão do momento, mas também, e principalmente, pelas suas finalidades, onde se detecta o seu dinamismo.

De forma elucidativa, a Constituição Federal de 1988, no *caput* do artigo 170, declara que *a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*. Ou seja, erigiu a Carta Magna como valores máximos da ordem econômica o trabalho humano e a livre iniciativa.

O destaque tem por objetivo demonstrar que a ordem econômica à qual se faz referência é a ordem econômica encontrada, indicando *o modo de ser da economia brasileira, a articulação do econômico, como fato, entre nós (isto é, 'ordem*

¹ Quanto à historicidade do ser humano, Luís Cabral de Moncada (1995, p. 7) consigna que “o homem é um ser histórico. É mesmo o único ser histórico que se conhece. A história é, mais que simples sucessão cronológica de factos e acontecimentos coisificados e tornados estranhos ao homem, a própria essência e subsistência da sua vida espiritual. O homem só vive historicamente, e isto deve entender-se com relação a todas as suas formas de actividade espiritual, incluindo o direito e o Estado. Nisto consiste a historicidade”.

² A referência que se faz diz respeito à classificação das constituições quanto à sua forma, podendo elas constituírem-se como escritas – como no caso brasileiro -, e não escritas, como no clássico exemplo da Constituição inglesa. Mas de uma forma ou de outra é pacífico o entendimento de que todo e qualquer grupo organizado tem uma constituição.

*econômica' como conjunto de relações econômicas).*¹ É a forma pela qual a Constituição Federal - ordem normativa -, determina que a ordem econômica encontrada deve fundar-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e lhe atribui como finalidade a dignidade humana.

O que se busca demonstrar, dentro dos limites neste espaço possíveis, é a interação existente entre as ordens encontrada e normativa, constatando-se a ingerência desta na primeira, o que se faz com a finalidade de atingir o fim pretendido, a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República Federativa do Brasil, previsto no inciso III, do artigo 1º da Constituição Federal, é núcleo essencial dos direitos fundamentais.

2. A ordem econômica na Constituição Federal

A ordem jurídica e econômica tal como a Constituição Federal atualmente a determina é fruto histórico, é decorrente do movimento constitucional brasileiro que vem se desenvolvendo desde a Constituição Imperial de 1824. Passou, contudo, a ter relevância jurídica a partir da constituição de 1934, sendo que desde então veio esta esfera em constante sistematização.

A Magna Carta alçou como valores máximos da ordem econômica encontrada o trabalho humano e a livre iniciativa, mas que erigida a dignidade humana como um valor constitucional fundamental há de ser a condição do ser humano a preponderar ao final, é este o fim almejado.

A dignidade da pessoa humana *fundamenta e confere unidade não apenas aos direitos fundamentais – direitos individuais e direitos sociais e econômicos – mas também à organização econômica* (GRAU, 1998, p. 231).

Assim, o artigo 170 da Constituição Federal de 1988 não se detém na equiparação destes dois valores, pois a existência digna tem de ser a do ser humano e não dos integrantes da economia de mercado. O ser humano como pessoa é, desta forma, valorado em um patamar superior ao da livre iniciativa, e para ele é direcionada como fim último a justiça social.

José Afonso da Silva (1999, p. 762) ratifica tal entendimento quando, ao tratar da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa como fundamentos da ordem econômica, menciona que a segunda é um princípio básico da ordem capitalista onde vigora a economia de mercado, mas que a primeira é prioritária.

Há, portanto, de intervir o Estado na economia para nesta hierarquia de valores sufragar o trabalho humano e, por conseguinte, a dignidade da pessoa humana. Denota-se, inclusive, que o trabalho, expressamente um direito social (art. 6º, CF), deve ser compreendido antes de mais nada sob a perspectiva da pessoa e apenas após sob a ótica da ordem econômica.

É de se ver com José Afonso da Silva que:

¹ Eros Roberto Grau (1998, p. 49-50) ressalva que o artigo 173, §5º, faz menção à ordem normativa econômica, ou ordem criada.

...a ordem econômica consubstanciada na Constituição não é senão uma forma econômica capitalista, porque ela se apoia inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa privada (art. 170). (1999, p. 760)

O termo “consubstanciada” significa unida para formar uma substância, ligada, unificada, consolidada (FERREIRA, 1999, p. 537), o que implica concluir que a ordem constitucional econômica – mundo do dever ser, é a institucionalização jurídica da ordem econômica – mundo do ser.

A par da opção capitalista que faz, verifica-se que a Constituição faz medrar a intervenção do Estado na economia, tanto que determina os princípios pelos quais deve primar a ordem econômica nos incisos do artigo 170, além de um vasto espectro de condições pelas quais deve haver intervenção estatal.

Reitera-se que o agir estatal não deve – e não pode – ter por fim último a ordem econômica. É esta, pode-se dizer, um fim-meio, vez que não se basta em si própria, mas almeja como fim-último, a dignidade da pessoa humana.

Neste quadro emerge então a questão de que se o Estado liberal não deveria intervir nas relações econômicas, qual é o Estado que na atualidade se delinea? A resposta: o Estado Social.

Na expressão de Eros Roberto Grau, ao Estado que antes incumbia apenas *a função de produção do direito e segurança* (2001, p. 14), no século XX passa por uma verdadeira mutação dentro do sistema capitalista, cumulando àquelas atribuições primeiras para se tornar intervencionista na ordem econômica encontrada.

Importa sempre, quando se menciona a transformação do Estado de liberal para social, deixar consignado que esta atuação sempre existiu, o caráter da mutação vem nas motivações e respectivos instrumentos de efetividade que o levam, o Estado, a funcionar como agente *de implementação de políticas públicas* (GRAU, 2001, p. 14).

A implementação das políticas públicas não é, contudo, restrita ao Estado, apesar de ser este o seu principal executor, podem e devem ser desenvolvidas também por organizações não governamentais e empresas. Muitas vezes estas as implementam e desenvolvem com resultados mais satisfatórios que o Estado (LI-MA JUNIOR, 2001, p. 132).

Estas motivações decorrem das imperfeições do liberalismo econômico, demonstrando que os mercados não tinham, como de fato ainda não têm, aptidão para a auto regulação. Houve verdadeira contraposição entre a idealização de liberdade, igualdade e fraternidade e a realidade do poder econômico (GRAU, 2001, p. 15).

Destarte, Eros Roberto Grau deixa bem evidenciado que a imperfeição do liberalismo econômico decorreu da supressão do domínio da tradição (transmissão) pela hegemonia (preponderância) do capital. Tal condição fez com que a propriedade se convertesse em um título de domínio sobre as pessoas e o princípio do livre mercado fosse então entendido como a total ausência de princípios. Decorre ainda em um princípio da igualdade de existência apenas formal e uma tão propa-

lada fraternidade incompatível com a exacerbação do egoísmo e a competição da atividade econômica.

Por força de tão contumazes condições, para as quais não se mostrou o Estado Liberal apto a dirimir, surge o Estado regulador da economia.

Ocorre, desta forma, com o Estado Social uma alteração prismática, passa o desenvolvimento a se tornar um ideal social resultante de um processo de acumulação de capital sob os moldes capitalistas, mas é o Estado o supridor das deficiências que o sistema possa apresentar.

Age, portanto, o Estado como agente de implementação de políticas públicas, o que o fortalece, mas *não conduz à substituição ou transição do sistema capitalista por outro* (GRAU, 2001, p. 28).

A Constituição de 1988 insere-se nos moldes delineados, caracterizando-se como dirigente, constituindo-se em um conjunto de diretrizes, programas e fins que devem ser realizados pelo Estado e pela sociedade. Pretende-se, nesta tópica, fazer a implantação de uma nova ordem econômica, o que se dá a partir, mas não exclusivamente, do artigo 170.

Como não poderia deixar de ser, a dignidade da pessoa humana, como fundamento (artigo 1º, III) e posicionada ao lado do direito à vida, é núcleo essencial dos direitos humanos, e é, assim, o fim almejado pela ordem econômica (artigo 170, caput). Importando a ressalva alhures realizada de que a ordem econômica referida no artigo 170, caput, é a concreta ou encontrada.

Da mesma forma, sendo os valores sociais do trabalho (considerado um princípio constitucional conformado) e da livre iniciativa fundamentos da Constituição brasileira (artigo 1º, IV), haverão obrigatoriamente de o ser da ordem econômica (artigo 170, caput).

Por ser a livre iniciativa um dos pilares do Estado Liberal, expressão da liberdade, pode-se questionar se não há antinomia desta com os valores sociais. Neste sentido, elucidativo Manoel Jorge e Silva Neto:

O princípio da livre iniciativa está complementado na Constituição pelo princípio da liberdade – matriz (ou liberdade de ação), previsto no art. 5º, II (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”), o que nos leva a considerar que a liberdade de atuação na economia é apenas uma das porções da garantia fundamental, porquanto pode reconduzir, inclusive, à escolha de uma profissão pelo trabalhador. (2001, p. 96)

Não há, portanto, antinomia, mas sim uma necessária complementação.

Há ainda que se trazer à redução das desigualdades regionais e sociais que como princípio da ordem econômica (artigo 170, VII), busca um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3º, III).

Não há de se ver, ainda que não existente uma correlação direta através de dispositivos como nos casos anteriores, que não haverá que se falar em uma ordem econômica que não objetive a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I); que não garanta o desenvolvimento nacional (artigo 3º, II).

E todas estas conformações devem ainda observar a liberdade de associação profissional ou sindical (artigo 8º), a garantia do direito de greve (artigo 9º) e a integração do mercado interno ao patrimônio social (artigo 219).

Há ainda princípios formalmente acolhidos pela ordem econômica nos incisos do artigo 170, que são a soberania social, a propriedade e a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego, o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte e a livre concorrência.

O tratamento dado à livre iniciativa, a qual é fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, IV), e princípio da ordem econômica (artigo 170, caput), princípio político constitucionalmente conformador, é consequente do desdobramento da liberdade, devendo ser tomada como um valor social, o qual erige o trabalho humano acima de todos os demais valores da economia de mercado.

Nesta conformação constitucional estão, portanto, o valor social do trabalho e o valor social da livre iniciativa como fundamentos da República Federativa do Brasil, sendo que a ordem econômica neste diapasão deve ter estes mesmos fundamentos.

Diante desta delineação da ordem econômica instituída pela Constituição Federal de 1988, constata-se a adoção pelo constituinte do modelo de Estado Social.

O Estado Social é caracterizado pelo alargamento do papel jurídico do Estado para *“todas as esferas de actividade, com destaque para a economia e a sua actividade assumiu finalidades próprias, distintas das dos indivíduos”* (MONCADA, 2000, p. 24).

Neste compasso, conforme Luís S. de Cabral Moncada:

A actividade económica deixou de ser mais um sector indiferenciado da actividade privada geral para passar a ser objecto específico da actividade conformadora dos poderes públicos, e do mesmo passo a ciência económica deixa de ter por objecto o simples estudo do comportamento (económico) do indivíduo e passa a abranger também o estado. (2000, p. 24-25)

A ampliação do objeto de estudo da ciência econômica – a economia –, fica, desta forma, incontestada, uma vez que decorre em mais um componente que vem a interferir na ordem econômica concreta e que, portanto, deve ser ao lado dos componentes do mercado objeto daquela ciência.

Destarte, nas diretrizes traçadas por Moncada, a consolidação do Estado Social traz significantes reflexos quanto a distinção:

Entre direito público e direito privado e a funcionalização crescente da economia privada à vontade dos poderes públicos bem como o papel positivo da norma jurídica na conformação da vida econômica e social. (2000, p. 25)

A aproximação entre direito público e privado fica certa em razão de que, pelas finalidades atribuídas ao Estado Social, não há um âmbito privado estanque, amorfo pela sua atuação.

Quase que como um consectário da supressão das barreiras entre o direito público e o direito privado, surge a imposição da vontade do Estado nas relações individuais para a solução dos conflitos. É a submissão do interesse individual às novas finalidades que foram atribuídas ao Estado. No Estado Liberal tinha-se a vontade do indivíduo em sobreposição, no Estado Social, em decorrência dos objetivos que lhe foram atribuídos, a sua vontade prepondera sobre as daqueles.

Por derradeiro, se quebradas as barreiras entre o direito público e o direito privado, por força de uma atuação estatal imposta pelos fins que devem ser alcançados, certo fica que as normas assumem conteúdo econômico e social.

3. Considerações finais

Sem a pretensão de esgotar o tema, mas de abrir porta a maiores considerações, se constata a existência de duas ordens econômicas, uma correspondente ao mundo do ser, elemento da realidade, e outra do dever ser, elemento normativo. A ordem econômica normativa é decorrência da ordem concreta, fruto de valorização constitucional.

E a Constituição, tal como conhecida contemporaneamente, carrega em si a pretensão e a finalidade de um Estado Constitucional Democrático de Direito. Para a manutenção deste status a que se alçou e que se pretende atingir, carrega em seu bojo os princípios constitucionais que lhe fortalecem para o cumprimento deste desiderato.

A ordem normativa institucionaliza as liberdades através do princípio da livre iniciativa – art. 1º, IV –, este compreendido em toda a sua expressão como princípio da liberdade de iniciativa de ação, corolário da liberdade de ação limitada pelo princípio da legalidade, contidos no artigo 5º, II.

Ao Estado, detentor do poder-garantia dos valores sociais, é atribuída a função de determinar as regras que regem a competição entre os agentes econômicos no mercado. É a consolidação de um Estado Social.

Contudo, a perspectiva de maior alcance do Estado Social não é intervir na ordem econômica pelo mercado (fim-meio), mas sim trazer à realidade o princípio ou o valor fundamental da dignidade da pessoa humana, o seu fim-último.

Referências

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto. *Os direitos humanos, econômicos, sociais e culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MONCADA, Luís Cabral de. *Filosofia do direito e do estado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1995.

_____. *Direito econômico*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: LTr, 2001.

6. A EDUCAÇÃO SUPERIOR COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Maria Cláudia Zaratini Maia

Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino – ITE/Bauru
Doutoranda em Educação pela Universidade Federal de São Carlos
Professora das Faculdades Integradas de Bauru- FIB
Advogada

1. Introdução

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Estado Brasileiro assumiu compromisso com o direito à educação pública, gratuita e de qualidade, para todos. E, além de assegurar o direito à educação em âmbito interno, por meio da Constituição Federal, o Brasil é signatário de diversos documentos internacionais em que se comprometeu com o direito à educação, em todas as etapas do ensino.

A Constituição Federal deu especial importância aos direitos humanos ao prever, no artigo 5º § 3º que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, se aprovados em quórum especial serão equivalentes às emendas constitucionais, e, também estabeleceu como princípio, nas suas relações internacionais, a “prevalência dos direitos humanos” (artigo 4º, II).

O Brasil tem uma dívida histórica com sua população quanto ao acesso ao ensino superior, primeiro porque a educação é um direito recente no Brasil, pois somente a partir da Constituição Federal de 1934 é que a educação passa a ser um direito (MAIA, 2011) e, entre avanços e retrocessos nas Constituições posteriores, somente nas últimas décadas é que foi universalizado o ensino fundamental, oportunizando o acesso a esta etapa do ensino a praticamente todos os brasileiros em idade entre 6 e 14 anos¹. Mas, ainda há um grande desafio para a concretização do direito à educação quanto à etapa do ensino médio e em especial, ao ensino superior.

Quanto à Educação Superior, o Brasil tem um dos índices mais baixos de acesso a tal nível de ensino comparado a outros países da América Latina e foi o último a criar universidade², também considerando a América Latina.

Assim, neste trabalho, pretendemos analisar o direito à educação superior, considerado como o direito ao acesso e permanência a esta etapa de ensino, como um direito humano fundamental, em face dos compromissos assumidos pelo Estado Brasileiro em documentos internacionais e também pela Constituição Federal. Esclarecemos que daremos ênfase, quanto à análise dos documentos internacionais, àqueles mais recentes que abordam especificamente a educação superior e a consideram direito humano, quais sejam, a Declaração Mundial sobre Educação

¹ O acesso aos anos iniciais está universalizado, de acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2017, do IBGE. Nessa etapa, o atendimento escolar é de 99,2% da população com a faixa etária adequada: de 6 a 14 anos. Disponível em: http://portal.inep.gov.br/artigo/-/asset_publisher/B4AQV9zFY7Bv/content/dados-do-censo-escolar-ensino-fundamental-brasileiro-tem-quase-duas-escolas-de-anos-iniciais-para-cada-escola-de-anos-finais/21206 Acesso em 02-08-2019.

² Santo Domingo (República Dominicana) em 1538, México (México) em 1551, San Marcos, Lima (Peru) em 1551, San Tomás, Bogotá (Colômbia) em 1580, San Fulgêncio, Quito (Equador) em 1586, Cuzco (Peru) em 1597 e 1934 Universidade de São Paulo, no Brasil (TAGLIAVINI e TAGLIAVINI, 2017).

Superior no Século XXI, de 1998 e as Conferências Regionais de Educação Superior na América Latina e Caribe, que aconteceram nos anos de 2008 e 2018.

2. Educação superior na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988, promulgada em momento de redemocratização do país, e estabeleceu que a República Brasileira constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como um de seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana e como objetivos a construção de uma sociedade justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como o objetivo de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 4º e incisos).

Esses objetivos constitucionais não poderão ser atingidos se a população brasileira não puder concretizar seus direitos sociais, em especial o direito à educação, tendo acesso a todas as etapas de ensino, incluindo a educação superior.

A Assembleia Constituinte de 1988 contou com a participação de distintos setores da sociedade civil, mobilizados para garantir direitos e assim ocorreu também com a educação, que se consolidou na Constituição Federal de 1988 como direito social, no artigo 6º e teve capítulo próprio para tratá-la, nos artigos 205 a 214, prevendo-a como direito de todos e dever do Estado.

Nina Beatriz Stocco Ranieri afirma que o direito à educação apresenta características jurídicas próprias, diferentes dos demais direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, na medida em que a educação: “é direito fundamental social, é direito individual e também direito difuso e coletivo, de concepção regida pelo conceito de dignidade humana” (RANIERI, 2013, p. 55).

Assim, destinada a assegurar a dignidade humana e com objetivos de desenvolver o “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (artigo 205, CF, 1988) a educação brasileira está dividida em educação básica, que é composta pelo ensino infantil, fundamental e médio, etapa de educação obrigatória, conforme artigo 208, I, e a educação superior.

A etapa superior da educação também está garantida como direito na Constituição Federal de 1988, conforme artigo 208, inciso V, que assegura o “acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um” (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal ainda prevê que “as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”, conforme redação do artigo 207 (BRASIL, 1988).

A educação superior é destinada à formação profissional para as diferentes áreas, para a pesquisa científica e criação cultural, imprescindíveis para o aumento do patamar civilizatório da sociedade, na medida em que proporciona o acesso, nos níveis mais elevados, aos conhecimentos já produzidos pela humanidade e possibilita o desenvolvimento de tecnologias e conhecimentos indispensáveis para o desenvolvimento da sociedade.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei n 9.394 de 20 de dezembro de 1996, define que a educação superior é importante para o desenvolvimento do país e que tem por finalidade:

Art. 43. A educação superior tem por finalidade:

I - estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo;

II - formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua;

III - incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura, e, desse modo, desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive;

IV - promover a divulgação de conhecimentos culturais, científicos e técnicos que constituem patrimônio da humanidade e comunicar o saber através do ensino, de publicações ou de outras formas de comunicação;

V - suscitar o desejo permanente de aperfeiçoamento cultural e profissional e possibilitar a correspondente concretização, integrando os conhecimentos que vão sendo adquiridos numa estrutura intelectual sistematizadora do conhecimento de cada geração;

VI - estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente, em particular os nacionais e regionais, prestar serviços especializados à comunidade e estabelecer com esta uma relação de reciprocidade;

VII - promover a extensão, aberta à participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição.

VIII - atuar em favor da universalização e do aprimoramento da educação básica, mediante a formação e a capacitação de profissionais, a realização de pesquisas pedagógicas e o desenvolvimento de atividades de extensão que aproximem os dois níveis escolares. (BRASIL, 1996)

Esta etapa de ensino está condicionada ao mérito pessoal para ser acessada. Assim, mesmo sendo prevista como direito do cidadão e dever do Estado, não está assegurada a todos, pois a própria Constituição Federal de 1988 limita o ingresso na educação superior “segundo a capacidade de cada um”, com nítido caráter excludente. Sabendo-se que a educação básica oferecida à população não é única, não são todas as escolas da educação básica que tem estrutura suficiente para preparar para os concorridos processos seletivos das universidades públicas.

O mecanismo de disputa para avaliar a “capacidade de cada um” é injusto porque possibilita a aprovação dos estudantes que tiveram acesso à educação básica de qualidade e exclui aqueles que não tiveram. Catani e Oliveira chamam a atenção para o caráter elitista do ensino superior no Brasil, em limitar o dever do Estado com esta modalidade de educação conforme a capacidade de cada um:

Nesse caso, só chegariam aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística os sujeitos dotados de faculdade e inteligência superiores. A própria noção de educação superior como algo acima do que é básico, ou seja, do que pode ou deve ser para todos, corrobora essa concepção elitista de educação e faculta usos ideológicos os mais diversos, tais como a dicotomia educação básica - educação superior, a priorização dos fundos públicos para o ensino que é considerado básico, a privatização da educação superior por diferentes meios, a realização da pesquisa apenas em espaços privilegiados de excelência, dentre outros. (CATANI, OLIVEIRA, 2007, p. 75)

Apesar dos avanços que já se obteve para garantia do direito à educação superior, com programas como Prouni¹, Financiamento Estudantil (FIES), expansão de vagas em universidades públicas e também políticas de ações afirmativas, como cotas para ingresso de população indígena, população afrodescendente e estudantes oriundos de escolas públicas, a limitação do ingresso dependendo da capacidade pessoal ainda é uma crítica que se faz à possibilidade de acesso, pois inviabiliza o ingresso de setores mais vulneráveis da sociedade.

E, para concretizar o direito à educação superior são necessários investimentos públicos e políticas públicas e, para que essas políticas públicas não dependam do alvedrio de diferentes governos, mas sejam políticas de Estado, a Constituição previu também a vinculação orçamentária (artigo 212) e a necessidade da elaboração de planos decenais para definir objetivos, metas e estratégias para a concretização do direito, bem como o estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto, conforme dispõe o artigo 214, com redação da Emenda Constitucional 59 de 2009:

Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a:

- I - erradicação do analfabetismo;
- II - universalização do atendimento escolar;
- III - melhoria da qualidade do ensino;
- IV - formação para o trabalho;
- V - promoção humanística, científica e tecnológica do País.
- VI - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto.

E, apesar da expansão de vagas do ensino superior na última década, é certo que o Estado Brasileiro ainda encontra desafios quanto a esta etapa de ensino, porque uma das metas estabelecidas no último Plano Nacional de Educação, Lei

¹ PROUNI – Programa Universidade para Todos. PROUNI é a sigla do programa do governo federal que concede bolsas de estudos que podem ser parciais (50%) ou total (100%) para alunos matriculados em IES particulares.

nº 10.172, de 9 de janeiro de 2001, de oferecer educação superior a 30% da população com faixa etária entre 18 a 24 anos, sequer chegou próximo de ser atingida, conforme trataremos a seguir, evidenciando a ausência de concretização deste direito.

3. Educação superior em documentos internacionais

O Sistema de Proteção de Direitos Humanos, inaugurado com a criação da Organização das Nações Unidas em 1945 e que tem por base a Carta Internacional de Direitos Humanos, composta pela Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) e seus dois Protocolos Opcionais e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e seu Protocolo Opcional, trazem previsão específica de garantia de direito à educação.

A Organização das Nações Unidas possui agência especializada para tratar da educação, que é a UNESCO – Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura. Neste trabalho, abordaremos, como tratamos da educação superior, à Declaração Mundial sobre a Educação Superior no Século XXI, assinada em Paris, em 1998, por ocasião da realização da Conferência Mundial Sobre Educação Superior, promovida pela Unesco e também às Conferências Regionais de Educação Superior na América Latina e Caribe, ocorridas em 2008, na Colômbia e 2018, na Argentina.

No documento “Declaração Mundial sobre Educação Superior no Século XXI: Visão e Ação” (DECLARAÇÃO, 1998), a educação superior é compreendida como o nível educacional responsável pelos estudos, pelo treinamento e pela formação para a pesquisa, oferecido por universidades ou outras instituições de nível pós-secundário, aprovadas pelo Estado. Nesse sentido, a educação superior é entendida como o local para formação de indivíduos, de forma crítica, para que contribuam para o desenvolvimento sustentável de um país para a cultura da paz.

Os documentos internacionais, quanto à educação superior, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, preveem que o acesso a tal etapa de ensino depende do mérito, conforme primeira parte de seu artigo 26:

Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, **bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.** (ONU, 1948) (destacamos) (DUDH, 1948)

O mérito para acesso ao ensino superior também é mencionado na Declaração de 1998, mas há destaque para que o acesso seja facilitado a grupos específicos, como indígenas, minorias culturais ou outros grupos menos favorecidos e também fortalecimento e promoção do acesso às mulheres.

A crítica que se faz a exigência do mérito para o ingresso no ensino superior, como já afirmado anteriormente, é que as pessoas não têm acesso, no decorrer de sua vida, às mesmas condições sociais e isso implicará em diferentes graus de desenvolvimento de habilidades e de capacidades, que podem impactar em sua possibilidade de concorrer com igualdade de condições para avaliar o “mérito” de cada um.

Catani e Oliveira ao analisarem os documentos internacionais que tratam do acesso à educação superior, também criticam o condicionamento à capacidade individual para o acesso a esta etapa de ensino:

Nesse princípio, o mérito ou capacidade individual é o fundamento básico para *igualdade de acesso* à educação superior. Verifica-se, portanto, que há um claro reforço da ideia liberal dos dons, talentos e capacidades naturais, e que pese a orientação democrática da Unesco. É preciso lembrar, com Rousseau, que a *causa da desigualdade entre os homens* é uma construção social e que, portanto, as capacidades individuais são parte desse processo. Nem tudo pode ser considerado fruto das desigualdades físicas e naturais, um dote de nascença ou uma doação divina. (CATANI e OLIVEIRA, 2002, p. 78)

E, a dificuldade de expansão de acesso de jovens ao ensino superior, diante do condicionamento do acesso ao ensino superior segundo à capacidade individual, aponta como desafios a garantia a igualdade de condições de ingresso e no decorrer dos estudos, e também as dificuldades causadas pela limitação financeira da educação pelo Estado.

Aponta ainda que, mesmo com o avanço significativo no número de matrículas na educação superior, em nível mundial, há uma grande disparidade entre os países industrialmente desenvolvidos, países em desenvolvimento e países pobres, quanto ao acesso a recursos para o ensino superior e pesquisa.

Nesse sentido, a Declaração elenca em seus 17 artigos as missões e funções e, a visão e ação no tocante à educação superior, destacando nos dez primeiros as missões e funções, que entendemos importante descrever:

Artigo 1º a missão de educar, formar e realizar pesquisas;

Artigo 2º função ética, autonomia, responsabilidade e função preventiva;

Artigo 3º igualdade de acesso;

Artigo 4º fortalecimento da participação e promoção do acesso às mulheres;

Artigo 5º promoção do saber mediante a pesquisa na ciência, na arte e nas ciências humanas e a divulgação de seus resultados;

Artigo 6º orientação de longo prazo baseada na relevância da educação superior;

Artigo 7º reforçar a cooperação com o mundo do trabalho, analisar e prevenir as necessidades da sociedade;

Artigo 8º diversificação como forma de ampliar a igualdade de oportunidades;

Artigo 9º aproximações educacionais inovadoras: pensamento crítico e criatividade;

Artigo 10º pessoal de educação superior e estudantes como agentes principais;

E, nos seguintes, a visão e ação para com a educação superior:

Artigo 11 – Avaliação de qualidade;

Artigo 12 – O potencial e o desafio da tecnologia;

Artigo 13 – Reforçar a gestão e o financiamento da educação superior;

Artigo 14 – O financiamento da educação superior como serviço público;

Artigo 15 – Compartilhar os conhecimentos teóricos e práticos entre países e continentes;

Artigo 16 – Da perda de quadros ao ganho de talentos científicos;

Artigo 17 – Parcerias e Alianças.

Assim, a Declaração de 1998 aponta compromissos no sentido de que a educação superior é um direito e um dever do poder público, que deve financiá-la, que seu acesso deve ser democratizado, inclusive às mulheres e que deve contribuir para o desenvolvimento cultural e socioeconômico de indivíduos, comunidades e nações.

Após dez anos da Conferência Mundial de Educação Superior em que foi elaborada a Declaração acima descrita, no ano de 2008, foi realizada, na Colômbia, a Conferência Regional de Educação Superior na América Latina e no Caribe (CRES), com apoio institucional do Instituto Internacional da Unesco para Educação Superior na América Latina e com a colaboração do governo do Brasil, dentre outros, e reconheceu-se a educação superior como um **bem público social, um direito humano e universal e um dever do Estado** (CRES, 2008).

E, no contexto de uma sociedade do conhecimento, tecnológica, a educação superior tem um papel: “[...] imprescindível para o avanço social, a geração de riqueza, o fortalecimento das identidades culturais, a coesão social, a luta contra a pobreza e a fome, a prevenção da mudança climática e a crise energética, assim como para a promoção de uma cultura de paz” (CRES, 2008).

Pela Declaração, os Estados têm o compromisso e o dever fundamental de garantir o direito à educação superior na medida em que o “[...] caráter público e social se reafirma à medida que o acesso à mesma seja um direito real de todos os cidadãos e cidadãs” (CRES, 2008).

A Declaração da Conferência Regional de Educação Superior para América Latina e Caribe reafirma ainda a importância da liberdade e autonomia acadêmicas, já que a liberdade acadêmica é um direito e “uma condição necessária para o trabalho acadêmico com liberdade [...]” e a autonomia implica “[...] um compromisso social e ambos devem necessariamente caminhar juntos”. Prevê ainda a necessidade de participação das comunidades acadêmicas na gestão, com a participação dos estudantes (CRES, 2008).

Como direito e bem público social a educação não deve ser objeto de mercantilização e privatização e, a tendência de redução de investimentos do Estado deve ser revertida:

[...] É fundamental reverter esta tendência de tal forma que os governos da América Latina e do Caribe garantam o financiamento adequado das instituições de Ensino Superior pública e que estas respondam com uma gestão transparente. A Educação não pode, de modo algum, reger-se por regulamentos e instituições com fins comerciais, nem pela lógica do mercado. (CRES, 2008)

A Declaração adverte ainda sobre os perigos que a educação como “serviço comercial” e essa configuração deve ser rejeitada pelos países da América Latina e Caribe.

Quanto aos valores sociais e humanos da Educação Superior, destaca a responsabilidade das instituições de Educação Superior com a transmissão, distribuição e utilização do conhecimento, bem como seu caráter humanista, que deve ser capaz de proporcionar formação integral, com responsabilidade ética, social e ambiental, promover o respeito e a defesa dos direitos humanos:

[...] incluindo o combate a toda forma de discriminação, opressão e dominação; a luta pela igualdade, a justiça social e a equidade de gênero; a defesa e o enriquecimento de nossos patrimônios culturais e ambientais; a segurança e a soberania alimentar e a erradicação da fome e da pobreza; o diálogo intercultural com pleno respeito pelas identidades; a promoção de uma cultura de paz, tanto quanto a unidade latino-americana e caribenha e a cooperação com os povos do Mundo. (CRES, 2008)

E, para garantir que a educação superior se concretize como direito, o acesso e permanência em condições de igualdade para todos:

Em vista da complexidade das demandas da sociedade para a Educação Superior, as instituições devem crescer com o horizonte da diversidade, flexibilidade e articulação. Isso é particularmente importante para garantir o acesso e permanência em condições equitativas e com qualidade para todos e todas, é imprescindível, portanto, para integrar à Educação Superior setores sociais como os trabalhadores, os pobres, aqueles que vivem em lugares afastados dos principais centros urbanos, as populações indígenas e afro-descendentes, pessoas portadoras de necessidades especiais, migrantes, refugiados, pessoas em regime de privação de liberdade e outras populações carentes e vulneráveis. (CRES, 2008)

Assim, o compromisso assumido pelo Estado Brasileiro por meio da Declaração, é garantir que a educação superior seja um direito da população e uma obrigação do Estado e que, apesar da avaliação do mérito para o ingresso, deve ser garantido o acesso e permanência de populações historicamente excluídas.

Dez anos após a realização da II Conferência, foi realizada a III Conferência Regional de Educação Superior para a América Latina e o Caribe, realizada em Córdoba, na Argentina em 14 de junho de 2018, e em sua Declaração, ratifica os acordos alcançados nas Declarações da Reunião da Havana (Cuba) 1996, na Conferência Mundial de Educação Superior de Paris (França) de 1998 e na Conferência Regional de Educação Superior em Cartagena das Índias (Colômbia) em 2008 e reafirma o postulado da **Educação Superior como um bem público social, um direito humano e universal, e um dever dos Estados**. E, que o:

[...] acesso, o uso e a democratização do conhecimento é um bem social, coletivo e estratégico, essencial para poder garantir os direitos humanos básicos para o bem-estar dos nossos povos, a construção de uma cidadania plena, a emancipação social e a integração social regional solidária latino-americana e caribenha [...]. (CRES, 2018)

Reivindica a autonomia que permita à universidade exercer seu papel crítico perante a sociedade sem “[...] limites impostos por governos da hora, crenças religiosas, mercado ou interesses particulares”.

Chama atenção ainda, para o fato de que uma grande parte da população latino-americana não tem acesso a direitos sociais, como emprego, saúde, água potável e educação e “Em pleno Século XXI, milhares de crianças, jovens, adultos e idosos estão excluídos do atual progresso social, cultural, econômico e tecnológico” e que para muitas comunidades continuam não tendo acesso à educação superior, que segue sendo um privilégio e não um direito (CRES, 2018).

A seguir trata dos seguintes eixos temáticos: “o papel estratégico da educação superior no desenvolvimento sustentável da América Latina e Caribe”; “a educação superior como parte do sistema educativo da América Latina e Caribe; educação superior, internacionalização e integração da América Latina e do Caribe; educação superior, diversidade cultural e interculturalidade; o papel da Educação Superior com vista aos desafios sociais da América Latina e do Caribe; a pesquisa científica e tecnológica e a inovação como motores do desenvolvimento humano, social e econômico para a América Latina e Caribe”, que não temos espaço, neste trabalho, para aprofundar cada um destes temas.

A Declaração propõe, ao final, a “[...] cobertura universal para todos os jovens entre 18 e 23 anos. Devem ser revisados os sistemas de acesso e estabelecer-se políticas de ações afirmativas baseadas em gênero, etnia, classe e deficiência, para ampliar a inclusão social” (CRES, 2018).

Neste sentido, há o compromisso para que a Educação Superior seja reconhecida e efetivada como direito humano, e um dever do Estado, para que todos tenham acesso aos conhecimentos científicos e tecnológicos desenvolvidos pela humanidade e que contribua para o desenvolvimento com justiça social e redução das desigualdades na América Latina.

4. Educação superior como direito humano fundamental

A educação superior, além de direito social, é um direito humano fundamental, tanto pela previsão constitucional quanto pelo conteúdo dos documentos internacionais em que o Brasil assumiu compromissos. Como um direito, deve ser assegurado pelo Estado e para tanto, devem ser investidos recursos públicos para proporcionar o acesso e a permanência dos jovens no ensino superior.

Os direitos sociais dependem de políticas públicas para sua concretização e as políticas públicas, conforme definição de Maria Paula Dallari Bucci, são [...] programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (2006, p. 38).

A Constituição Federal autoriza, no artigo 209, que a educação superior também possa ser oferecida pela iniciativa privada, respeitando o princípio da livre iniciativa constitucional, mas esta oferta está condicionada ao cumprimento das normas gerais da educação nacional e à autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público. Assim, o Estado deve garantir que somente instituições comprometidas com a qualidade do ensino possam oferecer esse serviço público, porque o compromisso brasileiro é de que a educação não é um mero negócio comercial.

As instituições de educação superior podem oferecer cursos de graduação, pós-graduação, sequenciais e de extensão e podem organizar-se como universidades, centros universitários e faculdades, conforme artigo 15 do Decreto 9.235 de 16 de dezembro de 2017 (BRASIL, 2017). As instituições privadas credenciam-se inicialmente como faculdade e são reguladas, supervisionadas e avaliadas pelo Sistema Federal de Ensino.

Conforme dados do Censo da Educação Superior de 2017, divulgados pelo Instituto Anísio Teixeira (INEP) naquele ano o Brasil tinha 296 Instituições de Educação Superior (IES) públicas e 2.152 privadas, o que significa que as instituições privadas representam a maioria, com 87,9% da rede (INEP, 2018).

Ainda, segundo dados do mesmo Censo, a população na faixa etária de 18 a 24 anos que estava no ensino superior era de 19,7% (INEP, 2018)

A meta do primeiro Plano Nacional de Educação (PNE), 2001-2009, Lei n 10.172/2001, para o ensino superior, era a oferta da educação superior para pelo menos 30% na faixa etária de 18 a 24 anos; ampliar a oferta de ensino público, de modo a assegurar uma proporção nunca inferior a 40% do total das vagas.

O diagnóstico, por ocasião da elaboração do PNE 2001-2009, quanto à educação superior, já demonstrava que o Brasil apresentava um dos índices mais baixos da América Latina quanto ao acesso ao ensino superior para a faixa etária de 18 a 24 anos.

No conjunto da América Latina, o Brasil apresenta um dos índices mais baixos de acesso à educação superior, mesmo quando se leva em consideração o setor privado. Assim, a porcentagem de matriculados na educação superior brasileiro em relação à população de 18 a 24 anos é de menos de 12%, comparando-se desfavoravelmente com os índices de outros países do continente. A Argentina, embora conte com 40% da faixa etária, configura um caso à parte, uma vez que adotou o ingresso irrestrito, o que se reflete em altos índices de repetência e evasão nos primeiros anos. Mas o Brasil continua em situação desfavorável frente ao Chile (20,6%), à Venezuela (26%) e à Bolívia (20,6%). (BRASIL, 2001)

Assim, o Brasil não conseguiu atingir nem os 40% de oferta de vagas em instituições públicas, nem garantir o acesso de 30% da população de 18 a 24 anos ao ensino superior.

O atual PNE, Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014, prevê, na meta 12:

Meta 12: elevar a taxa bruta de matrícula na educação superior para 50% (cinquenta por cento) e a taxa líquida para 33% (trinta e três por cento) da população de 18 (dezoito) a 24 (vinte e quatro) anos, assegurada a qualidade da oferta e expansão para, pelo menos, 40% (quarenta por cento) das novas matrículas, no segmento público. (BRASIL, 2014)

Conforme o Plano Nacional de Educação, o Estado Brasileiro assume compromisso com a Educação Superior, tanto no sentido de ampliação de vagas no ensino público, bem como, a elevação da taxa de matrículas para a população na faixa etária de 18 a 24 anos e, a concretização de tais compromissos são indispensáveis para que efetivamente a educação superior seja concretizada como direito.

Nez e Souza (2018) destacam, ao discorrer sobre o compromisso do Estado Brasileiro com o direito à educação e o conteúdo da Declaração da CRES 2018, que para assegurar as garantias constitucionais quanto ao direito à educação os investimentos em educação não podem ser reduzidos sob a justificativa de necessidade de ajuste fiscal:

Considera-se a necessidade de: “Que los gobiernos asuman su responsabilidad por la garantía de la educación superior como bien público y social, derecho humano y desarrollar políticas públicas acordes, asegurando su financiamiento” (p. 1). Todavia, o ajuste fiscal leva a uma redução dos investimentos em uma área estratégica como a Educação Superior, impactando severamente na garantia do direito ao ensino público, gratuito e de qualidade. Mesmo com as garantias estabelecidas nos artigos 205 e 206 da CF, que determinam os princípios a igualdade das condições de acesso e permanência na escola e a gratuidade do ensino em estabelecimentos oficiais, a privatização vem contrariando fôlego. (NEZ, SOUZA, 2018, p. 106)

Assim, não é admissível que o Estado deixe de investir recursos públicos em Educação Superior, afrontando o direito à educação da população, sob pena de colocar em risco a própria democracia, já que descumpriria os pactos e obrigações assumidos com a Constituição Federal e em documentos internacionais.

5. Considerações finais

A Educação Superior é um direito humano fundamental e, como tal, deve estar disponível a toda a população para contribuir tanto para o desenvolvimento pessoal, a formação profissional, a autonomia, mas também para o desenvolvimento da pesquisa e tecnologia do país, das artes, humanidades e para proporcionar o acesso a todos ao conhecimento historicamente produzido pela humanidade. Se, educação, por si, não é capaz de emancipar o ser humano, sem ela não há possibilidade de emancipação.

Um dos aspectos mais importantes do direito à educação superior, é que a concretização desse direito ultrapassa a esfera individual do estudante que acessa esta etapa de ensino, já que sua formação contribui também para o desenvolvimento da sociedade, para o fortalecimento da democracia, da cidadania bem como para a diminuição das desigualdades sociais e para a busca de justiça social.

Como direito humano, e dever do Estado, não pode ser restrita a determinados grupos sociais que tem melhores condições de vida durante a etapa da educação básica, nem ser privilégio, mas sim, deve ser acessada por todos, especialmente grupos sociais historicamente privados de direitos, seja a exclusão por motivos de classe social, de gênero, de etnia, de nacionalidade ou a conjugação destes fatores.

Dependendo de políticas públicas e financiamento do Estado para sua concretização, a Educação Superior é objeto de disputas de grupos que ascendem ao poder, mas tais disputas não podem prejudicar os compromissos assumidos pelo Estado Brasileiro, seja na Constituição Federal, seja em documentos internacionais, sob pena de ofensa ao próprio Estado Democrático de Direito.

Para que o Estado Brasileiro cumpra os objetivos assumidos na Constituição Federal de 1988 e nos documentos internacionais, é imprescindível que se concretize o direito à educação da população brasileira, especialmente o acesso à Educação Superior, investindo recursos públicos, possibilitando aos estudantes, em especial àqueles que pertencem a grupos vulneráveis, o acesso e também a permanência à educação superior. Porque, somente assim será possível ao Estado Brasileiro assegurar a dignidade humana de seus cidadãos, e ter possibilidade de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 02-08-2019.

_____. *Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996*. Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em 02-08-2019.

_____. *Lei n. 10.172 de 09 de janeiro de 2001*. Aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10172.htm>. Acesso em 02-08-2019.

_____. *Decreto 9.235, de 16 de dezembro de 2017*. Dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação das instituições de educação superior e dos cursos superiores de graduação e de pós-graduação no sistema federal de ensino. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9235.htm>. Acesso em 02-08-2019.

_____. *Lei n. 13.005, de 25 de junho de 2014*. Aprova o Plano Nacional de Educação – PNE e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm>. Acesso em 02-08-2019.

_____. *Emenda Constitucional n. 95, de 15 de dezembro de 2016*. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm>. Acesso em 02-08-2019.

_____. *Decreto nº 9.235, de 15 de dezembro de 2017*. Dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação das instituições de educação superior e dos cursos superiores de graduação e de pós-graduação no sistema federal de ensino. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9235.htm>. Acesso em 02-08-2019.

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.

CATANI, Afrânio Mendes. OLIVEIRA, João Ferreira de. *Educação Superior no Brasil: reestruturação e metamorfose das Universidades Públicas*. Petrópolis/RJ: Vozes, 2002.

_____. A Educação Superior. In: OLIVEIRA, Romualdo Portela e ADRIÃO, Theresa (Org.) *Organização do Ensino no Brasil: níveis e modalidades na Constituição Federal e na LDB*. 2ª ed. São Paulo: Xamã, 2007.

CRES. Declaração da Conferência Regional de Educação Superior da América Latina e do Caribe realizada de 04 a 06 de junho de 2008, na cidade de Cartagena das Índias, Colômbia. *Avaliação*, Campinas; Sorocaba, SP, v. 14, n. 1, p. 235-246, mar. 2009. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/aval/v14n1/a12v14n1>>. Acesso em 02-08-2019.

_____. *Declaração da Conferência Regional de Educação Superior para a América Latina e o Caribe*. Córdoba, Argentina, 14 de junho de 2018. Disponível em <<http://portal.conif.org.br/images/DECLARA%C3%87%C3%83O-CRES-2018-EM-PORTUGU%C3%8AS.pdf>>. Acesso em 02-08-2019.

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948. Organização das Nações Unidas. Disponível em <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em 02-08-2019.

DECLARAÇÃO Mundial Sobre Educação Superior No Século XXI. Conferência Mundial sobre Educação Superior - UNESCO, Paris, 9 de outubro de 1998. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos* – Universidade de São Paulo –USP. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-a-Educa%C3%A7%C3%A3o/declaracao-mundial-sobre-educacao-superior-no-seculo-xxi-visao-e-acao.html>>. Acesso em 02-08-2019.

INEP – Instituto Anísio Teixeira. *Dados do Censo da Educação Superior* – As universidades brasileiras representam 8% da rede, mas concentram 53% das matrículas. 03-10-2018. Disponível em <http://portal.inep.gov.br/artigo/-/asset_publisher/B4AQV9zFY7Bv/content/dados-do-censo-da-educacao-superior-as-universidades-brasileiras-representam-8-da-rede-mas-concentram-53-das-matriculas/21206>. Acesso em 02-08-2019.

MAIA, Maria Cláudia. *Proteção Constitucional do Direito à Educação*: os instrumentos jurídicos para sua efetivação. São Paulo: Porto de Ideias, 2011.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. O direito educacional no sistema jurídico brasileiro. In: ABMP – Todos pela Educação (Org.) *Justiça pela Qualidade na Educação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

7. BREVES REFLEXÕES SOBRE O DIREITO CONSTITUCIONAL À VIDA E SEUS DESDOBRAMENTOS RELATIVAMENTE AO ABORTO NO BRASIL

Bazilio de Alvarenga Coutinho Junior

Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino
Professor e advogado

1. Introdução

O presente estudo tem por objeto apresentar algumas considerações acerca do direito fundamental de importância primordial, do qual derivam todos os demais: a vida humana em todas as suas fases.

Dessa forma, parte-se da concepção jurídica do direito à vida, abordando sua evolução nos textos constitucionais, o alcance de sua interpretação e a forma com que sua magnitude interfere em situações muitas vezes tormentosas suportadas no meio social que, desafiam até mesmo o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

Serão abordadas algumas das questões sobre as quais tem sido o Supremo Tribunal Federal provocado a se manifestar, tais como a problemática do início da proteção jurídica da vida, de forma a legitimar a manipulação de embriões humanos, a admissão do abortamento de fetos anencéfalos e, mais recentemente, a própria dúvida sobre a constitucionalidade do crime de aborto.

2. Evolução do direito à vida nas Constituições brasileiras

É inegável que a vida sempre foi o mais caro dos direitos, chegando mesmo a ser considerada a proteção à integridade física do ser humano um dos fins essenciais do Estado. A vida é tida como uma espécie de direito natural inato e inalienável do ser humano.

Nesse ponto, Gilmar Mendes preleciona que:

A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostos na Constituição. Esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. (MENDES, 2016, p. 263)

Essa a noção contratualista de Thomas Hobbes a justificar a necessidade de existir do Estado como agente protetor do homem em seu estado natural.

Muito embora de há muito se tenha reconhecido a importância da proteção da vida como direito humano e fundamental, somente a partir do séc. XVIII é que sua proteção passou a ser enfocada sob o que chamamos de perspectiva moderna.

De acordo com registros históricos, o primeiro texto a estabelecer de forma direta tal proteção foi a Declaração dos Direitos da Virgínia de 1776.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet:

A referida Declaração, no seu art. 1º, incluía a vida no rol dos direitos inerentes à pessoa humana. A Constituição-Federal norte americana de 1787, por sua vez não contemplava um 'catálogo' de direitos e garantias, tendo sido apenas mediante provocação da Quinta Emenda, de 1791, que o direito à vida passou a assumir a condição de direito fundamental na ordem jurídico-constitucional dos Estados Unidos da América, de resto, a primeira consagração do direito à vida como direito fundamental (de matriz constitucional) da pessoa humana da história constitucional. De acordo com a dicção da Quinta Ementa, 'nenhuma pessoa (...) será desprovida de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal. (SARLET, 2019, p. 407)

Vale observar que, nessa fase inicial do constitucionalismo moderno, inúmeros Estados faziam referência expressa ao direito à vida, fato este que acabou por relegar a sua importância a um segundo plano, perspectiva esta que somente terminou por ocasião dos horrores da Segunda Guerra Mundial obrigando as nações a voltarem seus olhos para a importância de proteger a vida e todos os seus desdobramentos destacando-se a Declaração dos Direitos Humanos da ONU e a própria Alemanha que passou a proteger a vida de forma plena com sua Lei Fundamental de 1949.

É o que preleciona Ingo Wolfgang Sarlet:

Ainda no contexto da fase inaugural do constitucionalismo moderno, importa anotar que as constituições da Revolução Francesa, bem como a Carta Constitucional de 1814, não faziam menção explícita ao direito à vida, utilizando apenas conceito de uma garantia de segurança. Desde então, ressalvadas algumas exceções, o direito à vida acabou não merecendo, durante muito tempo, um reconhecimento no plano do direito constitucional positivo da maior parte dos Estados, o que apenas acabou com a viragem provocada pela II Grande Guerra Mundial, que não apenas alterou a ordem mundial, mas também afetou profundamente o próprio conteúdo e em parte também o papel das constituições, além da influência gerada pela Declaração dos Direitos Humanos da ONU (1948) e dos posteriores pactos internacionais para proteção dos direitos humanos (com destaque, numa primeira fase, para o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966) sobre as constituições promulgadas na segunda metade do século XX. Neste período, destaca-se a Lei Fundamental da Alemanha de 1949, que não apenas reconheceu o direito à vida como direito fundamental, mas também foi a primeira a vedar completamente, em qualquer hipótese, a pena de morte. (SARLET, 2019, p 407)

Quanto à experiência brasileira, importa mencionar que não há referências diretas ao direito à vida nas Constituições de 1824, e 1891, somente passando a constar de forma expressa no texto na Carta de 1946, o que não significa que textos anteriores não houvessem de forma indireta, estabelecido proteção à mesma, como se infere da Carta de 1934 que, restringia a pena de morte apenas às situações de guerra com país estrangeiro e nas hipóteses previstas na legislação militar.

A Carta de 1937, além de não estabelecer previsão direta de proteção à vida, ampliou as hipóteses de pena de morte, merecendo expressa menção o art. 122, 13:

Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

13) Não haverá penas corpóreas perpétuas. As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores. Além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a pena de morte será aplicada nos seguintes crimes:

- a) tentar submeter o território da Nação ou parte dele à soberania de Estado estrangeiro;
- b) atentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania;
- c) tentar por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder a operações de guerra;
- d) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição;
- e) tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social;
- f) a insurreição armada contra os Poderes do Estado, assim considerada ainda que as armas se encontrem em depósito;
- g) praticar atos destinados a provocar a guerra civil, se esta sobrevém em virtude deles;
- h) atentar contra a segurança do Estado praticando devastação, saque, incêndio, depredação ou quaisquer atos destinados a suscitar terror;
- i) atentar contra a vida, a incolumidade ou a liberdade do Presidente da República;
- j) o homicídio cometido por motivo fútil ou com extremos de perversidade.

A constituição de 1946, como mencionado, foi a primeira a fazer expressa menção ao direito à vida, mantendo, contudo, a pena de morte nos casos de guerra declarada e hipóteses previstas na legislação militar, previsões estas que foram igualmente mantidas na Carta de 1967.

Atualmente a previsão da proteção à vida se encontra expressa no art. 5º *caput* da Constituição Federal a qual estabelece tratar-se de um direito inviolável, contudo, excepciona-o do mesmo modo que a Carta que lhe antecedeu, admitindo, de forma restrita, a pena de morte na hipótese de guerra declarada no inciso XLVII do mesmo artigo.

Esta a redação do art. 5º 'caput da Constituição Federal de 1988

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

Há ainda, inúmeras referências indiretas à proteção da vida como, por exemplo, no fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, e das inúmeras condições que devem ser proporcionadas ao cidadão e que constituem dos próprios objetivos fundamentais da República, previstos no art. 3º que inserem nossa Constituição na categoria de dirigente; bem como os princípios que regem o país em suas relações internacionais no art. 4º, além de outros tantos direitos fundamentais que derivam da própria vida, como é o caso da integridade física, saúde, etc.

3. Definição jurídica de vida para fins de proteção

Já existe um consenso na doutrina de que o direito à vida abrange o lapso temporal que vai de seu início ao seu término com a morte.

Muito embora existam inúmeras discussões a respeito do início da vida, pode-se afirmar que a maioria dos estudos aponta a concepção como marco biológico inicial de seu surgimento.

De fato, a partir da concepção é possível constatar, ao menos biologicamente, que se inicia uma nova existência humana, única e autônoma.

Lecionando sobre o assunto, Uadi Lamêgo Bulos aponta que:

O direito à vida inicia-se com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando num ovo ou zigoto. /.../ Vale lembrar que um embrião traz carga genética própria, sendo, pois um ser individualizado. Possui existência, a qual não deve ser confundida com a vida dos seus pais, cabendo ao jurista buscar o enquadramento legal que deflui dessa realidade (BULOS, 2015, p. 544)

Sobre o direito de existir como indivíduo, mas não apenas isso, o de existir como pessoa, José Afonso da Silva já nos ensinava que o direito à existência:

...é 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. Existir é o movimento espontâneo contrário ao estado morte. Porque se assegura o direito à vida é que a legislação penal pune todas as formas de interrupção violenta do processo vital. É também por essa razão que se considera legítima a defesa contra qualquer agressão à vida. Bem como se reputa legítimo até mesmo tirar a vida a outrem em estado de necessidade da salvação da própria. (SILVA, 2005, p. 198)

Dessa forma, se o direito à vida é o de existir como pessoa, e a vida autônoma se inicia a partir da concepção, pode-se, em princípio, concluir que o direito de existir é assegurado ao nascituro que, muito embora ainda não possua persona-

lidade jurídica, a qual, de acordo com o art. 2º do Código civil, se inicia após nascimento com vida, já com base nessa proteção, possui assegurado o direito de *nascer*.

Assim, claramente o direito à vida é o de nascer, permanecer vivo e defender a própria vida, só tendo interrompido o processo vital com a morte inevitável.

Não obstante a doutrina adote largamente tal conceituação, existe séria divergência quando ao momento inicial *da proteção da vida* coexistindo inúmeras teorias acerca do tema, como é o caso da teoria da concepção; da nidação; da implementação do sistema nervoso e a teoria dos sinais eletroencefálicos.

Nesse ponto, André Ramos Tavares, com bastante propriedade resume a problemática do início da proteção da vida:

A teoria da concepção é adotada pela Igreja Católica. Consiste em defender a existência de vida humana desde o momento da concepção, quer dizer, ato de conceber (no útero). É como se verificará, a diretriz atual encampada pela sistemática do Direito brasileiro. A teoria da nidação exige, contudo, que haja fixação do óvulo no útero. A teoria da implementação do sistema nervoso exige que surjam os rudimentos do que será o sistema nervoso central. Para essa corrente, não basta a individualidade genética, sendo necessário que se apresente no feto, alguma característica exclusivamente humana. O sistema nervoso central começa a se formar entre o décimo quinto e o quadragésimo dia do desenvolvimento embrionário./.../Para outros autores, seria necessário que no feto se verificasse a atividade cerebral, imprescindível para o reconhecimento da vida humana. A atividade elétrica do cérebro inicia-se após oito semanas. (TAVARES, 2007, p. 501)

Com base nas teorias existentes, é possível concluir que a depender da linha de pensamento que se siga existirá, inexoravelmente uma clara diferença temporal entre vida biológica e *direito à vida*, isto é, uma fase em que existe vida orgânica, mas não haverá proteção alguma do direito.

Nesse ponto, Ingo Wolfgang chega a indagar:

É nesse contexto, que se coloca, por exemplo, a pergunta sobre se o feto ou mesmo o embrião são titulares (sujeitos ativos) do direito à vida, e/ou se existe uma correspondência entre a existência de vida (por exemplo, na questão das células tronco) e a titularidade do direito à vida como direito humano e fundamental (SARLET, 2019, p. 414)

Com base nessa perspectiva, muitas dúvidas vêm surgindo quando à proteção da vida em sua fase embrionária, principalmente no que tange ao crime de aborto como será tratado no capítulo que se segue.

4. A problemática relativa ao aborto como ato legítimo de interrupção da vida intrauterina

O Código Penal brasileiro, em consonância com a previsão constitucional de inviolabilidade do direito à vida, tipifica como crime a conduta de atentar contra sua existência nas figuras do homicídio, infanticídio, na indução, instigação e auxílio ao suicídio e no aborto.

Todas são formas de eliminação da vida, variando conforme o momento - vi-da intra ou extrauterina - e as circunstâncias em que ocorrem, como é o caso da existência do estado puerperal que atinge a gestante durante o parto ou logo após, o fato de existir ou não violenta emoção logo após a injusta provocação da vítima, etc.

O aborto, em específico, vem tipificado nos artigos 124 a 127 do Código Penal tendo por objeto jurídico a vida humana intrauterina, somente admitindo a interrupção voluntária da gravidez nas hipóteses em que há risco à vida da gestante e quando a gravidez é resultante de estupro e nesta última hipótese mediante consentimento da gestante (art. 128, I e II do Código Penal).

Serve-se da lição de Julio Fabrini Mirabete para apresentar a definição de aborto para fins penais:

Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas até três meses) ou feto (após três meses) não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes de sua expulsão. Não deixará de haver, no caso, o aborto. (MIREBETE 2000, p. 93)

Apesar da tipificação penal, o STF, ao julgar a constitucionalidade da lei da biossegurança (Lei 11.105/2005), foi instado a se manifestar sobre pontos relevantes acerca do início da proteção jurídica da vida.

No julgamento da ADIN 3510 que questionava a constitucionalidade do art. 5º da mencionada lei, cujo texto disciplinava a manipulação de embriões humanos para fins de pesquisa em células-tronco, o STF, através do voto do então Ministro relator Carlos Ayres Britto, reconheceu a titularidade do direito à vida somente após o nascimento, sendo assegurado, contudo, em face da dignidade da pessoa humana, a proteção a todo o processo vital que atinge o embrião até que este venha a nascer.

Há que se acrescentar que o aludido voto foi acompanhado pela maioria dos ministros, firmando então posicionamento do STF sobre o assunto.

Com tal entendimento, restou decidido que embriões humanos, não implantados no útero materno, não eram titulares do direito à vida, bem como por não terem qualquer perspectiva de desenvolvimento enquanto não houvesse implantação, não eram amparados sequer pela legislação que pune o aborto.

Assim, para que se tenha uma proteção jurídica resguardando o direito de nascer, passou-se a exigir a condição de embrião devidamente implantado no interior de um corpo feminino.

Há que se ressaltar, também, fora o STF instado a se manifestar sobre a possibilidade de legitimar o aborto do feto anencéfalo por ocasião do julgamento da ADPF 54, tendo proferido decisão no sentido de que, em razão da ausência total ou parcial do cérebro, não haveria qualquer expectativa de vida ao feto e que a incolumidade da vida deste não possuiria qualquer perspectiva de ser mantida após o nascimento e, por isso, não deveria ser preservada a todo custo, isto é, a ponto de violar a dignidade da gestante.

Apenas para ilustrar a hipótese de caracterização da anencefalia, serve-se da lição de Uadi Lamêgo Bulos:

A anencefalia consiste em uma malformação do tubo neural, caracterizando-se pela ausência parcial ou total do encéfalo e do crânio, resultante de defeito no fechamento do tubo neural durante a formação embrionária. O anencéfalo, tal qual o morto cerebral, não tem atividade cortical, embora apresente respiração e batimento cardíaco. Letal, quando o diagnóstico é correto, a anencefalia exclui toda e qualquer potencialidade de vida em 100% dos casos. Quem não tem cérebro não tem vida. Resultado: a anencefalia é incompatível com a vida. (BULOS, 2015, p. 547)

Sobre a titularidade da vida do anencéfalo, o Ministro Marco Aurélio foi enfático em seu voto:

Não é dado invocar o direito à vida dos anencéfalos. Anencefalia e vida são termos antitéticos. Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida. Trata-se da expressão adotada pelo Conselho Federal de Medicina e por abalizados especialistas, de um natimorto cerebral. Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais. Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade da pessoa humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida. Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. Mas no caso do anencéfalo a situação é diferente, pois não existe vida possível. O feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, por que feito de células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica, nem proteção jurídico-penal. Quer dizer, no caso do anencéfalo não há, nem nunca haverá, indivíduo-pessoa. E, inexistindo potencialidade para tornar-se pessoa humana, não logra tutela jurídico-penal (STF, Pleno, ADPF 54 Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12.04.2012)

Com as duas decisões emblemáticas que enfrentaram de alguma forma o direito à vida, o STF gerou alguns precedentes importantes, pois firmou, por maioria, o entendimento de que, não obstante a titularidade do direito à vida não coincida com o início da vida biológica, o embrião possui o direito de nascer, desde que implantado no útero materno. De outra banda, apontou ao menos uma situação em que não há titularidade do direito à vida, como é o caso dos anencéfalos.

Não obstante tais decisões tenham, ainda que de forma branda, iluminado um pouco a questão da proteção jurídica do início da vida, há ainda uma discussão a ser enfrentada, qual seja a relativa à constitucionalidade dos crimes de auto-aborto e aborto consentido, temas estes atualmente pendentes de decisão do STF por força da ADPF 442.

A referida ação tem por objeto o questionamento da interpretação constitucional dos arts. 124 e 126 do Código Penal. O autor da ação questiona aparente conflito entre os referidos tipos penais e os direitos fundamentais da gestante, em especial a dignidade da pessoa humana, a cidadania, a não discriminação, a inviolabilidade da vida, a liberdade, a igualdade, a proibição de tortura ou o tratamento

desumano e degradante, a saúde e o planejamento familiar das mulheres e os direitos sexuais e reprodutivos.

A pretensão da ação é a de se exclua da incidência dos mencionados artigos assegurar a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas reconhecendo o direito constitucional de interromper a gestação sem necessidade de permissão ou criminalização do Estado.

Cumprе ressaltar que a Ministra Rosa Weber, relatora da ação, reconhecendo a complexidade do tema, convocou audiência pública a fim de colher melhores elementos para a decisão.

Muito embora a questão se encontre, pendente de apreciação do STF, a doutrina já vem se posicionando a respeito do assunto, como se denota do pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet com o qual concordamos:

Independentemente de qual venha a ser a posição adotada pelo STF, que ainda não se pronunciou de modo conclusivo sobre o tema, entendemos ser difícil sustentar, no caso brasileiro, a existência de um direito fundamental ao aborto, o que, pro sua vez, não significa que a prática do aborto deva (necessariamente) ser sancionada na esfera criminal. Mesmo para quem entende que existe um direito ao aborto, é preciso considerar que, no plano da colisão da liberdade individual da mulher com outros direitos e/ou bens jurídico-constitucionais, notadamente a vida do nascituro, tal direito não se revela absoluto. Em qualquer caso, a descriminalização da interrupção da gravidez, deverá guardar sintonia com os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, inclusive no que diz respeito a uma proibição de proteção insuficiente da vida humana, ainda mais quando a capacidade de proteção é inexistente, de modo que a supressão da proteção pela via do direito penal deve ser compensada de algum modo (com alguma eficácia) por outros tipos de medidas de proteção, que tenham por escopo a redução tanto dos casos de interrupção de gravidez quanto de seus riscos colaterais, inclusive para as mulheres que decidem pelo aborto, tal como se deu na Alemanha e em Portugal. (SARLET, 2019, p. 424)

Já há precedente favorável à inconstitucionalidade dos mencionados tipos penais é o caso do voto exarado pelo próprio Ministro Luis Roberto Barroso ao se manifestar em julgamento do HC 124.306 do Rio de Janeiro, em que reconheceu a sua inconstitucionalidade, ainda que pela via difusa e com efeitos 'inter partes'.

Na ocasião, o Ministro assim ponderou:

A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria./.../ Ao se afirmar a incompatibilidade da criminalização com a Constituição, não se está a fazer a defesa da disseminação do procedimento. Pelo contrário, o que se pretende é que ele seja raro e seguro./.../ A criminalização viola, também, os direitos sexuais e reprodutivos

da mulher, que incluem o direito de toda mulher de decidir sobre se e quando deseja ter filhos, sem discriminação, coerção e violência, bem como de obter o maior grau possível de saúde sexual e reprodutiva. Há, por exemplo, uma visão idealizada em torno da experiência da maternidade, que, na prática, pode constituir um fardo para algumas mulheres. Na medida em que é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez, e que o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca da sua manutenção ou não. (sic. Trechos do voto Mi. Luis Roberto Barroso na decisão no HC 124.306 RJ, rel. Min. Marco Aurélio Melo, 17.03.2017)

Com efeito, nota-se que a questão acerca da constitucionalidade do aborto, ultrapassa a proteção jurídica do direito à vida e atinge além da questão da proteção de seu início, direitos que afetam, direta ou indiretamente, à própria gestante. Assim conclui-se que, mesmo após a decisão da Corte Suprema, a questão ainda está longe de ser pacificada.

5. Considerações finais

Com os elementos trazidos à reflexão, extrai-se que o direito à vida, não obstante tenha sido deixado em segundo plano até o fim da última grande guerra mundial, passou a ser gradativamente objeto de preocupações dos Estados o que os levou a positivá-lo dos seus textos constitucionais, sendo certo que no Brasil, apesar de referências indiretas em Cartas anteriores, foi somente na Constituição de 1946 que passou a ser diretamente estabelecido. Atualmente se encontra no art. 5º da Constituição Federal vigente como um direito inviolável, havendo apenas exceções no próprio texto constitucional apontando a pena de morte em caso de guerra declarada.

Contudo, como visto, inúmeras foram as oportunidades em que o STF defrontou-se com a delicada situação de decidir sobre pontos que tangenciam o direito à vida, quer com relação à constitucionalidade da manipulação de embriões humanos para fins de pesquisa em células tronco embrionárias, quer com relação à autorização do aborto do anencéfalo.

Há ainda que se considerar que existe previsão na Convenção Interamericana de Direitos de proteção à vida do nascituro desde a concepção não se vislumbrando, em princípio, violação a tal preceito nas situações de anencefalia. Contudo, o mesmo não se pode afirmar com relação ao aborto por decisão arbitrária da gestante.

Ante a tormentosa questão sobre a proteção jurídica do direito à vida, arriscamos opinar que o direito do nascituro há que ser assegurado, haja vista que a ele o Estado deve proporcionar todas as condições necessárias a que possa nascer, pois não obstante a coexista dignidade da gestante e sua liberdade sexual, não se pode negar que ao nascituro assiste também a dignidade como *direito à vida em potencial*, fato este que, inclusive foi reconhecido pelo STF quando do julgamento da constitucionalidade da lei da biossegurança.

Evidentemente, que mesmo que não se reconheça simultaneidade entre o início da vida e o início da titularidade do direito à vida, reconhece-se a potencialidade de nascer a qual não se verifica na hipótese do 'aborto' do anencéfalo (que como exposto em voto do STF, nem haveria que se falar em aborto, pois não se reconhece direito à vida a este).

No mais, não se pode deixar de considerar que, apesar de ser resguardadas à gestante a dignidade e a liberdade sexual, não se pode negar que tais direitos não são absolutos e podem sim ceder ante à expectativa de direito à vida em potencial, não se admitindo, em consequência, um 'direito ao aborto', ao menos em face dos termos de nossa atual Constituição.

Além disso, há que se reconhecer verdadeiro conflito entre direitos fundamentais, de um lado a dignidade e a liberdade sexual da mulher e, de outro a dignidade do nascituro não possuindo este amparo algum que não seja o do dever do Estado de lhe assegurar o direito de existir.

Por fim, não se olvida do fato de que existe uma realidade social de descaso do Estado para com a dignidade da mulher, o que não se pode admitir é que o Estado simplesmente ateste sua falência em estabelecer o devido amparo à mulher retirando de outrem o direito mais caro que é a vida.

Há sim que se cobrar soluções do Estado a fim de tutelar a todos, porém sem aniquilação de direitos.

Referências

BULOS, Uadi Lamêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo, Saraiva, 2016.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal: Parte Especial - Arts. 121 a 234 do CP*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

8. O DIREITO À CIDADE: O ESPAÇO URBANO COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A REALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Camilo Stangherlim Ferraresi

Doutorando em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos
Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino – ITE Bauru
Professor e Coordenador do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru
Advogado

1. Introdução

Atualmente, a população brasileira está concentrada nos espaços urbanos, ou seja, 84,72% vivem nas cidades. De acordo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil é hoje um dos países mais urbanizados do mundo e não há indicadores que apontem que o processo de urbanização irá se reverter ou ocorrerá um êxodo rural. O futuro da sociedade está na convivência nas cidades (NASCE, 2017).

A partir desse cenário, é indispensável a reflexão sobre a existência de um direito humano fundamental à cidade, haja vista que é nesses espaços urbanos ocupados e humanizados em que a vida acontece, com possibilidades de efetivação ou negação de direitos.

Nessa perspectiva, o espaço em que as pessoas vivem é a cidade e, nesse espaço é que se verifica a possibilidade de um aumento significativo de ocorrências em decorrência das mudanças climáticas e, por essa razão, o planejamento urbanístico deve buscar modelos de cidades adequadas aos desafios das alterações do clima.

Dessa forma, pretende-se verificar (i) a natureza jurídica do direito à cidade; (ii) o processo de constitucionalização e, (iii) seu conteúdo e significado jurídico como horizonte de possibilidade de (re)construção dos espaços urbanos.

A pesquisa será perspectivada pelo ângulo do método fenomenológico-hermenêutico, com incursões analítico-descritivas. Sabendo-se que o método de abordagem visa aproximar o sujeito (pesquisador) e o objeto a ser pesquisado (ENGELMANN, 2007). Vale dizer, não se fará uma análise externa, como se o sujeito e o objeto estivessem cindidos. Pelo contrário, o sujeito (o pesquisador) está diretamente implicado, pois relacionado, com o objeto de estudo – o direito à cidade –, o qual interage com ele e sofre as consequências dos seus resultados (suas descobertas e potencialidades). Essa constatação fenomênica receberá a atribuição de sentido, a partir do círculo hermenêutico, especialmente a partir das contribuições de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer.

No movimento do círculo hermenêutico, a pré-compreensão antecede a compreensão/interpretação/aplicação que dará sentido aos resultados da pesquisa, onde o investigador estará diretamente implicado. Portanto, isto somente será possível a partir da experiência do pesquisador, mediante sua pré-compreensão de mundo, da vida e dos resultados que a pesquisa poderá produzir na sociedade (ENGELMANN, 2010).

2. O direito à cidade

Atualmente, a maioria da população mundial vive nas cidades, ou seja, de acordo com dados da Organização das Nações Unidas (ONU), em 2014, 54% da população mundial vivia em áreas urbanas, com projeção de crescimento para 66% em 2050. (ONU, 2014). No Brasil de acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a população brasileira está concentrada nos espaços urbanos, ou seja, 84,72% vivem nas cidades. O Brasil é hoje um dos países mais urbanizados do mundo e não há indicadores que apontem que o processo de urbanização irá se reverter ou ocorrerá um êxodo rural (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE), 2015).

Contudo, a urbanização brasileira se deu de forma não planejada e resultou em modelos de cidades que não permitem aos indivíduos o pleno usufruto da vida urbana, com problemas de inclusão, efetivação de direitos, mobilidade urbana e participação social. São modelos que impedem a construção de projetos de vida e de utilização adequada dos espaços urbanos e todas as suas possibilidades. Milton Santos aponta que “durante séculos o Brasil como um todo é um país agrário, uma país essencialmente agrícola, para retomar a célebre expressão do conde Afonso Celso”. (SANTOS, 2018, p. 19). Prossegue:

O Recôncavo da Bahia e a Zona da Mata do Nordeste ensaiaram, antes do restante do território, um processo então notável de urbanização e, de Salvador, pode-se mesmo dizer que comandou a primeira rede urbana das Américas, formada, junto com a capital baiana, por Cachoeira, Santo Amaro e Nazaré, centros de culturas comerciais promissoras no estuário dos rios do Recôncavo. (SANTOS, 2018, p. 19)

As dificuldades em relação as cidades não se limita(ram) a aspectos relacionados com o planejamento urbano, mas também em relação a construção jurídica de um Direito Urbanístico que atendesse as necessidades de uma sociedade fragmentada, desigual e multicultural como a brasileira. Silva (2010) aponta, inclusive, a dificuldade no direito urbanístico brasileiro para formulação do conceito de cidade e apresenta os conceitos da Sociologia Urbana como “uma situação humana, uma organização geral da sociedade, como centro de consumo em massa, como fábrica social ou como multiplicidade dialética de sistemas, ou como projeção da sociedade sobre um local” (SILVA, 2010, p. 24).

Inicialmente, é importante distinguir o direito à cidade do direito da cidade e de outros conceitos similares, de modo a identificar a partir dessa diferenciação o recorte teórico da pesquisa. Bello e Ribeiro (2019) esclarecem a existência de direitos similares ao direito à cidade e apontam a distinção:

Para tanto, faz-se necessário começar pela demonstração do peculiar processo de construção do direito à cidade, que se distingue de outros conceitos similares como os de “direito da cidade”, “direito urbanístico” e “direito administrativo municipal”. Enquanto estes últimos têm fonte estatal e perfil jurídico-dogmático, inclusive com previsão normativa expressa em nível constitucional, o direito à cidade tem origem na sociedade civil e formulação no campo da sociologia. (p. 231-232)

Assim, direito à cidade está relacionado ao direito humano de usufruir da vida urbana, natureza jurídica distinta de direitos aparentemente similares e que estão relacionados com aspectos de direito administrativo. Nessa perspectiva, Henry Lefebvre é quem identificou a necessidade do reconhecimento do direito à cidade como espaço de luta e construção de significados:

O *direito à cidade* não pode ser concebido como um simples direito de visita ou de retorno às cidades tradicionais. Só pode ser formulado como *direito à vida urbana*, transformada, renovada. Pouco importa que o tecido urbano encerre em si o campo e aquilo que sobrevive da vida camponesa conquanto que “o urbano”, lugar de encontro, prioridade do valor de uso, inscrição no espaço de um tempo promovido à posição de supremo bem entre os bens, encontre sua base morfológica, sua realização prático-sensível. (p. 117-118)

Assim, o direito à cidade perpassa necessariamente pela perspectiva da vida urbana, ou seja, dos sujeitos que se (inter)relacionam no espaço urbano ocupado e, a partir dessa ocupação, se projeta a construção de sentido e significados da vida à partir da (im)possibilidade de efetivação de direitos e da dignidade humana. A compreensão dos processos de constante (re)criação das cidades é indispensável para o reconhecimento da existência do direito à cidade, enquanto direito humano fundamental, e sua constante transformação.

Em diversos momentos da história humana, a partir das necessidades e possibilidades de desenvolvimento de determinado período, construiu-se modelos de cidades em um processo contínuo de transformação. Para melhor compreensão e aprofundamento do tema, é importante, ainda que preliminarmente, a significação da cidade. Lefebvre (2016), elucida, na teoria, o conceito de cidade:

Na teoria, o *conceito de cidade* (da realidade urbana) compõem-se de fatos, de representações e de imagens emprestadas à cidade antiga (pré-industrial, pré-capitalista) mas em curso de transformação e de nova elaboração. Na prática o *núcleo urbano* (parte essencial da imagem e do conceito de cidade) está rachando, e no entanto consegue se manter; transbordando, frequentemente deteriorado, às vezes apodrecendo, o núcleo urbano desaparece. Se alguém proclama seu fim e sua reabsorção no tecido, isto constitui um postulado e uma afirmação sem provas. (LEFBVRE, 2016, p. 21, grifo do autor)

Como se verifica, o conceito de cidade de Lefebvre (2016) é dinâmico, em movimento, em ressignificação constante a partir das transformações sociais, econômicas, tecnológicas, experimentadas pelo desenvolvimento da humanidade. Por essa razão, o núcleo urbano é seu retrato, mas a fragmentação é possibilidade de transformação, de novos horizontes e possibilidades. O transbordamento pode ser significado como a possibilidade de mudança de modelo e expansão do sentido de cidade. A multiplicidade de possibilidades na cidade contemporânea decorre de contínuos movimentos de crise, “na direção de possíveis rupturas com paradigmas preconcebidos e fortemente arraigados, a nossa cultura desde o século passado (Cavallazzi; Fauth, 2014, p. 4).

A identificação da cidade está relacionada com aglomeração de indivíduos ocupando o mesmo espaço, onde há “uma convivência intensa, relações diárias de trocas, permutas de produtos ou serviços, de disputa, de contato intenso, seja pelo modo de vida, pelos ideais, pelo trabalho, seja pelas necessidades que colocam a todos em situação de igualdade de alguma forma” (CENCI; SCHONARDIE, 2015, p. 173). Nessa concepção sobre o conceito de cidade há limitação conceitual que impede a adequada compreensão da cidade e de todas possibilidades que dela irradiam, bem como, do direito à cidade, de modo a reconhecer a importância do espaço urbano no desenvolvimento da vida humana. Nesse sentido, há necessidade de transbordamento do conceito, como proposto por Aieta (2016) de forma a impactar na atribuição de sentido do (novo) direito à cidade:

A cidade deve ser basicamente o lugar de habitação e a organização da cidade deve atender a essa finalidade: a cidade deve cumprir uma função social e fundamental que sobreleva a todas as possibilidades nela existentes: dar habitação, assegurar os direitos sociais como um todo, atendendo as necessidades humanas de sobrevivência, de existência e também de felicidade. (AIETA, 2016, p. 1626)

Diante desse cenário em constante mutação, emergem situações sociais que exigem a ressignificação da cidade e, por consequência, do direito, para respostas as essas novas necessidades. Cenci e Schonardie (2015) apontam que nesse processo de ressignificação, o indivíduo “precisa ser compreendido como elemento central no espaço, na realização de suas atividades, passando a conceber a ideia de sociabilidade necessária [...]” (CENCI; SCHONARDIE, 2015, p. 173). Trata-se de um processo em que a cidade se caracteriza como o local em que se realizam as dinâmicas sociais da vida atual e uma constante interação entre os indivíduos de forma intensa (CENCI; SCHONARDIE, 2015).

A (re)construção da cidade deve ser desenvolvida a partir das pessoas, das necessidades, dos problemas sociais, das mudanças do clima, do aumento da ocorrência de desastres naturais, da compreensão dos processos históricos, da democratização da cultura e de acesso a serviços públicos, mobilidade urbana, sempre com a finalidade de melhorar o patamar mínimo civilizatório. O retorno às tradições das cidades gregas se faz necessário, resgatando a importância da publicização dos assuntos da polis, uma vez que as questões urbanas ganham contornos de complexidade e o fortalecimento da participação social na gestão urbana passa a ser indispensável para uma experiência de democracia substancial e participativa.

3. A constitucionalização do direito à cidade a partir da Constituição de 1988

A partir desse processo de expansão do sentido e significação das cidades é que se coloca o direito humano à cidade, que tem como fonte constitucional, o art. 182 da Constituição de 1988 e, infraconstitucional, o Estatuto da Cidade.

Pode-se identificar com a Constituição de 1988, que a constitucionalização do direito à cidade é o primeiro momento de atribuição de significado e sentido desse direito, que deve(rá) passar por constantes (re)significações para atender a emergência de necessidades e transformações (sociais, ambientais e tecnológicas). O direito à cidade deve ser compreendido como um direito não acabado, isto porque as cidades são sistemas complexos abertos que se transformam e se ressignificam constantemente. As mutações ou transformações nos vínculos humanos, nas condições de existência e nas possibilidades (e riscos) gerados pelas novas tecnologias, mudanças sociais e climáticas, faz emergir um (novo) direito à cidade que deve contemplar os possíveis desdobramentos decorrentes da modificação das condições materiais.

O (novo) olhar do direito sobre o direito à cidade deverá, inclusive, se colocar diante de situações futuras, buscando a regulamentação de situações que podem (ou não) vir a acontecer, em uma perspectiva diferenciada da estrutura do direito contemporâneo. Nesse diapasão, Alfonsin (2016) aponta que a contribuição de Lefebvre “talvez tenha sido demonstrar a necessidade de instaurar um novo olhar sobre as cidades, um olhar que rompesse com a cisão entre técnica do urbanismo e filosofia da cidade” (ALFONSIN, 2016, p. 360), o que possibilita a (re)significação a partir de uma ótica transdisciplinar, com um diálogo entre áreas do conhecimento para assegurar melhores condições de ocupação do solo urbano e nas condições de vida da população, inclusive, inserindo o contexto das futuras gerações, o que reclama do direito uma nova postura em relação ao direito à cidade, ou seja, “muito mais do que preencher a lacuna conceitual oferecendo uma definição acabada sobre o direito à cidade, Lefebvre tratou de sofisticar as perguntas sobre o tema, abrindo uma vasta agenda de pesquisa e de reflexão para as gerações que lhe sucederiam” (ALFONSIN, 2016, p. 360).

Como destacado anteriormente, a Constituição de 1988 foi a primeira Constituição brasileira a tratar do tema política urbana e a reconhecer as funções sociais da cidade, que permitiu um giro hermenêutico na “definição de sentido e do alcance da expressão, obviamente deu um salto de escala de bem individual ‘lote’ (cuja função social da propriedade também deverá atender a sua função social) para o bem coletivo ‘cidade’, que, como totalidade, também deverá atender as suas funções sociais” (ALFONSIN, 2016, p. 360).

A incorporação da política urbana e do direito à cidade pelo constituinte de 1988 decorreu da participação efetiva de movimentos sociais, especificamente o Movimento Nacional da Reforma Urbana, que apresentou emenda de iniciativa popular, com reivindicações sobre moradia, transporte, saneamento urbano, que “apesar de ter passado longe de sua incorporação integral, deu azo à criação do capítulo específico sobre a reforma urbana, pela primeira vez na história constitucional brasileira (GUIMARÃES; ARAÚJO, 2018, p. 1792).

Da interpretação do art. 182 da Constituição de 1988, é que se permite afirmar que o constituinte introduziu um (novo) direito coletivo à cidade que deve atender aos limites e possibilidades semânticos estabelecidos pela norma constitucional, ou seja, de um direito à cidade que possibilite o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes. Nesse sentido, Guimarães e Araújo (2018, p. 1791):

Imbuído desse sentido jurídico-constitucional, o direito à cidade, como princípio implícito contido na Carta Magna de 1988, especificamente no capítulo denominado 'Política Urbana', é tratado como garantia constitucional, representando prerrogativa a todos os brasileiros no usufruto da estrutura urbana e dos espaços públicos de suas cidades.

O direito à cidade introduzido inicialmente pelo constituinte a partir da interpretação da norma jurídica estabelecida no art. 182 da Constituição Federal, foi regulamentado expressamente pelo Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01), em seu artigo 2.º, que especifica que as funções sociais da cidade devem seguir as diretrizes gerais entre as quais, a garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

Assim como o reconhecimento e constitucionalização do direito à cidade foi um avanço importante, sendo destacado nesse trabalho como o primeiro momento de sua juridicização, a expansão de sentido proporcionada pelo Estatuto da Cidade pode ser identificada como um segundo momento ou a primeira (re)significação, acrescentando o adjetivo sustentável ao direito à cidade.

O Estatuto da Cidade representou avanço significativo na concretização do direito à cidade enquanto direito constitucional coletivo e essencial para a possibilidade de uma vida digna, haja vista que a lei representa “uma valorização do princípio da dignidade humana, posicionando-o mais uma vez no cume do ordenamento jurídico constitucional, mediante a efetivação do direito à cidade” (GUIMARÃES; ARAÚJO, 2018, p. 1793).

O inciso I do artigo 2.º não esgota de sentido às possibilidades estabelecidas pelo legislador para o desenvolvimento das funções sociais da cidade uma vez que ainda existem outros 15 (quinze) incisos que definem as diretrizes gerais. Todavia, a análise do *caput* e do inciso I, por si só, permitem verificar o deslocamento do sentido de cidade como espaço geográfico para o significado de um (novo) direito à cidade compreendido como condição de possibilidade de existência humana. Nesse sentido, Medaur (2004) explica que na “funções sociais da cidade se entrevê a cidade como *locus* não somente geográfico e de mera reunião de pessoas, mas como o espaço destinado à habitação, ao trabalho, à circulação, ao lazer, à integração entre os seres humanos, ao crescimento educacional e cultural (MEDAUAR; ALMEIDA, 2004, p. 25-26). A destinação do espaço urbano para além do espaço geográfico ressignifica a concepção de cidade porque engloba dimensões subjetivas e direitos individuais que orbitam os projetos de vida e a proteção dignidade das pessoas, de modo a ser uma nova compreensão da observação da cidade enquanto direito coletivo.

Nesse diapasão, Medaur (2004) explica o inciso I que reconhece formalmente o direito à cidades sustentáveis, ou seja, um acoplamento de sentido ao direito à cidades, haja vista que inclui o adjetivo sustentável:

Por cidades sustentáveis pode-se entender aquelas em que o desenvolvimento urbano ocorre com ordenação, sem caos e destruição, sem degradação, possibilitando uma vida urbana digna para todos.

Neste inciso vem ressaltada, como diretriz, a garantia do direito a cidades sustentáveis, direito esse entendido como direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações. Tudo isso implica solidariedade e se traduz em vida urbana digna para todos. (MEDAUAR, 2004, p. 27)

A norma legal estabeleceu as diretrizes para atribuição de sentido e significado do direito à cidades, já compreendido a partir da incorporação das cidades sustentáveis e das dimensões existenciais da vida humana digna, haja vista que trata de incluir os direitos humanos fundamentais como norte de interpretação para a compreensão do seu alcance e significado. O dispositivo, menciona expressamente direitos humanos que são complementares como a moradia e o saneamento urbano, infraestrutura completa, trabalho e lazer, o que evidencia a complexidade de situações que estão interligadas e relacionadas com uma vida urbana digna. Nessa perspectiva, o direito à cidade “abarca um feixe de direitos dos que vivem em cidades, já que a técnica legislativa de definição desse direito elencou expressamente o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer [...]” (ALFONSIN, 2016, p. 363).

O rol de direitos indicados pela legislador infraconstitucional, no artigo 2.º, I do Estatuto da Cidade, identificam sentido e significado ao conteúdo do direito à cidade (sustentável) e as funções sociais da cidade introduzidas inicialmente pelo artigo 182 da Constituição Federal de 1988.

No plano internacional, desde a década de 1950, instituições internacionais multilaterais começaram a formular políticas públicas de desenvolvimento urbano mundial diante da urbanização desigual nos países em desenvolvimento (SANTOS, 2017), conforme explica Manquian (2019, p. 25) a realização de Conferências da ONU:

A questão urbana vem sendo acompanhada, assim, desde esta época, por parte de várias instituições internacionais. O órgão principal que acompanha este tema é a Conferência da ONU Habitat. A primeira foi realizada em 1976 em Vancouver (Canadá), a Habitat II em 1996 em Istambul (Turquia) e a Habitat III em 2016 em Quito (Equador). Nessa última foi lançada a Nova Agenda Urbana (Habitat III), que estabelece uma série de medidas e objetivos de cumprimento não obrigatório por parte dos Estados membros (Habitat III, 2018).

Nesse contexto, (re)surge (internacionalmente) o direito à cidade sendo aprovada no Fórum Social Mundial, a Carta Mundial pelo Direito à cidade, que tinha como finalidade “pressionar a ONU a reconhecer a emergência de um novo direito coletivo das populações urbanas, incorporando-o aos instrumentos internacionais de direitos humanos” (ALFONSIN, 2016, p. 367). A pressão internacional levou a ONU a lançar em 2010, durante a realização do Fórum Urbano Mundial, A Campanha Urbana Mundial, inspirada na Carta Mundial pelo Direito à cidade, “que tinha como finalidade “ampliar o conhecimento a respeito do tema e garantir a adoção de práticas ligadas à efetividade e sustentabilidade do direito à cidade pelos governos municipais [...]” (ALFONSIN, 2016, p. 369). A manifestação do direito à cidade se dá a partir de uma série de movimentos sociais, coalizões e redes inter-

nacionais, que tem como resultado a realização do Habitat III, em que foi criada a Agenda Urbana (MANQUIAN, 2019, p. 28).

Nesse momento, importante verificar o artigo I da Carta Mundial pelo Direito à cidade que estabelece que todas as pessoas devem ter o direito a uma cidade sem discriminação de gênero, idade, raça, condições de saúde, renda, nacionalidade, etnia, condição migratória, orientação política, religiosa ou sexual, assim como preservar a memória e a identidade cultural em conformidade com os princípios e normas estabelecidos nessa Carta. Após a universalização do direito, Carta define o conteúdo direito à cidade, no item 2, do artigo I:

O Direito a Cidade é definido como o usufruto eqüitativo das cidades dentro dos princípios de sustentabilidade, democracia, equidade e justiça social. É um direito coletivo dos habitantes das cidades, em especial dos grupos vulneráveis e desfavorecidos, que lhes confere legitimidade de ação e organização, baseado em seus usos e costumes, com o objetivo de alcançar o pleno exercício do direito à livre autodeterminação e a um padrão de vida adequado. (FÓRUM SOCIAL MUNDIAL POLICÊNTRICO, 2006)

Pode-se concluir que os movimentos (movimentos sociais, organizações internacionais) no sentido de reconhecimento da existência do direito à cidade o situa na categoria de direito humano que perpassa por outros direitos humanos, uma vez que a sua efetivação ou não implica(rá) na efetivação ou não de outros direitos humanos. Numa compreensão sistêmica, é possível incluir o direito à cidade entre o rol dos direitos humanos “composto por outros direitos sociais e difusos, vinculado à dignidade da pessoa humana e regido pela solidariedade, que teve sua origem em demandas de movimentos sociais, especificamente relacionados à reforma urbana [...]” (GUIMARÃES; ARAUJO, 2018, p. 1791). Diante disso, para (re)significar o direito à cidade, não é possível dissociá-lo das dimensões dos direitos humanos, uma vez que é no espaço urbano, de convivência humana, o local em que a efetivação e violação de direitos concretamente se manifesta(rá), haja vista que é nesse espaço que a vida se exterioriza, as relações intersubjetivas se materializam.

Nessa perspectiva mais jurídica, mas sem se afastar do sentido filosófico, o direito à cidade representa a possibilidade de acesso e de transformação ao que o espaço urbano oferece; é a oportunidade de satisfação das diferentes necessidades da vida moderna e de auto afirmação do cidadão – qualidade do indivíduo que vive na cidade; é a reunião de direitos fundamentais, que asseguram a dignidade da pessoa humana e a verdadeira democracia. (GUIMARÃES; ARAUJO, 2018, p. 1791)

A superação da concepção jurídica tradicional da cidade é indispensável para sua adequação aos novos cenários, das mudanças climáticas à (r)evolução tecnológica, bem como, de compreender as dinâmicas atuais da sociedade pós-moderna de modo a atender as necessidades e demandas sociais e ambientais pela qualidade de vida. A pré-compreensão da cidade engloba a desconstrução da visão tradicional de ocupação do espaço urbano, para o surgimento de um modelo novo, em que “o conceito chave do direito à cidade prioriza a tutela dos direitos difusos e coletivos na busca pela cidade plural, justa e democrática, alberga a pos-

sibilidade de diálogo nesta sociedade cada vez mais inflexível” (CAVALLAZZI; FAUTH, 2014, p. 9).

Diante disso, como pressuposto ético norteador desse direito à cidade que possui em seu conteúdo outros direitos humanos, a construção de significado dos Direitos Humanos é fundamental para a (re)construção do modelo de cidade, haja vista que, como explica Harvey (2014, p. 74), a “questão do tipo de cidade que queremos não pode ser separada da questão do tipo de pessoas que queremos ser, que tipos de relações sociais buscamos, que relações com a natureza nos satisfazem, que estilo de vida desejamos levar, quais são nossos valores estéticos”. Prossegue:

O direito à cidade é, portanto, muito mais do que um direito de acesso individual ou grupal aos recursos que a cidade incorpora: é um direito de mudar e reinventar a cidade mais de acordo com nossos mais profundos desejos. Além disso, é um direito mais coletivo do que individual, uma vez que reinventar a cidade depende inevitavelmente do exercício de um poder coletivo sobre o processo de urbanização. A liberdade de fazer e refazer a nós mesmos e a nossas cidades, como pretendo argumentar, é um de nossos direitos humanos mais preciosos, ainda que um dos mais menosprezados. (HARVEY, 2014, p. 28)

O direito à cidade enquanto espécie de direitos humanos incorpora em seu significado o horizonte de sentido projetado pela ética dessa natureza de direito, para que a partir da compreensão da extensão de seus significados seja possível a necessária construção de sentido. Nessa perspectiva, Herrera Flores (2009), ao explicar sua proposta de pensar os direitos humanos como um diamante ético e “afirmar a indiscutível interdependência entre múltiplos componentes que definem os direitos humanos no mundo contemporâneo”, explica que:

[...] os direitos humanos vistos em sua real complexidade constituem o marco para construir uma ética que tenha como horizonte a consecução das condições para que ‘todas e todos’ (indivíduos, culturas, formas de vida) possam levar a prática sua concepção de dignidade. (HERRERA FLORES, 2009, p. 113)

As práticas pertencentes a todos e todas, sejam culturais, sejam formas de vida, relações sociais, reconhecimento de direitos, se manifestam nas cidades, que é o espaço adequado de construção e significação das experiências humanas e que deve buscar a dignidade humana. Os direitos humanos constituem a ética e o horizonte de sentido necessário para a (re)construção dessa nova cidade, que deve ser pensada a partir da inclusão e da dignidade humana e, a maior violação de direitos humanos “consiste em impedir que algum indivíduo, grupo ou cultura possa lutar por seus objetivos éticos e políticos mais gerais, entre os quais, se destaca o acesso igualitário aos bens necessários ou exigíveis para se viver dignamente” (HERRERA FLORES, 2009, p. 114).

4. Considerações finais

O direito à cidade, enquanto direito humano, contém em seu significado direitos coletivos e difusos, que possibilitam ao indivíduo usufruir dos bens coletivos construídos pela humanidade e de realização dos direitos humanos. O Direito à Cidade tem como característica a pluralidade e o usufruto equitativo dos espaços urbanos, de modo a permitir a construção dos projetos de vida e existência digna das pessoas. É também um direito coletivo dos habitantes das cidades, com o objetivo de alcançar o pleno exercício do direito à livre autodeterminação e a um patamar mínimo civilizatório.

Como se verifica do desenvolvimento do artigo, o direito à cidade tem natureza jurídica de direito humano, reconhecido pela Constituição de 1988, a partir da reivindicação dos movimentos sociais e a construção de seu significado perpassa necessariamente pelo Estatuto da Cidade e pelas fontes de Direito Internacional.

A partir dessa perspectiva, os direitos humanos devem ser o horizonte de sentido para estruturação de um patamar civilizatório adequado para a humanidade que habita às cidades. É indispensável o diálogo a partir dos direitos humanos para a (re)construção de um direito à cidade em que o destinatário é o sujeito humano, de modo a se assegurar um espaço de convivência e possibilidades de desenvolvimento, de construção da vida humana, e, não apenas destinado a realização de negócios e lucratividade.

Referências

A DISRUPÇÃO está mudando o mundo como conhecemos. *Revista Exame*, São Paulo, 13 set.2017. Disponível em <<https://exame.abril.com.br/revista-exame/a-disrupcao-esta-mudando-o-mundo-como-o-conhecemos/>>. Acesso em 19 abr. 2019.

AIETA, Vania Siciliano. Cidades inteligentes e o pacto dos prefeitos: uma proposta de inclusão dos cidadãos rumo à ideia de “cidade humana”. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4. p. 1622-1643, 2016. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/25427>>. Acesso em 19 abr. 2019.

ALFONSIN, Betânia de Moraes. Direito à cidade sustentável na nova ordem jurídico-urbanística brasileira: emergência, internacionalização e efetividade em uma perspectiva multicultural. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 359-374.

ANDRADE, Elisabete Agrela; FRANCESCHINI, Maria Cristina Trousdell. O direito à cidade e as agendas urbanas internacionais: uma análise documental. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, p. 3849-3858, 2017. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n12/1413-8123-csc-22-12-3849.pdf>>. Acesso em 01 abr. 2019.

BELLO, Enzo; RIBEIRO, Mariana Dias. O Direito à Cidade e os Novos Direitos Urbanos como Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. In: BELLO, Enzo; KELLER, Rene José (org.). *Curso de direito à cidade: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 231-252.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; FAUTH, Gabriela. Cidade standard e vulnerabilidades em processos de precarização: blindagens ao direito à cidade. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM ARQUITETURA E URBANISMO, 3, 2014, São Paulo. *Arquitetura, cidade e projeto: uma construção coletiva*. São Paulo, 2012. Disponível em <<https://www.anparq.org.br/dvd-enanparq-3/htm/Artigos/ST/ST-EPC-007-1-CAVALLAZZI.FAUTH.pdf>>. Acesso em 01 abr. 2019.

CENCI, Daniel Rubens; SCHONARDIE, Elenise Felzke. Direito à cidade: sustentabilidade e desenvolvimento. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 166-180, 2015. Disponível em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/15203>>. Acesso em 01 abr. 2019.

CIDADE do futuro será terreno fértil para inovação. *Revista Exame*, São Paulo, 5 out. 2017. Disponível em <<https://exame.abril.com.br/revista-exame/nasce-a-cidade-do-futuro/>>. Acesso em 13 nov. 2017.

ENGELMANN, Wilson. Direitos bio-humano-éticos: os humanos buscando 'direitos' para proteger-se dos avanços e riscos (desconhecidos) das nanotecnologias. In: CONPEDI, 2010, Fortaleza, CE. *Anais eletrônicos...* Fortaleza, 2010. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3400.pdf>>. Acesso em 07 jan. 2019.

GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar; ARAÚJO, Douglas da Silva. O direito à cidade no contexto das smart cities: o uso das Tic's na promoção do planejamento urbano inclusivo no Brasil. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1788-1812, 2018.

HARVEY, David. *Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana*. Tradução Jeferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Tradução: Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jeferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Conheça o Brasil – População população rural e urbana. *IBGEeduca*, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em <<https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18313-populacao-rural-e-urbana.html>>.

LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*. Tradução: Rubens Eduardo Frias. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2016.

MANQUIAN, Marco Antonio Quiniao. Relações internacionais: o protagonismo das cidades e dos governos locais no sistema de governança mundial contemporâneo. In: BELLO, Enzo; KELLER, Rene José (org.). *Curso de direito à cidade: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 17-34.

MEDAUAR, Odete. Diretrizes gerais. In: MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes (org.). *Estatuto da cidade – Lei 10.257, de 10.07.2001 – Comentários*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NASCE a cidade do futuro. *Revista Exame*, São Paulo, ed. 1147, 11 out. 2017. Disponível em <<https://exame.abril.com.br/revista-exame/nasce-a-cidade-do-futuro/>>. Acesso em 11 nov. 2017.

SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*. 5. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2018.

SANTOS, Milton. *Ensaio sobre a urbanização latino-americana*. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2017.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

9. DIREITO AO ENRAIZAMENTO

Rinaldo Corrêa

Doutor em Psicologia Social e do Trabalho - IPUSP

Coordenador Curso de Psicologia das Faculdades Integradas de Bauru (FIB)

1. Introdução

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, sendo resultado do esforço conjunto de representantes de países de todas as regiões do mundo. O esforço desse documento centrava-se na busca de instrumentos que contribuísse na construção da paz e da tolerância, logo após a destruição causada pela 2ª. Segunda Guerra Mundial, encerrada três anos antes, em 1945.

Nessa proposta reflexiva, o fio condutor de análise será a condição humana colocada em perigo, revelada a partir da imagem do refugiado. Assim esse texto é um ensaio que versa sobre a:

Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)

Artigo 14:

1. Toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e gozar de asilo em outros países.
2. Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas

O Artigo 14 da DUDH garante o direito de buscar e de ter asilo em caso de perseguição. Este artigo, vinculados ao Artigo 13 (direito de deixar um país) e 15 (direito à nacionalidade), está diretamente ligado aos eventos do Holocausto. Muitos países cujos redatores trabalharam na DUDH estavam cientes de que, os governantes das nações que eles representavam, haviam rejeitado muitos refugiados judeus, possivelmente condenando-os à morte. Além disso, muitos judeus, roma (ciganos) e outros perseguidos pelos nazistas não conseguiram fugir da Alemanha para salvar suas vidas.

Os dilemas modernos alcançam proporções planetárias e se tornam cada vez mais impactantes. A sociedade atual tem que enfrentar os inúmeros problemas gerados nas últimas décadas, os quais, tem, como uma de suas origens, a negação de um direito fundamental, atrelado, ele próprio, na condição humana: de reconhecer-se na sua humanidade a partir do pertencimento a um território e um povo.

A filósofa francesa Simone Weil (2001) aponta, em suas reflexões realizadas em plena 2ª Guerra, que uma coletividade, um povo, uma nação merece cuidado e respeito:

A coletividade tem suas raízes no passado. Ela constitui o único órgão de conservação para os tesouros espirituais reunidos pelos mortos, o único órgão de transmissão por intermédio do qual, os mortos possam falar aos vivos. E a única coisa terrestre que tenha o vínculo direto com o destino eterno do homem é a irradiação daqueles que souberam tomar consciência completa desse destino transmitido de geração a geração. (p. 12)

Colocar-se frontalmente a esse espinhoso debate é um dos pilares fundamentais da temática dos direitos humanos. A garantia irrestrita, a cada pessoa que habita esse planeta, de ter um pertencimento territorial e nacional, será a próxima grande batalha da humanidade, já que muitos países, não querem, não conseguem essa garantia.

Na história da humanidade registraram-se inúmeras conquistas, seguidas de violência e ações brutais para banir e subjugar os povos conquistados. Não é possível ver nesses fatos, horizontes que tragam indícios de bem para a humanidade, quase sempre representa um mal.

Esse sujeito em condição de estrangeiro carrega marcas de sua história de vida própria, toda uma construção simbólica singular e que ao longo de sua vida o amparou e deu uma resposta a seu existir no mundo, deu um sentido às suas experiências. A migração, o exílio e o refúgio, desconstróem esse discurso, lugar de sentido. Para muitos, esta experiência configura-se como traumática e pode ser entendida e sentida pelo sujeito como a aniquilação de si mesmo, de sua própria subjetividade. (CRP-PR, 2016, p.50)

Quando, ao se instalar no território conquistado, os migradores se misturam nas populações eles mesmos lançam as raízes na terra conquistada, como os helenos na Grécia, os Celtas na Gália, os mouros na Espanha. Por outro lado, se o conquistador permanece estrangeiro ao território que se tornou possuidor, o desenraizamento é uma doença quase mortal para as populações submetidas. Atinge o grau agudo quando há deportações maciças, como na Europa ocupada pela Alemanha. Observa-se nos meandros das ações de conquista, a supressão total de todas as tradições locais (WEIL, 2001).

De acordo com a definição proposta pela Organização das Nações Unidas (ONU), uma pessoa, para ser considerada refugiada, precisa declarar que se sente perseguida pelo Estado de sua nacionalidade, por razões de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas; que se ausentou do seu país em virtude desses termos, ou que não consegue a proteção do poder público pelas mesmas razões.

Atualmente, os principais conflitos que engrossam as fileiras dos refugiados estão na África e Ásia. Apenas na África, contabiliza-se oito conflitos (Costa do Marfim, República Centro-Africana, Líbia, Mali, norte da Nigéria, República Democrática do Congo, Sudão do Sul e Burundi). No Oriente Médio, quatro: Síria, Iraque, Afeganistão e Iêmen. Na Europa: Um conflito na Ucrânia. Na Ásia: três conflitos: Mianmar e Paquistão.

Num mundo dominado pelo fenômeno da globalização, a internacionalização do capital não demonstra um apreço especial pelas origens nacionais das instituições produtivas. Perdem-se os valores e filosofias institucionais com a mesma facilidade que as ações e os comanditeis despencam nos complexos conglomerados financeiros. A nova peleja entre classes se dá no ringue financeiro, e o que está em jogo não são mais direitos trabalhistas, mas o próprio emprego.

Hoje, é extremamente importante considerar o contexto de luta e compromissos internacionais assumidos em prol da ampliação e efetivação dos Direitos Humanos dos migrantes. É preciso reconhecer o novo, di-

fícil e conflitivo papel dos Estados Nacionais e das políticas sociais em relação aos processos internacionais e internos de distribuição da população no espaço - cada vez mais desigual e excludente. Há que se tomar em conta as tensões entre os níveis de ação internacional, nacional e local. É de fundamental importância considerar que os movimentos migratórios internacionais constituem a contrapartida da reestruturação territorial planetária - que, por sua vez, está intrinsecamente relacionada à reestruturação econômico-produtiva em escala global. (LOPES, 2019)

Nessa realidade, os fluxos migratórios humanos, empurram verdadeiras populações de um lado para o outro do planeta, sendo levados a buscar condições mínimas de sobrevivência.

O cenário atual indica que, décadas depois da promulgação da DUDH, o número de pessoas deslocadas no mundo ultrapassa 68 milhões. São cidadãos de diversos locais no mundo, que seguem num cortejo deprimente, com famílias inteiras, sob os olhares preocupados das nações envolvidas e de governantes desorientados acerca das medidas adequadas e possíveis. Deste total, 25 milhões são refugiados – pessoas fugindo de conflito ou perseguição – que cruzaram uma fronteira internacional, enquanto 40 milhões são deslocados dentro de seus próprios países. O restante é formado por solicitantes de refúgio – pessoas que podem, ou não, ser determinadas como refugiadas (NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL, 2018).

Em pronunciamento recente, o secretário-geral da ONU, António Guterres afirmou que “não se pode impedir que as pessoas fujam para salvar suas vidas. Elas virão. A escolha consiste em como iremos gerenciar suas chegadas, e o quão humanamente?”

Nos documentos disponíveis da ONU, o direito de buscar asilo não é irrestrito. O Artigo 14 deixa claro que o deslocamento entre fronteiras – incluindo migrantes, solicitantes de refúgio e refugiados – se tornou o tema mais complexo da atualidade. Para exercer o direito articulado no Artigo 14, as pessoas devem efetivamente entrar em outro país. Hoje, existem países que, deliberadamente, fecham as portas, afastando refugiados e outros migrantes com cercas de arame farpado, muros e exércitos. Os EUA deram vergonhoso exemplo das constatações ao transformar a medida de construção de um muro na fronteira com o México, para conter fluxos migratórios, uma plataforma de campanha eleitoral, a qual está se materializando, como um gigantesco monumento de afronta aos marcos civilizatórios dos tempos atuais.

2. O século do desterro

O século XX foi marcado por dois grandes conflitos mundiais. Como consequência dramática, a guerra contabilizou milhões de mortos, entre soldados e civis. Mas, outros fantasmas rondaram a humanidade. Em uma sociedade de homens, seguros de terem alcançado, a partir dos avanços da ciência, os marcos civilizatórios e regulatórios para uma nova sociedade, as bombas lançadas sobre as cidades japonesas de Hiroshima e Nagasaki, derramaram depressão e desalento sobre o futuro da humanidade.

Os mortos da guerra, muitos jovens soldados, deixaram, especialmente nas mães e pais, uma representação interna dos escombros e perdas materiais expostos para todos os lados que alcançasse a vista. Dessa ferida, material e espiritual, brotam milhões de refugiados que, ao redor do planeta, haviam sido forçados a deixar seus países de origem devido às hostilidades ou em razão de perseguições em razão de sua raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política. Estima-se em mais de 40 milhões de pessoas o número de deslocados à força apenas na Europa ao final da guerra. A partir de uma vivência coletiva de grandes deslocamentos, o sofrimento intenso no corpo físico enseja uma perda gigantesca, da experiência do pertencimento, chamado de maneira emblemática por Weil (2001) de enraizamento:

O enraizamento é talvez a necessidade mais importante e mais desconhecida da alma humana. É uma das mais difíceis de definir. Um ser humano tem raiz por sua participação real, ativa e natural na existência de uma coletividade que conserva vivos certos tesouros do passado e certos pressentimentos de futuro. Participação natural, ou seja, ocasionada automaticamente pelo lugar, nascimento, profissão, meio. Cada ser humano precisa ter múltiplas raízes. Precisa receber a quase totalidade de sua vida moral, intelectual, espiritual, por intermédio dos meios dos quais faz parte naturalmente. (2001, p. 43)

As relações sociais no interior de um mesmo país podem ser fatores muito perigosos de desenraizamento. De acordo com a tese de Weil (2001) dos pilares que envenenam e propagam o ódio, chamado por ela de doença da sociedade figuram o dinheiro e o resultado dele, o poder.

O dinheiro destrói as raízes em toda a parte onde penetra, substituindo todos os móveis pelo desejo de ganhar. Vence sem dificuldade todos os outros móveis porque pede um esforço de atenção muito menos. Nada é tão claro e tão simples quanto uma cifra. (p.44)

A situação dos refugiados e o dever de protegê-los consistiram, portanto, em dois dos mais significativos temas da agenda política presentes na elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

No mundo atual, especialmente nos últimos cinco anos, a Europa assiste assombrada um processo migratório: refugiados do mundo inteiro cruzam as fronteiras bem montadas da União Europeia para reclamar seu quinhão, no que seria o saldo do que a humanidade produziu. Um discurso social impera, entre o vociferar e o balbucio, entre o dito e o calado: *seria muita pretensão, dessa gente retirante e sem mérito, pensar a partir da ideia de saldo; melhor falar em despojos, migalhas do que sobra de uma sociedade que está tão bem montada no sucesso*. Olhando por um outro prisma, esses *invasores*, são pessoas sem qualquer rumo ou projeto. Como recebe-los? Como acolher tantos em lugares já bem demarcados pelo território da propriedade privada? Como inserir tanta gente sem qualificação em um espaço, já por demais, ocupado e desgastado? O que podemos oferecer?

O crescimento exponencial de migrantes forçados em todo o mundo se justifica pelas crescentes ocorrências catastróficas no aspecto humanitário, como: crises, conflitos políticos e sociais, guerras e desastres naturais. Em 2015, migrações forçadas alcançaram 65,3 milhões de pessoas no final do ano. O Brasil também vem sendo impactado por esse novo fluxo migratório internacional. Segundo dados

do CONARE (Conselho Nacional de Refugiados, 2016), o Brasil possui, atualmente (junho de 2016), 8.863 refugiados reconhecidos, de 79 nacionalidades distintas (28,2% deles são mulheres) – incluindo refugiados reassentados. Os principais grupos são compostos por nacionais: da Síria (2.298), Angola (1.420), Colômbia (1.100), República Democrática do Congo (968) e Palestina (376). O Brasil é signatário dos principais tratados internacionais de direitos humanos e é parte da Convenção das Nações Unidas de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados e do seu Protocolo de 1967. O país promulgou a sua lei de refúgio (nº 9.474/97) adotando a definição ampliada de refugiado estabelecida na Declaração de Cartagena de 1984, que considera a “violação generalizada de direitos humanos” como uma das causas de reconhecimento da condição de refugiado (GALINA et al., 2017).

3. As crianças refugiadas

Quantas crianças, para apelar para a sensibilidade afetiva, vivendo sob a égide da guerra, da violência, da fome, da miséria e do abandono?

Este cenário está distante? Perdido, asséptico, nas fronteiras mediterrâneas que dividem norte e sul, Europa e África? Por certo, não. Bem perto, com certeza. Na fronteira com a Venezuela. Na fronteira sutil e marcante entre os bairros requintados do Rio de Janeiro e os bolsões de pobreza, visíveis das sacadas, menos valorados que a vista para o mar. Nos recônditos das fábricas noturnas, na cidade de São Paulo, em que clandestinas máquinas de costuras são pilotadas por famílias inteiras de bolivianos. No Largo do Paissandu, a amostra viva dessa proximidade: as crianças são exposição dramática desse espetáculo, sem lar, excluídas das réstias de dignidade. Nos bairros de Bauru, muros se erguem em nome da segurança.

A pedagogia da Emergência, que no Brasil tem sido propagada pelos trabalhos do Educador Reinaldo Nascimento, aponta caminhos possíveis de intervenção junto aos refugiados, especialmente as crianças, mas também com adultos. Criada em 2006, quando Bernd Ruf, professor Waldorf alemão especializado em crianças com deficiência, esteve no Líbano em meio à guerra entre Israel e o Hezbollah para acompanhar o repatriamento de 21 jovens libaneses. Graças à sua experiência, Ruf sabia que nas fases iniciais do trauma é relativamente fácil ajudar uma criança a superar uma experiência difícil e incorporá-la de forma positiva à própria biografia. Ele também tinha consciência de que se demorasse muito, o trauma poderia se tornar crônico. O trabalho seria mais difícil e as sequelas, mais graves. O professor retornou para a Alemanha e, algumas semanas depois, embarcou novamente para Beirute, acompanhado de um grupo de pedagogos e terapeutas empenhados em utilizar os recursos da pedagogia Waldorf para ajudar a cicatrizar as feridas emocionais das crianças e jovens da região. Nascia assim o primeiro impulso da pedagogia de emergência.

Nesse ponto, o texto abre um importante ponto de discussão, que amplia a temática Direitos Humanos e Refugiados no ponto mais dramático: o que se faz diante da brutalidade sofrida por crianças nos quatro quadrante da terra? No Iraque, destruído pela guerra, um menino se aproxima atordoado. Vem por que ficou sabendo que atendiam crianças. O que fazer diante desse cenário de completa falta de esperança? Quais caminhos para a percepção de uma completa falta de caminhos? Amparado pelo princípio que o guia, na emergência de uma pedagogia

do aqui e agora, *sem frescuras* teóricas ou metodológicas, essa criança é acolhida no desespero de ambos (CORRER, 2019). Portadora de sua própria biografia, repleta de traumas e sofrimentos, é acolhida na sua inteireza. O que se faz? Brincar. O brincar reduz o desespero compartilhado entre o educador e o educando. Ambos subvertem o subproduto da própria humanidade. Acolhe e brinca. No aqui e agora, a consciência se desdobra num fazer alegre. No ser-aí-no tempo, apontado por Heidegger, um e outro se encontram naquilo que é possível, tanto na temporalidade quanto no potencial que se atualiza e possibilita o reencontro com o ser (ROEHE e DUTRA, 2014).

4. Uma sociedade em conflito: os novos refugiados

Em meio a uma sociedade que caminha para uma guerra de todos contra todos, as brigas são apoiadas em sutilezas e quinquilharias totalmente banais, besteiras.

Em breve, assistir-se-á o emergir de sombras que existem na constituição humana, o pior que pode existir em todos nós. A consciência destes caminhos e possíveis desfechos, quando chegarem as crianças, a alguns metros da minha casa, separadas com grades cada vez mais altas, será traduzida no dilema: como responder a esses seres humanos sem rumo? As pessoas buscam o melhor de si a cada momento de suas existências. Contudo, ela não pode se puxar pelos próprios cabelos, como nos aponta Bock (1999) em que afirma que o homem, colocado na visão liberal, é pensado de forma descontextualizada, cabendo a ele a responsabilidade por seu crescimento e por sua psicológica. Um homem que “puxa pelos seus cabelos e sai do pântano por um esforço próprio”. Um homem que é dotado de capacidades e possibilidades que lhe são inerentes, naturais. Um homem dotado de uma natureza humana que lhe garante, se desenvolvida adequadamente, ricas e variadas possibilidades. A sociedade é apenas o *lôcus* de desenvolvimento do homem. É vista como algo que contribui ou impede o desenvolvimento dos aspectos naturais do homem. Cabe a cada um o esforço necessário para que a sociedade seja um espaço de incentivo ao seu desenvolvimento. As condições estão dadas, cabe a cada um aproveitá-las.

Ao que parece, vive-se sob um imenso ofuscamento, no qual a realidade se desenha como um produto das escolhas das pessoas, bastando, dessa maneira, escolher esse ou aquele caminho... essa ou aquela conduta. É preciso enxergar para além dessas primeiras camadas do real.

Os dados fornecidos pela ONU atestam que as pessoas fogem – e continuarão fugindo – por conta dos perigos que deixam para trás, independentemente dos perigos e obstáculos que estão pela frente. Apesar de esforços para erguer uma “Europa fortificada”, refugiados e migrantes continuam arriscando suas vidas em barcos infláveis, tentando cruzar o Mediterrâneo para chegar ao continente europeu. Desde 2014, a cada ano, ao menos 3 mil pessoas perderam suas vidas desta maneira. Em 2016, quase 5 mil pessoas morreram no mar. Muitas outras morreram durante jornadas terrestres.

Quando se pensa nos caminhos a serem trilhados nas próximas décadas, é impossível imaginar que populações inteiras ficarão, diante das anunciadas e desprezadas previsões acerca das mudanças climáticas, esperando para verem seus filhos morrerem por falta de comida e água. Cenários dramáticos profetizam que

parcela da Europa e Ásia serão afetadas pelo aquecimento global. Em lugares de alta densidade populacional, é previsível que ocorram deslocamentos em massa da China e Rússia para fugir de consequências hostis a produção de alimentos ou de resultados de desordenado crescimento econômico, poluição e esgotamento de recursos naturais. Uma nova e dramática decisão deverá ocupar a aplicação da DHDH, em que, muitas pessoas que possuem claras necessidades de proteção, e deixam suas casas por razões fora de controle, não recebem refúgio porque não se encaixam na definição de “refugiado”. A redefinição abrangerá os chamados “refugiados climáticos” a partir das lacunas e desafios impostos por essa nova ordem mundial. As informações obtidas não permitem um claro diagnóstico acerca de quantas pessoas se deslocaram entre fronteiras por conta das mudanças climáticas, mas estatísticas de deslocamento interno são ilustrativas. O Centro de Monitoramento de Deslocamentos Internos estima que, de 2008 a 2016, desastres relacionados às condições meteorológicas deslocaram, em média, 21,7 milhões de pessoas dentro de seus próprios países a cada ano. Isto não inclui problemas mais lentos relacionados às mudanças climáticas, como aumento dos níveis dos mares, intrusão salina — fenômeno pelo qual uma massa de água salgada penetra em uma massa de água doce — ou desertificação de terras agrícolas.

Similarmente, pessoas deslocadas pela fome em muitos casos não são consideradas refugiadas pela definição da Convenção de 1951, ou pelas diversas formas expandidas de proteção aos refugiados. Ainda que claramente estejam precisando de proteção e assistência — e, se não podem ter isso em casa, não têm opção a não ser ir ao exterior.

O Pacto Global para as Migrações pede para países “cooperarem para identificar, desenvolver e fortalecer soluções para migrantes compelidos a deixar seus países de origem por conta de desastres naturais, dos efeitos adversos das mudanças climáticas e degradação ambiental”. Para tais pessoas que não são capazes de voltar para seus países, soluções concebidas no pacto incluem realocação planejada e novas opções de vistos (NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL, 2018).

5. Considerações finais

Ao tentar alinhar os conceitos emergentes neste ensaio, desterro, desenraizamento, refúgio com Psicologia e Direitos Humanos, a composição de um tecido de análise e síntese, direciona-se para uma imagem emblemática: ninguém nasce homem, mulher e, tampouco, refugiado. Em especial, essas contribuições mostram-se úteis para a compreensão do processo de se tornar refugiado, pois a própria definição de refugiado gera uma série de debates sobre aspectos objetivos e subjetivos na avaliação do que venha a ser o “fundado temor de perseguição”, bem como propicia um novo olhar sobre a intersubjetividade que se inicia na entrevista, mas não se encerra nesta, refletindo a complexa teia entre os atores internacionais. A psicóloga Carolina Moreira de Alcântara, em alusão ao dia mundial do refugiado (20 de junho) posiciona a psicologia como depositária de uma responsabilidade frente aos problemas enfrentados. A ameaça de morte, o rompimento de vínculos sociais, afetivos e a própria situação de vulnerabilidade sócio-político-econômica que os solicitantes de refúgio vivenciam desde a saída de seus países até à chegada em um novo território podem constituir fatores de risco, levando ao sofrimento psíquico (ALCANTARA, 2018) traz a reflexão a ideia de que, no universo obscuro, no trânsito de pessoas e de documentos por entre instituições, aqueles

que solicitam refúgio, a cada nova documentação que obtêm, vão sendo produzidos como sujeitos que se discriminam perante o Estado: ou seja, passíveis de categorização e reconhecimento dentro do status jurídico de refugiado. Assim, reúnem-se os laços entre a produção de uma ideia do que seja uma lógica internacional de direitos, o que o desalento produzido pelas guerras em forma de Direitos do Homem e os despojos de uma sociedade que se fundamentou na égide de uma suposta regulação de mercado. Os sintomas de um novo colapso humanitário estão cada vez mais explícitos. Para não concluir, o desenlace talvez passe pela resposta que deva ser dada as futuras gerações, as nossas crianças. Qual passo a humanidade deverá dar para galgar um degrau qualitativamente superior rumo a civilização? Sem um caminho de resolução fácil, pode-se vislumbrar que passa necessariamente pela profunda compreensão dos pilares que se elevaram e sustentam a nossa própria barbárie.

No ano em que a humanidade celebra sete décadas da Declaração Universal dos Direitos Humanos, as comemorações reacendem a esperança de que se possa, em tempo próximo, vê-la saltar dos belos discursos retóricos para tomar, de assalto, as ruas, as mentes e os corações dos homens, indistintamente.

Referências

ALCANTARA, Carolina Moreira de. *Sobre a fenomenologia de torna-se refugiado*. Post do Conselho Regional de Psicologia 01; DF, 2018. Disponível em <<http://www.crp-01.org.br/?p=7816>>.

BOCK, Ana Mercês Bahia. *Aventuras do Barão de Munchhausen na psicologia*. São Paulo: Cortez; EDUC, 1999.

CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA/PR. *Caderno de psicologia e direitos humanos: compromisso com a transformação da realidade*/Bruno Jardini Mäder (org.) – Curitiba : CRP-PR, 2016. 96 p. – (Psicologia em diálogo)

CORRER, Rinaldo. Entre o refúgio e o desterro: análise da narrativa testemunhal de Josef David Yaari. *Revista JurisFIB*, Edição Especial 20 anos FIB, Bauru/SP, 2018.

GALINA, Vivia Fadlo; SILVA, Tatiana Barbosa Bispo da; HAYDU Marcelo; MARTIN, Denise. A saúde Mental dos refugiados: um olhar sobre estudos qualitativos. *Interface* (Botucatu), v. 21, n. 61, pp. 297-308, 2017.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *Artigo 14: Direito a asilo*. 03/12/2018 Disponível em <<https://nacoesunidas.org/artigo-14-direito-a-asilo/>>, acesso em set/2019.

PATARRA, Neide Lopes. Migrações internacionais de e para o Brasil contemporâneo: volumes, fluxos, significados e políticas. São Paulo *Perspec.*, São Paulo, v. 19, n. 3, pp. 23-33, Sept. 2005. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392005000300002&lng=en&nrm=iso>, acesso em 04/set/2019.

ROEHE, Marcelo Vial; DUTRA, Elza. Dasein. O entendimento de Heidegger sobre o modo de ser humano. *Avances en Psicología Latinoamericana*, v. 32, n. 1, pp. 105-113, 2014. doi: [dx.doi.org/10.12804/apl32.1.2014.07](https://doi.org/10.12804/apl32.1.2014.07).

WEIL, Simone. *O Enraizamento*. São Paulo: EDUSC, 2001.

10. A REMIÇÃO DE PENAS EM RAZÃO DA VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Carlos Reis da Silva Júnior

Mestre em Direito Constitucional

Especialista em Direito Civil e Processual Civil

Chefe de Seção Judiciária da 2ª Vara de Execuções Penais da Comarca de Bauru

Professor universitário

1. Introdução

O Código Penal, em seu artigo 32, prevê três modalidades de penas a serem aplicadas quando do cometimento de crimes, nos seguintes termos: *“As penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa”*.

O mesmo diploma legal apresenta como as penas privativas de liberdade devem ser cumpridas, principalmente levando em consideração o sistema progressivo para o cumprimento de penas. Nos termos do artigo 33 do Código Penal temos:

Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

A Constituição Federal, por outro lado, apresenta o rol de penas que não poderão ser aplicadas no Direito Penal pátrio, nos termos do artigo 5º, inciso XLVII:

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

Em complementação temos no artigo 1º da Lei 7.210/1984 – Lei de Execução Penal, o seguinte dispositivo:

Artigo 1º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

O que demonstra claramente que o principal objetivo da pena é de proporcionar ao sentenciado, seja condenado ou internado, efetivas condições para a integração social.

A Lei de Execução Penal ainda determina que ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, protegendo todos aqueles direitos que não foram objetivamente restringidos por uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado ou mesmo uma sentença absolutória impropria, também com trânsito em julgado.

Importante consignar que os presos ou internados tem garantida a assistência estatal de forma a orientar o seu retorno à convivência em sociedade.

A assistência do Estado será material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, nos termos do artigo 11 da Lei de Execução Penal.

O legislador também disponibilizou alguns institutos com a finalidade de diminuir o período de permanência do sentenciado no cárcere, como as figuras do indulto, comutação, detração e remição.

O indulto tem por finalidade extinção da punibilidade do sentenciado, mediante o preenchimento de condições referentes a elementos objetivos, tempo de cumprimento da sanção penal, e elementos subjetivos, ausência de falta grave nos últimos 12 (doze) meses. Preenchidos os requisitos será extinta a punibilidade do agente, nos termos do artigo 107, inciso II, terceira figura.

A Lei de Execução Penal disciplina o indulto nos artigos 187 a 193, consignando que o indulto poderá ser individual ou coletivo, artigos 188 e 193 da LEP.

A comutação de penas caracteriza-se pelo abatimento da pena privativa de liberdade em razão do cumprimento de requisitos objetivos e subjetivos apresentados no Decreto que institui o chamado “Indulto Natalino”. O Decreto nº 9.246, de 21 de dezembro de 2017 regulou a aplicação da comutação de penas aqueles que tenham preenchido os requisitos da comutação até 25 de dezembro de 2017.

A detração de penas vem disciplinada no artigo 42 do Código Penal, nos seguintes termos:

Art. 42. Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.

Ainda, como forma de diminuir o período de encarceramento, temos a figura da remição de penas. É importante consignar que o período remido será computado como pena efetivamente cumprida, auxiliando, portanto, no preenchimento dos lapsos temporais necessários à progressão e livramento condicional, isso nos termos do artigo 128 da Lei de Execuções Penais.

Conforme Nucci:

Trata-se do desconto na pena do tempo relativo ao trabalho ou estudo do condenado, conforme a proporção prevista em lei. É um incentivo para que o sentenciado desenvolva uma atividade laboroterápica ou ingresse em curso de qualquer nível, aperfeiçoando a sua formação. Constituindo uma das finalidades da pena a reeducação, não há dúvida de que o trabalho e o estudo são fortes instrumentos para tanto, impedindo a ociosidade perniciosa no cárcere. Ademais, o trabalho constitui um dos deveres do preso (art. 39, V, LEP).

A remição somente é viável quando o sentenciado estiver nos regimes fechado e semiaberto, pois, nessas hipóteses, como regra, deve trabalhar ou estudar no próprio estabelecimento penitenciário. No regime aberto, não cabe remição pelo trabalho, pois é obrigação do condenado, como condição para permanecer no mencionado regime, o exercício de atividade laboral honesta.

Entretanto, a Lei 12.433/2011 permitiu a remição, em regime aberto, pelo estudo, como forma de incentivo ao sentenciado para tal atividade (art. 126, § 6.º, LEP). (NUCCI, 2018, p.175)

A primeira forma de remição que verificaremos é a remição pelo trabalho, observando que o sentenciado que cumpre pena nos regimes fechado e semiaberto poderá remir por trabalho parte do tempo de execução da pena.

A contagem para efeitos de remição pelo trabalho será realizada a razão de 01(um) dia de pena a cada 03 (três) dias de trabalho, nos termos do artigo 126, § 1º, inciso I, da Lei de Execução Penal.

Quanto ao direito de remição por estudo, prevista também no artigo 126 da LEP, o sentenciado poderá remir o período de estudo, quando em regime fechado ou regime semiaberto, a razão de 01 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de estudo.

O estudo para fins de remição poderá ser de forma presencial ou a distância e os cursos podem ser regulares ou profissionalizantes.

O Conselho Nacional de Justiça, através da Recomendação nº 44 de 26/11/2013, apresentou critérios para a remição através da leitura de obras literária, clássica, científica ou filosófica, dentre outras, possibilitando que o sentenciado venha a remir parte da sanção penal pela leitura, a base de 04 (quatro) dias por obra, em um período de 21 (vinte e um) a 30 (trinta) dias para a leitura da obra,

apresentando ao final do período resenha a respeito do assunto, possibilitando, segundo critério legal de avaliação, a remição de 4 (quatro) dias de sua pena e ao final de até 12 (doze) obras efetivamente lidas e avaliadas, a possibilidade de remir 48 (quarenta e oito) dias, no prazo de 12 (doze) meses, de acordo com a capacidade gerencial da unidade prisional.

Assim, busca-se, como mencionado estimular comportamentos que permitam o crescimento do sentenciado e, ao mesmo tempo, possibilitem uma menor permanência no ambiente deletério do cárcere.

2. A superlotação carcerária como desafio à dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal de 1988, além de criar o novo Estado brasileiro, fazendo-o consentâneo aos anseios sociais e políticos do povo brasileiro, trouxe como suportes para atingir os objetivos almejados os Princípios Fundamentais, elencados em seu art. 1º, quais sejam: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

O Estado é o responsável, como acima mencionado, por assegurar todos os direitos do sentenciado não atingidos pela sentença ou pela lei, e muitas vezes, como verificamos diariamente, através dos meios de comunicações, falha na garantia de direitos inerentes à pessoa humana.

Assim, de início, deve ser salientado que todos os direitos fundamentais encontram sua nascente no princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo básico e formador de todo ordenamento jurídico, e que este, por tal motivo, é elemento comum aos direitos fundamentais, seja para sua aplicação ou para redução.

Entre inúmeros problemas estruturais e organizacionais dos estabelecimentos prisionais em nosso país, a superlotação carcerária tem se mostrado como a face mais cruel da omissão do Estado, produzindo inúmeras violações aqueles que se encontram sob a tutela estatal.

Importante salientar que, apesar dos vários institutos existentes no Código Penal e na Lei de Execução Penal, visando evitar o encarceramento ou minimizar a permanência de sentenciados nos estabelecimentos prisionais, a superlotação só vem crescendo ao longo dos anos, conforme demonstram os dados disponíveis no INFOPEN com uma evolução de 442.400 (quatrocentos e quarenta e dois mil) presos em 2007 para 726.350 (setecentos e vinte e seis mil, trezentos e cinquenta) em 2017, quando da tabulação dos últimos dados disponíveis no site do mencionado instituto.

Ressalte-se que não estão computadas as pessoas vinculadas apenas pelo Poder Judiciário, como aqueles que estão em regime aberto, e também as pessoas custodiadas nas delegacias e vinculadas à Segurança Pública.

Também é importante saliente que o sistema penitenciário brasileiro, abrangendo o federal, o distrital e os estaduais, possuem cerca de 423.242 (quatrocentos e vinte e três mil, duzentas e quarenta e duas) vagas. Assim, resta um déficit de 303.112 (trezentas e três mil e cento e doze) vagas, com uma taxa de ocupação de 171,62%. Há, portanto, evidente e brutal descompasso entre o número de pessoas encarceradas e número de vagas destinadas nos estabelecimentos prisionais.

Outra questão bastante relevante é a existência de 33% (trinta e três) por cento dos sentenciados sem condenação, os chamados presos provisórios, que são pessoas presas em decorrência de prisão preventiva ou temporária.

A superlotação, como acima mencionado, acaba gerando diversas violações a direitos fundamentais, especialmente quanto à ofensa à dignidade, intimidade, higidez física e integridade psíquica, haja vista que, em razão de ser o sentenciado custodiado pelo Estado, este tem o dever de preservar o recluso em condições dignas e saudáveis.

Resta evidente que o combate à superlotação carcerária é um problema essencialmente político, afetando diretamente os membros da sociedade, as pessoas em gerais e carecendo de uma solução que passa pelas funções estatais, principalmente os poderes executivo e legislativo, haja vista a necessidade inicialmente de investimentos em unidades prisionais adequadas, mormente aquelas que privilegiem um acesso ou contato maior do sentenciado com a sociedade, o que seria função do poder executivo, em duas várias esferas.

Não se diga que os agentes públicos nacionais estão fazendo aquilo que é possível, ante a escassez de recursos orçamentários, haja vista que a finalidade precípua da sanção penal é a reintegração social do condenado, possibilitando a eles as melhores condições de vida e dignidade.

Importante salientar o custo de cada recluso aos cofres públicos, como mencionou o Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto:

Não bastasse, a política de encarceramento em massa é extremamente onerosa aos cofres públicos. De acordo com informações do Depen, mesmo nas condições precárias atuais, os Estados gastam, em média, cerca de R\$ 2 mil por mês para a manutenção de cada detento¹³. Já o custo médio de construção de cada nova vaga é de R\$ 43.835,20, no regime fechado, e R\$ 24.165,19, no semiaberto. Dessa forma, para zerrar o atual déficit de vagas, seria necessário investir mais de R\$ 10 bilhões somente na construção de presídios.

Quanto ao poder legislativo, indispensável a realização de atualizações e alterações legislativas que modernizem a legislação penal, processual penal e a Lei de Execução Penal, tornando-as condizentes com os tempos atuais.

Portanto, resta evidente que é dever do Estado atender minimamente as condições carcerárias previstas em lei relativamente aos que estão sob sua custódia, como forma de reeducá-los para o retorno à sociedade.

3. Da remição de penas em razão da violação de direitos fundamentais

Como mencionado anteriormente, a legislação penal possui vários instrumentos que visam abreviar a permanência do sentenciado no cárcere e, entre tais instrumentos focaremos especial atenção na remição de penas.

Além das figuras da remição pelo trabalho, estudo e leitura, que são amplamente utilizadas no ordenamento jurídico brasileiro, é essencial buscarmos novas experiências positivas e, entre elas, bastante interessante é a figura apresentada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, em voto no Recurso Extraordinário nº 580.252 – Mato Grosso do Sul.

No mencionado recurso temos a ação movida por sentenciado preso, condenado a 20 anos de reclusão por crime de latrocínio (art. 157, § 3º, do CP), visando ao pagamento de indenização por dano moral causado pelas condições a que está submetido no cumprimento de pena em estabelecimento prisional situado no Município de Corumbá, Mato Grosso do Sul.

O pedido originário foi julgado improcedente, mas a sentença foi reformada, por maioria, em sede de apelação. O valor da indenização por danos morais foi fixado em R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Opostos embargos infringentes, foram acolhidos, para restaurar a sentença de improcedência.

No recurso extraordinário, o recorrente apontou ofensa aos artigos 5º, III, X, XLIX; e 37º, § 6º, da Constituição, e também ao artigo 5º do Pacto de São José da Costa Rica, informando que a submissão do recorrente a tratamento desumano e degradante foi expressamente reconhecida pelo acórdão recorrido, o que é causa sofrimento configurador de violação a direitos fundamentais.

O recorrido admitiu o caos do sistema prisional do Estado do Mato Grosso do Sul, tendo o Governador reeditado, por diversas vezes, o Decreto “E” n. 41, de 16/05/2005, no qual faz as considerações necessárias para decretar a “Situação de Emergência” nos presídios.

O recurso extraordinário teve seguimento negado na origem, sob o fundamento de necessidade do reexame do conjunto fático probatório dos autos, esbarrando na súmula 279/STF, sendo determinada sua conversão em recurso extraordinário.

Submetidos os autos ao pleno do Supremo Tribunal Federal, foi reconhecida a existência de repercussão geral da matéria.

Passamos, então, a tratar especificamente da figura da remição em razão da violação de direitos fundamentais.

É interessante consignar a manifestação inicial do Ministro Luís Roberto Barroso, nos seguintes termos:

A sociedade brasileira tem vivido, ao longo dos últimos anos, a aflição do aumento progressivo da criminalidade, associada a uma sensação difusa de impunidade. Nada obstante, o país apresenta uma das maiores populações carcerárias do mundo, em curva ascendente. As más condições da maior parte dos presídios do país trazem consequências que saltam aos olhos, dentre as quais é possível destacar (i) a realidade da criminalidade e da violência, por serem as prisões escolas do crime; e (ii) as estatísticas impressionantes da reincidência, pela incapacidade de o sistema promover a ressocialização dos presos.

4. Inevitavelmente, uma maior seriedade na aplicação do direito penal – e não necessariamente o seu endurecimento – exige o aporte de mais recursos para o sistema. É preciso deixar isso claro para que a sociedade participe do debate público sobre o tema e faça escolhas esclarecidas. Tomem-se dois exemplos. O primeiro: o senso comum considera leniente o sistema em que o preso, como regra, progride de regime após cumprir 1/6 (um sexto) da pena. Porém, mesmo nesse modelo, que realiza uma espécie de rodízio na permanência no cárcere, existe uma carência de mais de 200 mil vagas no sistema. Segundo

exemplo: a falta de estabelecimentos para o cumprimento da pena nos regimes semiaberto e aberto leva, em muitos Estados, à prisão domiciliar. Tal modalidade de prisão, sem o monitoramento adequado, produz frustrante sensação de impunidade. Para solução de ambos os problemas, são necessários investimentos na construção de presídios e abertura de novas vagas.

A figura básica da remição em questão está relacionada aos danos suportados pelos sentenciados submetidos a tratamento desumano ou degradante durante o período de cumprimento de pena privativa de liberdade ou mesmo durante o período das prisões processuais.

Como é do conhecimento público, a superlotação carcerária tem sido o estopim para a explosão de diversos conflitos dentro do cárcere, as brigas entre detentos, abusos sexuais, guerras entre facções do crime organizado, resultando em centenas de mortes em vários Estados da Federação.

Além disso, mas também de maneira bastante significativa, os casos de doenças contagiosas que se espalham entre os presos em razão das péssimas condições de higiene e salubridade, como a tuberculose e a sarna, apenas como exemplos iniciais.

As notícias de presos amontoados, fazendo revezamento para dormir, em razão da falta de espaço; o calor fustigante e o convívio com ratos, baratas e outras insetos e animais.

Nesse sentido, manifestou-se o Ministro Barroso em seu voto:

Tragicamente, o encarceramento em celas superlotadas e em condições degradantes e desumanas não é situação excepcional e isolada que afete apenas o recorrente. Pelo contrário, a superpopulação e a precariedade das condições dos presídios correspondem a problemas estruturais e sistêmicos, de grande complexidade e magnitude, que resultam de deficiências crônicas do sistema prisional brasileiro. Tais problemas afetam um contingente significativo de presos no país.

Tudo isso reflete, sem dúvida, a necessidade de busca de mecanismos visando, pelo menos, a compensação ao recluso por maus tratos suportados.

Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, o governo italiano estabeleceu um mecanismo de reparação aos danos morais suportados pelos presos, de maneira compensatória, consistente na remição de 1(um) dia de pena para cada 10 (dez) dias de detenção em condições degradantes ou desumanas.

Os detentos que não estiverem mais sob a tutela do Estado ou com pena já cumprida, mas que passaram por violações a seus direitos fundamentais, poderão pleitear uma indenização pré-fixada em 08(oito) euros por dia de prisão em condições desumanas ou degradantes.

A solução referente a remição por ofensa a direitos fundamentais possui uma dinâmica além da simples compensação ao sentenciado pelo dano suportado e que também vai além da responsabilização o ente estatal, possibilitando o combate a superlotação carcerária, a partir do momento em que o agente beneficiado pela remição poderá obter a progressão de penas com mais rapidez e também, sendo o caso, deixar o cárcere, passando ao regime aberto ou obtendo o livramen-

to condicional, em razão do computo dos dias remidos como pena efetivamente cumprida.

A figura mencionada, como esclarece o Ministro Barroso, não é estranha ao ordenamento jurídico brasileiro, nos seguintes termos:

Essa lógica não é estranha ao ordenamento jurídico brasileiro. Ao contrário, trata-se da mesma ratio adotada na concessão de aposentadoria especial a quem tenha trabalhado em condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Nesses casos, por autorização constitucional expressa (arts. 40, § 4º, III e 201, § 1º, CF), adotam-se critérios diferenciados para a contagem do tempo de contribuição, de modo que os segurados possam se aposentar mais cedo, afastando-se das atividades nocivas. A concessão do benefício previdenciário justifica-se exatamente pela presunção de que a exposição a agentes biológicos, físicos e químicos causa um desgaste maior a esses trabalhadores, de modo que, como já decidiu esta Corte, “não se lhes pode exigir o cumprimento do mesmo tempo de contribuição que aqueles empregados que não se encontram expostos a nenhum agente nocivo” 55. O benefício contribui para o problema da superlotação No Brasil, muito embora a remição da pena como meio indenizatório ainda não tenha sido cogitada pelo Direito, ela é inteiramente reconduzível ao sistema normativo vigente, tanto em sua lógica estruturante, quanto em sua forma e modo de execução. É o que se passa a demonstrar. 110. Primeiro, sua lógica estruturante corresponde à ideia de que o tempo de pena cumprido em condições degradantes e desumanas deve ser valorado de forma diversa do tempo cumprido nas condições normais, previstas em lei. Parece nítido que a situação calamitosa dos cárceres brasileiros agrava a pena imposta ao preso e atinge de forma mais intensa a sua integridade física e moral. Nesse sentido, a redução do tempo de prisão nada mais é do que o restabelecimento da justa proporção entre delito e pena que havia sido quebrada por força do tratamento impróprio suportado pelo detento. 111. Essa lógica não é estranha ao ordenamento jurídico brasileiro. Ao contrário, trata-se da mesma ratio adotada na concessão de aposentadoria especial a quem tenha trabalhado em condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Nesses casos, por autorização constitucional expressa (arts. 40, § 4º, III e 201, § 1º, CF), adotam-se critérios diferenciados para a contagem do tempo de contribuição, de modo que os segurados possam se aposentar mais cedo, afastando-se das atividades nocivas. A concessão do benefício previdenciário justifica-se exatamente pela presunção de que a exposição a agentes biológicos, físicos e químicos causa um desgaste maior a esses trabalhadores, de modo que, como já decidiu esta Corte, “não se lhes pode exigir o cumprimento do mesmo tempo de contribuição que aqueles empregados que não se encontram expostos a nenhum agente nocivo ” 55. O benefício configura, portanto, uma “compensação legal ” 56, que se presta a reparar o segurado sujeito a condições laborais inadequadas. Como se vê, trata-se de lógica muito semelhante, se não idêntica, à da remição da pena como forma de compensar os danos morais sofridos pelos presos por condições degradantes de detenção.

Além disso, poderá o sentenciado buscar eventual indenização civil pelo dano suportado, seja ele moral ou material.

A remição por violação de direitos fundamentais corresponde ao instituto da remição penal, previsto na Lei de Execução Penal.

O mecanismo da remição da Lei de Execução Penal consiste no direito do preso de reduzir o tempo de cumprimento da pena, em razão do trabalho, do estudo ou leitura, possuindo um sentido ressocializador.

Busca, como já mencionado, estimular o sentenciado recluso a desenvolver atividades que lhe darão melhores condições de ingressar na sociedade. A remição penal por violação de direitos fundamentais, apesar de possuir um caráter de reparação de danos, também possui o sentido de preservar a dignidade do sentenciado e mostra-lhe que a ninguém, nem mesmo e principalmente, ao Estado é permitido agir contra a lei,

De outro lado, não é aceitável a argumentação daqueles que tratam a remição objeto deste trabalho como algo não previsto ou disciplinado em lei. Tanto as remições por estudo quanto as por leitura foram inicialmente aplicadas sem a existência de normas que regulassem a sua aplicação, recentemente o artigo 126 da LEP foi alterado para regular a aplicação da remição por estudo e a Recomendação nº 44/2013, do CNJ, que orientou os Tribunais a reconhecerem a remição pela leitura.

A fórmula para a concessão da remição por danos a direitos fundamentais deve ser objeto de estudos específicos em eventual projeto de lei ou mesmo em recomendação do Conselho Nacional de Justiça, mas é importante a fixação de critérios mínimos para sua aplicação.

Importante salientar que a medida não visa a impunidade do sentenciado, com a consequente diminuição do período de cumprimento da pena, mas sim como importante elemento a ser utilizado pela sociedade com a finalidade de cobrar as autoridades executivas e legislativas, principalmente, um planejamento efetivo no combate à superlotação carcerária.

Ainda sobre a eficiência e eficácia do instituto, são interessantes as seguintes considerações do Ministro Barroso:

Do ponto de vista do preso, a medida atende de forma mais plena os seus interesses na mitigação do dano e na proteção dos direitos da personalidade. Afinal, uma compensação financeira seria de pouca valia para a pessoa que está presa. O detento continuaria a se submeter às mesmas condições degradantes de vida, sem poder fazer uso da quantia arrecadada. A solução alvitrada, ao revés, efetivamente minora as violações à sua dignidade, pois permite que o detento cumpra um menor tempo de prisão, aplacando o prejuízo moral a que é submetido diariamente. Trata-se, assim, de uma construção mais atenta ao princípio da reparação integral dos danos morais, viabilizando que interesses existenciais sejam tutelados com maior eficácia pela ordem jurídica.

Ainda, o remédio proposto evita que o baixo valor usualmente atribuído às indenizações seja compreendido pelos detentos como novo desvalor moral. No caso em exame, o juízo de 2º grau entendeu que o recorrente, que permaneceu por cerca de 5 anos em presídio superlotado e insalubre, fazia jus à módica quantia de R\$ 2 mil. Enquanto isso, a título de exemplo, o STJ atribui uma indenização de R\$ 8 mil a quem apenas teve o voo cancelado sem justificativa. Nesta comparação, não há dúvida de que a extensão do dano experimentado pelo detento é muito maior do que aquele suportado pelo sujeito que deixou de embarcar no avião. A diferença do quantum indenizatório constituiria, assim, mais uma prova de que a ordem jurídica brasileira julga que os presos não são merecedores da mesma consideração e respeito que os demais cidadãos.

A medida traz também benefícios do ponto de vista do sistema prisional. Primeiramente, a remição da pena reduz a superlotação dos presídios, ao permitir que os detentos sujeitos a tratamento desumano conquistem a liberdade de forma mais acelerada. Atua, assim, diretamente sobre uma das principais causas do problema. Em segundo lugar, o remédio possibilita a efetiva responsabilização dos Estados pelos danos que causarem aos presos, sem, contudo, comprometer a sua capacidade de investimento na melhoria do sistema prisional. Por fim, as condenações deverão surtir um efeito moral e pedagógico. A perspectiva de que condenados deixarão mais cedo os cárceres por conta das condições atroz dos presídios produzirá, inevitavelmente, o aumento da visibilidade e da deliberação pública sobre o tema. Com isso, criam-se estímulos a que os Estados promovam melhorias em seus sistemas prisionais, a fim de que não sejam responsabilizados perante o Judiciário e a sociedade.

Assim, sendo os princípios constitucionais o lugar onde encontramos os valores fundamentais da ordem jurídica, devem eles ser aplicados pelo intérprete como um caminho, como a direção a seguir, é inegável que a remição em decorrência de violação de direitos fundamentais encontra abrigo e apoio no ordenamento jurídico brasileiro, colocando-se como elemento indispensável e de grande utilidade no combate ao encarceramento em massa nos estabelecimentos prisionais do Brasil.

Referências

- CAPEZ, Fernando. *Código Penal comentado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. 11. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2017.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de execução penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

11. DIREITOS HUMANOS NO AMBIENTE EMPRESARIAL

Tatiene Martins Coelho Trevisanuto

Doutora em Ciência da Informação pela UNESP

Mestre em Engenharia de Produção pela UNESP

Professora das Faculdades Integradas de Bauru- FIB

1. Introdução

A questão das empresas e dos Direitos Humanos tornou-se uma importante discussão em tempo de crise, visto que os problemas econômicos representam um risco especial para os direitos econômicos e sociais, já os progressos no campo de Direitos Humanos nas empresas contribuem diretamente para um crescimento econômico mais inclusivo e sustentável.

Para os fins de conceituação, violações de Direitos Humanos por empresas é toda prática corporativa que restrinja direitos reconhecidos pelo sistema internacional de Direitos Humanos bem como aqueles direitos reconhecidos pela ordem constitucional brasileira.

O papel da sociedade civil tem sido significativo para a consolidação dos Direitos Humanos no ambiente empresarial, visto que a cobrança vai além da questão do trabalho escravo, incluindo suas cadeias globais, impactos ambientais, potenciais danos à sua imagem frente a sociedade além dos custos jurídicos, humanos e financeiros advindos do desrespeito a esses direitos e sua necessidade de reparação.

A legislação de proteção, individual e coletiva, dos Direitos Humanos avançou desde o pós-Segunda Guerra Mundial orientada, pela percepção do Estado como principal violador desses direitos, no entanto, especialmente a partir da década de 70, com o processo de globalização e a presença de empresas multinacionais em diversos países, com maior destaque para os países em desenvolvimento, conduzindo empreendimentos que as envolvem essas empresas reiteradamente em graves episódios de violações de direitos, de diferentes dimensões.

Neste sentido, o objetivo deste capítulo consiste em apresentar os dispositivos existentes que visam assegurar a efetiva aplicação dos Direitos Humanos no ambiente empresarial, bem como buscar-se-á descrever o panorama geral sobre a violação dos preceitos fundamentais a este respeito no contexto empresarial, com destaque aos princípios orientadores de tais direitos homologados pela Organização das Nações Unidas – ONU e os dispositivos do Decreto nº 9.571, de 21 de novembro de 2018.

2. Breves considerações sobre Direitos Humanos

Os Direitos Humanos são comumente compreendidos como aqueles direitos inerentes ao ser humano. O conceito de Direitos Humanos reconhece que cada ser humano pode desfrutar de seus direitos humanos sem distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outro tipo, origem social ou nacional ou condição de nascimento ou riqueza (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2019).

Muitas foram as tentativas de justificar a existência dos Direitos Humanos e fundamentá-los, no entanto, uma delas datada do século XVII com a ideia de que o homem naturalmente tem direito à vida e a igualdade de oportunidades (LOCKE, 1978), este princípio é acompanhado pela definição de Rousseau (1985) que afirma que todos os homens nascem livres e iguais.

Dando prosseguimento ao conceito dos autores, Bóbbio (2004) afirma que a busca dos fundamentos para os direitos do homem não terá nenhuma importância histórica se não for acompanhada pelos estudos das condições, dos meios, e das situações nas quais este ou aquele direito possa ser realizado.

O autor ainda defende que:

a 1ª geração de Direitos Humanos refere-se aos direitos fundamentais do homem, cujo objetivo é resguardar a vida, a liberdade e a igualdade. Já os de segunda geração são o resultado das lutas de classes, onde caberia ao Estado promover garantias relativas a vida digna, ou seja, ao trabalho, à educação, à saúde e moradia. (BOBBIO, 2004, p. 32)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) trata-se de documento marco na história dos Direitos Humanos. Foi elaborada por representantes de diferentes origens jurídicas e culturais de todas as regiões do mundo e foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948 como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações (ONU, 2019).

No entanto, Cassese (2005) afirma que a DUDH, aprovada como forma de ato unilateral de recomendação, tem apenas força moral e política, tratando-se de uma sugestão indicativa de aplicação aos Estados e não considera nada específico sobre a desigualdade econômica. Além disso, a Declaração não leva em consideração o fato de alguns Estados possuírem problemas em garantir certos direitos básicos como: direito ao trabalho, moradia, educação e outros, em razão de estarem em processo de desenvolvimento.

Embora a DUDH tenha sido um avanço para a humanidade, não bastou para que as violações cessassem ao redor do mundo, nem teve sua aplicação efetiva, onde surgiu uma série de tratados que vieram posteriormente, com a intenção de cada vez mais preservar a vida e a integridade humana.

Visto que este capítulo trata das relações empresarias e sua relação com os Direitos Humanos, cabe destacar que a Constituição Federal Brasileira (1988) prevê como fundamentos, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, previstos no artigo 1º, incisos III e IV. O artigo 5º apresenta um rol extenso e exemplificativo de direitos e garantias fundamentais de primeira dimensão e no artigo 7º os direitos sociais, já o artigo 170 defende ainda que a ordem econômica deve ser fundada na valorização social do trabalho e na finalidade de assegurar a todos uma justiça digna.

3. O papel das organizações na defesa dos Direitos Humanos

De acordo com o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos cabe a cada indivíduo e cada órgão da sociedade a promoção e respeito aos Direitos Humanos. Ainda que primariamente o dever de proteger os Direitos Humanos permaneça com os governos nacionais, para as empresas também foram atribuídas funções e responsabilidades a despeito da proteção dos Direitos Humanos, em suas operações.

As organizações empresariais possuem o dever, internacionalmente reconhecido, de proteger e defender os Direitos Humanos, zelando pelo bom funcionamento e cumprimento integral de todas as prerrogativas asseguradas a todos os envolvidos em suas atividades.

Segundo Business & Human Rights (2019), toda empresa em cada setor econômico tem responsabilidades e impactos sobre os Direitos Humanos, podendo afetar toda a gama de questões relacionadas a esses direitos positivamente ou negativamente, incluindo discriminação, assédio sexual, saúde segurança, liberdade de associação e de formar sindicatos, estupro, tortura, liberdade de expressão, privacidade, pobreza, comida e água, educação e habitação.

As violações de Direitos Humanos ocorridas em empresas estão relacionadas a: tortura, deslocamento de indígenas e pessoas sem consentimento e compensação adequada, discriminação, direitos trabalhistas, entre outros (BUSINESS & HUMAN RIGHTS, 2019).

No cenário globalizado e competitivo, o melhor comportamento a ser adotado pelas empresas é agregar as ações relacionadas aos Direitos Humanos à sua estratégia, evitando ações reativas focadas na gestão de riscos da sua imagem. No Quadro 1 verifica-se as consequências enfrentadas por empresas que não respeitam os Direitos Humanos em comparação com empresas conscientes dos benefícios desta prática:

Quadro 1: Direitos Humanos nas empresas

Situação em que a empresa não respeita os Direitos Humanos	Situação em que a empresa respeita os Direitos Humanos
Enfrenta custos relacionados a greves quando os trabalhadores entendem que seus direitos não são respeitados.	Mantém força de trabalho diversificada, tornando se mais competitiva.
Tem custos de contencioso relativos aos processos de violação aos Direitos Humanos.	Tende a ser mais atrativa como empregadora
Observa-se piora no clima organizacional, pela implicação da empresa em violações aos Direitos Humanos.	Conta com funcionários mais motivados, o que pode levar a um aumento de produtividade e a altas taxas de retenção.
Há aumento de custo com relações públicas e para reverter os riscos à imagem causados por violações.	Uma apropriada diligência em torno dos Direitos Humanos pode minimizar críticas e até atrair atenção positiva diante de problemas com os Direitos Humanos.
Ocorrem restrições de acesso, perda ou aumento de custos com financiamento.	Há menos restrições de acesso a financiamento
Há cancelamento de contratos com clientes ou renegociações de cláusulas contratuais e valores envolvidos.	A empresa pode tornar-se mais atraente para fornecedores, clientes e outros parceiros de negócio.
A empresa é incapaz de obter no mercado os produtos que necessita dentro do tempo planejado.	Observa-se maior conhecimento e capacidade de adaptar produtos às necessidades e preferências do consumidor.
Há restrições na obtenção de novas licenças e autorizações ou em sua renovação, reduzindo-se as oportunidades de crescimento.	A empresa tem maior acesso a contratos com o governo.
Ocorre maior possibilidade de investimentos e de correção monetária no caso de projetos cancelados ou atrasados.	Aumenta a probabilidade de os projetos terminarem no prazo previsto, ou antes.
A empresa tem acesso restrito ao mercado de capitais como resultado das preocupações dos investidores socialmente responsáveis.	Tempo, recursos financeiros e humanos antes focados na resolução de problemas podem ser dedicados a inovação, empreendedorismo e outras frentes que a empresa queira desenvolver.

Fonte: Instituto Ethos – 2011.

Cumpra ressaltar ainda que, embora os Estados sejam os principais responsáveis por estabelecer políticas efetivas e regulações das atividades de empresas, a fim de proteger os Direitos Humanos, as empresas são obrigadas a respeitá-los.

4. Princípios norteadores dos Direitos Humanos nas empresas

No ano de 2011, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas aprovou um novo conjunto de princípios orientadores globais para empresas concebidos para assegurar que estas não violem os Direitos Humanos no curso de suas operações e forneçam reparação quando da ocorrência de infrações.

Esses princípios descrevem como os Estados e as empresas devem implementar o quadro “Proteger, Respeitar e Reparar” das Nações Unidas, a fim de melhor gerir os desafios relativos a negócios e Direitos Humanos (RUGGIE, 2011).

A estrutura dos princípios orientadores globais para empresas é baseada em três pilares (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2011, p.1), os quais:

o dever do Estado de proteger contra abusos de Direitos Humanos por parte de terceiros, incluindo empresas, através de políticas, regulamentos e julgamentos; a responsabilidade corporativa de respeitar os Direitos Humanos, o que significa evitar infringir os direitos dos outros e abordar os impactos adversos que podem vir a ocorrer; e o maior acesso das vítimas a recursos efetivos, judiciais ou não.

A fim de atender os pilares dos princípios orientadores, compete tanto aos Estados quanto às empresas proporcionarem mecanismos acessíveis e eficientes de reparação de violações cometidas.

Em relação ao Estado essas medidas devem ser apropriadas para garantir, pelas vias judiciais, administrativas, legislativas ou outras que as vítimas de violações cometidas por empresas tenham acesso, a uma justa reparação. Já em relação as empresas, essas devem estabelecer ou participar de mecanismos de denúncia eficazes de nível operacional à disposição das pessoas e comunidades que sofrem os impactos negativos, além de reparar ou contribuir para sua reparação de situações de violação que tenha causado ou para as quais tenha contribuído.

Dalcastel *et al.* (2018) esclarece que tais princípios visam obter resultados individuais e coletivos palpáveis na esfera da globalização sustentável, são orientadores e não estabelecem novas obrigações ou restringe as já existentes, mas apenas tem a função de garantir que o que já existe seja respeitado.

Em consonância com os pilares dos princípios orientadores globais para Direitos Humanos nas empresas, o Decreto nº 9.571, de 21 de novembro de 2018, estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos.

De acordo com o artigo 2º são eixos orientadores das Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos:

I - a obrigação do Estado com a proteção dos Direitos Humanos em atividades empresariais;

II - a responsabilidade das empresas com o respeito aos Direitos Humanos;

III - o acesso aos mecanismos de reparação e remediação para aqueles que, nesse âmbito, tenham seus direitos afetados; e

IV - a implementação, o monitoramento e a avaliação das Diretrizes. (BRASIL, Decreto nº 9.571, 2018)

Em seu artigo 4º assegura que as empresas devem garantir o respeito aos Direitos Humanos protegidos nos tratados internacionais dos quais o seu Estado de incorporação ou de controle sejam signatários; e respeitar aos direitos e às garantias fundamentais previstos na Constituição Federal.

Dentro das garantias asseguradas pelo decreto, encontra-se a responsabilidade das empresas não violar os direitos de sua força de trabalho, de seus clientes e das comunidades, mediante o controle de riscos e o dever de enfrentar os impactos adversos em Direitos Humanos com os quais tenham algum envolvimento (Artigo 6º).

O Decreto ainda prevê que é responsabilidade das empresas estabelecer mecanismos operacionais de denúncia e de reclamação que permitam identificar os riscos e os impactos e reparar as violações, quando couber.

Neste sentido Dalcastel *et al.* (2018) afirma que a responsabilidade há de ser também social, uma vez que todas as pessoas que com a empresa se relacionem sejam capazes de atuar de forma positiva, inclusive no sentido de denunciar lesão a Direitos Humanos e ter sua identidade preservada, sendo, fundamental, que exista um canal de denuncia que seja capaz de realmente receber a denuncia e agir no sentido de elucidar os fatos e impedir que novas lesões sejam realizadas, e não para que os denunciantes sejam punidos.

No tocante ao acesso a mecanismos de reparação e remediação, o Decreto nº 9.571 (2018) prevê em seu artigo 13º que o Estado deverá manter mecanismos de denúncia e reparação judiciais e não judiciais existentes e seus obstáculos e lacunas legais, práticos e outros que possam dificultar o acesso aos mecanismos de reparação, de modo a produzir levantamento técnico sobre mecanismos estatais de reparação das violações de Direitos Humanos relacionadas com empresas.

Dalcastel *et al.* (2018) destaca que os Direitos Humanos podem sofrer violações diretas ou indiretas: as diretas ocorrem quando os responsáveis pela transgressão são partes da própria transnacional e causam danos ou ofensas ao meio ambiente ou ao direito do trabalho, em via de exemplo; são indiretas nos casos em que os danos são identificados como consequências dos atos das transnacionais, tais como fraudes fiscais ou qualquer outro que interponha as empresas sobre a democracia estatal.

No Brasil, a luz do Decreto nº 9.571 (2018) para garantir a aplicação efetiva das Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, Ministério da Mulher, da Família e Direitos Humanos deverá manter um Comitê de Acompanhamento e Monitoramento das Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, com as atribuições de implementar, monitorar e avaliar a execução e o cumprimento do disposto no Decreto.

6. Considerações finais

O presente capítulo buscou apresentar os dispositivos existentes que visam assegurar a efetiva aplicação dos Direitos Humanos no ambiente empresarial, bem como demonstrar um panorama geral sobre a violação dos preceitos fundamentais a este respeito no contexto das empresas.

Pode-se dizer que a defesa dos Direitos Humanos no ambiente empresarial é uma ferramenta importante e indispensável para bons e duradouros resultados humanos e sociais dentro dos diversos desafios presentes no mercado de trabalho.

Cumpra ressaltar a importância de melhor desenvolvimento de tais instrumentos preventivos, uma vez que grande parte danos causados aos Direitos Humanos são, por sua própria natureza irreparável (DALCASTEL *et al.*, 2018).

Diante dos levantamentos apresentados, verifica-se que o Estado tem papel importante na tutela e instituição de mecanismos de sanções aos casos de violação aos Direitos Humanos e às empresas cabe não somente defender às prerrogativas sociais dos colaboradores, mas, também, propiciar um ambiente saudável de trabalho, visto que são os principais responsáveis pela produção de riqueza econômica aos cofres das organizações privadas.

Infere-se ainda que em razão das relações empresariais cada vez maiores e mais estreitas entre corporações e Estados em nível mundial, torna-se cada vez mais importante a existência de mecanismos de regulação, a fim de garantir a sustentabilidade e assegurar o respeito a preceitos básicos de Direitos Humanos.

Conclui-se ainda que, em razão dos recentes dispositivos apresentados neste capítulo, os quais, Princípios norteadores dos Direitos Humanos nas Empresas, datado de 2011 e o Decreto Federal nº 9.571 de 2018 ainda é necessária a efetiva atuação do Estado, a compreensão por parte das empresas, bem como a sociedade civil de atuar em defesa dos Direitos Humanos.

Referências

BOBBIO, N. *A Era dos direitos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 31 ago. 2019.

_____. *Decreto nº 9.571, de 21 de novembro de 2018*. 2018. Disponível em http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/51283321/do1-2018-11-22-decreto-n-9-571-de-21-de-novembro-de-2018-51283123. Acesso em 31 ago. 2019.

BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE. *Empresas e Direitos Humanos - Uma breve introdução*. Disponível em <https://www.business-humanrights.org/pt/empresas-e-direitos-humanos-uma-breve-introdu%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 31 ago. 2019.

CASSESE, A. *International law*. New York: Oxford University Press. 2005.

DALCASTEL, M. B; ALONSO, P. M.; FERREIRA, Y. C.C. Empresa e Direitos Humanos: Governança Corporativa e capitalismo consciente como instrumentos de proteção. *Revista Publicum*. Rio de Janeiro, v.4, n.1, 2018, p. 193-207. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum> DOI: <https://doi.org/10.12957/publicum.2018.34071>. Acesso em 31 ago. 2019.

INSTITUTO ETHOS. *Empresas e Direitos Humanos na perspectiva do trabalho decente*. Disponível em https://www.ethos.org.br/wp-content/uploads/2012/12/04_Empresas-e-Direitos-Humanos-na-Perspectiva-do-Trabalho-Decente-%E2%80%93-Marco-Referencial.pdf. Acesso em 31 ago. 2019.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Conselho de Direitos Humanos aprova princípios orientadores para empresas*. Disponível em <https://nacoesunidas.org/conselho-de-direitos-humanos-aprova-principios-orientadores-para-empresas/>. Acesso em 31 ago. 2019.

_____. *O que são os direitos humanos?* Disponível em <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>. Acesso em 31 ago. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *A declaração universal dos Direitos Humanos*. Disponível em <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em 31 ago. 2019.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

RUGGIE, J. *Empresas e Direitos Humanos: Parâmetros da ONU para Proteger, Respeitar e Reparar*. Junho/2011. Trad. de Conectas Direitos Humanos. Disponível em <https://www.conectas.org/publicacoes/download/empresas-e-direitos-humanos-parametros-da-onu>.

12. EVOLUÇÃO DE POLÍTICAS FOMENTADAS PELA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU): OBSERVATÓRIO DE EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS – UNESP BAURU SP

Fabiola Pereira Soares

Doutora em Educação pela UNESP

Mestre em Planejamento Urbano e Regional pela UNESP

Professora das Faculdades Integradas de Bauru – FIB

1. Introdução

O Observatório de Educação em Direitos Humanos – OEDH da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP – Campus Bauru, em funcionamento desde o ano de 2007, constitui hoje relevante patrimônio acadêmico. Com ampla atuação em diferentes modalidades de ensino e utilizando diferentes recursos pedagógicos, o espaço acumula ações positivas de sucesso que se sucedem desde seu primeiro ano de atuação.

A proposta deste trabalho é demonstrar como a sucessão de esforços da ONU – Organização da Nações Unidas - a partir de 1948, inicia uma agenda de ações que proporciona, décadas depois, a existência de mecanismos voltados para a Educação em Direitos Humanos. Um breve relato sobre os documentos e instrumentos construídos coletivamente nas assembleias realizadas pela ONU, bem como orientações e incentivos às ações propostas voltadas para o fomento em Educação em Direitos Humanos, proporcionaram em vários países condições para que núcleos, assim como o OEDH de Bauru, fossem constituíssem permitindo a formação de multiplicadores dos valores relacionados aos Direitos Humanos e uma gama de outras atividades e formas de divulgar e implementar ações sobre essa temática.

2. Evolução e desenvolvimento

2.1 Contexto histórico: motivações para a constituição da Declaração Universal de Direitos Humanos

Quando a Resolução nº 217 A (III) foi aprovada em Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, o contexto histórico internacional era bastante delicado. A Segunda Guerra Mundial havia terminado em 1945, sendo considerado o maior conflito bélico da história da humanidade. A guerra violou inúmeros direitos humanos, tratados internacionais e cometeu atrocidades que não ficaram restritas aos campos de concentração nazistas, também foram observadas violações no Japão e nos Estados Unidos da América. Registrados em pesquisas e levantamentos ao longo da história, inclusive pela ONU, é documentado que os campos de concentração administrados pelo Nazismo cometeram assassinatos em massa e perversões de alto requinte de crueldade com populações consideradas “não arianas”.

Sob a doutrina racista do III Reich, cerca de 7,5 milhões de pessoas perderam a dignidade e a vida em campos de concentração, especialmente preparados para matar em escala industrial. Para os nazistas, aqueles que não possuíam sangue ariano não deveriam ser tratados como seres humanos. A política anti-semita do nazismo visou especialmente os judeus, mas não poupou também ciganos, negros, homossexuais, comunistas e doentes mentais. Estima-se que entre 5,1 e 6 milhões de judeus tenham sido mortos durante a Segunda Guerra, o que representava na época cerca de 60% da população judaica na Europa. Foram assassinados ainda entre 220 mil e 500 mil ciganos. O Tribunal de Nuremberg estimou em aproximadamente 275 mil alemães considerados doentes incuráveis que foram executados, mas há estudos que indicam um número menor, cerca de 170 mil. (JUSBRASIL, 2015)

Diante deste quadro, a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos surgiu e segue sendo uma resposta das Nações Unidas à tentativa de que a história não se repita e que não hajam outras situações em que as atrocidades vistas no período da Segunda Guerra Mundial se repitam. Os signatários da Declaração Universal dos Direitos Humanos almejavam uma sociedade mais digna e que respeitasse o ser humano sem barreiras envolvendo etnia, cor de pele, religião etc.

2.2 Cronologia de documentos publicados pela ONU sobre direitos humanos e educação

Iniciamos a reconstituição documental com o primeiro e mais importante documento para este tema: a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Elaborada por representantes de diferentes países, a declaração foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em Paris, na França, como já mencionado, em 1948. Esse documento foi amplamente difundido, tendo recebido mais de 500 traduções, o que demonstra seu alcance mundial.

O documento, integrado a dois protocolos opcionais - sobre procedimento de queixa e sobre pena de morte – e ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, formam a Carta Internacional dos Direitos Humanos.

Desde então, foram sequenciados uma série de outros documentos que foram publicados provocando uma expansão no corpo do Direito Internacional dos Direitos Humanos (ONU). São eles:

- Convenção para Prevenção e a Repressão do Crime e do Genocídio (1948).
- Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965).
- Convenção sobre Direitos de Todas as Formas de Discriminação Sobre as Mulheres (1979).
- Convenção sobre Direitos das Crianças (1989).
- Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência (2006).

A evolução na produção de documentos específicos na garantia de defesa de diferentes populações discriminadas ou vulneráveis foi de extrema importância. Percebe-se na última década do século XX, um interesse da Organização das Nações Unidas pela área da Educação voltada para os Direitos Humanos. Documentos instrutivos foram produzidos para o que foi denominado: “Década das Nações Unidas para Educação em matéria de direitos Humanos 1995-2004. Lições para a Vida” (1998). Em seu prólogo o documento citado declara que:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem apela a todas as pessoas e a todas as instituições da sociedade para que promovam o respeito pelos Direitos Humanos e se esforcem pelo reconhecimento Universal e efetivo. Este apelo foi reiterado pela conferência Mundial sobre Direitos humanos em 1993 e recebeu enquadramento institucional com a proclamação da década das nações unidas em matéria de Direitos Humanos. O objetivo é motivar governos, instituições e sociedade civil a estabelecer parcerias e somar esforços na construção de uma cultura universal de Direitos Humanos fomentados através da Educação. (ONU, 1998)

São tratados no conteúdo elementos instrutivos: políticas para formação de agentes multiplicadores, programas educativos eficazes e sustentáveis, formas de conseguir apoio nacional e internacional, além de publicação de documentos norteadores para essas políticas. Em dois volumes, o documento ganha o mundo e desperta populações de todo planeta para iniciarem a realização das propostas e desafios apresentados neste corajoso documento.

Em 2006, a ONU lança o Plano de Ação para o Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos – Primeira Etapa (2005-2007). Aprovado por todos os estados membros das Nações Unidas, em julho de 2005, propõe estratégias e orientações práticas para a realização da educação nas escolas primárias e secundárias.

Neste documento encontramos uma definição precisa sobre o que é a Educação em Direitos Humanos:

A Educação em Direitos Humanos pode ser definida como um conjunto de atividades de educação, capacitação e de difusão de informação, orientadas para criar uma cultura universal em Direitos Humanos. Uma educação integral em Direitos Humanos não somente proporciona conhecimentos sobre Direitos Humanos e os mecanismos para protegê-los, mais que, além disso, transmite aptidões necessárias para promover, defender e aplicar os Direitos Humanos na vida cotidiana. A educação em Direitos Humanos promove atitudes necessárias para que os Direitos Humanos de todos os membros da sociedade sejam respeitados. (NAÇÕES UNIDAS, 2012, p. 3)

2.3 Histórico da criação dos observatórios de educação em direitos humanos no âmbito das universidades

A partir de 2004, uma série de iniciativas culminam na criação do Observatório de Educação em Direitos Humanos em diferentes universidades da América Latina. De acordo com Cardoso (2007), o convênio entre a Cátedra ACNUR - Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados “Sérgio Vieira de Mello” e a

AUGM - Associação de Universidades Grupo Montevideu inicia capacitação de docentes com formação em diferentes áreas acadêmicas em Direitos Humanos.

Em documento final desenvolvido a partir do encontro denominado “As Universidades e a Educação em Direitos Humanos”, ocorrido em Buenos Aires em 2006, os participantes apontam a necessidade da construção de um “observatório” de Direitos Humanos nas universidades da América Latina. O projeto inicial para implementação dos Observatórios em 21 universidades da América Latina fica pronto em junho de 2007 e a Unesp, uma das participantes do grupo de 21 universidades, inicia levantamentos e estudos no sentido de implementar o seu observatório.

O texto final do projeto dos observatórios é aprovado em novembro de 2007, em Mar del Plata, Argentina. No Brasil, a Unesp de Bauru lança em dezembro do mesmo ano o seu Observatório de Educação em Direitos Humanos. Cardoso (2007) descreve os objetivos:

Em 10/12/2007, ocorre o lançamento do Observatório de Educação em Direitos Humanos, na Unesp SP/Brasil, no Campus da cidade de Bauru, pelo Sr. Reitor Marcos Macari, durante o I ENCONTRO DE DIREITOS HUMANOS DA UNESP. Neste evento, o perfil e os objetivos específicos do Observatório de Educação em Direitos Humanos da Unesp começam a ser construídos com um colóquio entre docentes e estudantes de sua comunidade acadêmica. O Observatório de Educação em Direitos Humanos, conforme projeto da AUGM, deve constituir-se num espaço institucional acadêmico permanente de investigação, formação e divulgação, que contribua com a construção e promoção de uma cultura dos Direitos Humanos, inter-relacionado com as organizações sociais, políticas e comunitárias, buscando contribuir com as políticas públicas locais, regionais e nacionais. (CARDOSO, 2007, p. 1)

2.4 Funcionamento do Observatório de Educação em Direitos Humanos da Unesp Bauru/SP

Coordenado pelo professor Clodoaldo Meneguello Cardoso, desde sua abertura em 2007, o Observatório de Educação em Direitos Humanos da Unesp estabelece parcerias importantes, cria acervo de documentos relacionados ao tema, promove eventos e atua em todas as modalidades de ensino. No site da Unesp do Campus de Bauru, encontramos no domínio do observatório uma variedade de formas de nos inteirarmos sobre suas ações e sobre o tema.

Na página inicial do Observatório de Educação em Direitos Humanos, temos nas abas à esquerda o Histórico, Constituição do Comitês de Gestão e Conselho Consultivo, ambos formados por representantes de diferentes campus da Unesp e oriundos de diferentes faculdades que compõem cada uma das unidades da Unesp no Estado de São Paulo.

A biblioteca online e a biblioteca física disponibilizam títulos, artigos e papers sobre o tema específico e temas correlatos. Chama a atenção o número de grupos de estudos constituídos nos 12 anos de existência do observatório. Pelos títulos e propostas dos grupos de estudo é possível perceber a abrangência das propostas. São eles:

- GE: Centro de Estudos e Mapeamento da Exclusão Social para Políticas Públicas;
- CONSI: Grupo de Pesquisa Constituição e Cidadania;
- GEDH: Grupo de Estudos de Direitos Humanos;
- VIDHE: Violência, Instituições e Direitos Humanos e Etnias;
- Grupo PACTO: Paz, Cultura e Tolerância;
- Grupo de Pesquisa: A Inclusão da Pessoa com Deficiência e os Contextos de Aprendizagem e Desenvolvimento;
- Grupo de Pesquisa: Ética, Educação e Direitos Humanos;
- NEPDH: Núcleo de Estudos da Tutela Penal de D.H;
- NUPAD: Núcleo de Pesquisas Avançadas de Direito Processual Civil Brasileiro e Comparado.

Estes grupos em andamento colaboram com produções acadêmicas e ampliam a atuação do observatório que ganha visibilidade realizando exatamente o seu propósito de existência que é fomentar e ampliar discussões sobre o tema e realizar ações concretas.

2.5 Atividades de extensão do Observatório de Educação em Direitos Humanos da Unesp de Bauru

Ações em todas as modalidades de ensino é um dos objetivos dos Observatórios. Em Bauru, a atuação ocorre desde a Educação Infantil até o Ensino Superior. Citaremos duas ações práticas na área da Educação que demonstraram boa adesão e resultados. A primeira é decorrência de parceria com a Secretaria Municipal de Educação do Município de Bauru que registra seu início em 2008. A segunda trata de disciplina presencial no campus da Unesp Bauru voltada para discentes e aberta à Comunidade com a temática Direitos Humanos.

Em 2008, a Secretaria de Educação do Município de Bauru firmou parceria entre o seu recém-criado Núcleo de Educação em Direitos Humanos com o Observatório de Educação em Direitos Humanos da Unesp. A iniciativa da Secretaria de Educação foi ao encontro do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos datado de 2006, implantado em 2008.

O primeiro passo nesta parceria foi um curso iniciado em agosto de 2008, com participação de 20 diretoras de Escolas de Educação Infantil e Ensino Fundamental, coordenado pelos professores Clodoaldo Meneguello Cardoso e Vera Lúcia Messias F. Capelinni. Dois anos depois, em 2010, três escolas constituíram-se polos experimentais de Educação em Direitos Humanos. O objetivo principal da parceria era discutir e aprofundar conhecimentos sobre o tema e propor atividades pedagógicas para crianças da Educação Infantil e Ensino Fundamental que tratassem de valores referentes aos Direitos Humanos que pudessem embasar a inserção de conteúdos nas diretrizes curriculares da Educação Infantil e do Ensino Fundamental. Ambos estavam em construção coletiva naquele momento.

Nos objetivos específicos elencados no projeto é possível verificar que são utilizadas como estratégias: reuniões de estudos e elaboração coletiva de propostas de atividades didáticas; orientação e apoio aos professores que se interessam em executar atividades relacionadas com os Direitos Humanos; efetivação de parcerias com universidades e órgãos especializados em Direitos Humanos; solicitação de financiamento de projetos para o município junto ao Ministério de Educação e a Secretaria de Educação em Direitos Humanos; criação de biblioteca específica e materiais didáticos para auxiliar professores e diretores que busquem estes recursos, assim como proposição de intercâmbios de materiais com outros municípios, bem como ampliação da inserção de educação em Direitos Humanos em outras unidades.

Em 2019, a disciplina “Ética, cidadania e direitos humanos” passa ser ofertada para alunos da graduação do campus Unesp Bauru. Para alunos matriculados na Faculdade de Ciências a disciplina é optativa, para alunos de outros cursos podem frequentar como alunos especiais e qualquer pessoa interessada que não pertença às comunidades acadêmicas podem ser alunos ouvintes. A demanda superou as expectativas dos organizadores, demonstrando que o tema desperta interesse em públicos variados. Os objetivos da disciplina passam pelo estudo da construção histórica dos direitos humanos até ao estímulo de participação em atividades relacionadas a cidadania ativa que estejam relacionadas a Educação em Direitos Humanos.

Para além dos sistemas de ensino formais e das modalidades de educação básica e ensino superior o observatório de educação em direitos humanos iniciou nas redes sociais, campanhas educativas de divulgação de princípios e esclarecimentos sobre democracia e direitos humanos.

A primeira campanha, denominada “#DemocraciaSim”, iniciou-se em fevereiro de 2019 no facebook (endereço: https://www.facebook.com/oedhunesp/?ref=br_rs), com o objetivo de defender a democracia, deixando claro que esta é o alicerce social e político da Educação em direitos Humanos. A campanha se constituiu em publicar frases conceituais para reflexões que embasariam também debates em torno da democracia como prática da Educação em Direitos Humanos e uma cidadania participativa e social.



A segunda campanha, iniciada em agosto de 2019, intitulada “Isto é Direito Humano!”. Focada em esclarecer o que são os Direitos humanos e como interferem no nosso dia a dia. Para além da definição pejorativa do senso comum que enxerga Direitos Humanos como questão relacionada a população carcerária do Brasil e demonstrar que a construção histórica dos Direitos Humanos envolveu muita luta das populações que tiveram sua dignidade humana desrespeitada por opressão política, nas relações de trabalho, descaso ambiental, machismo, entre outras formas.



Material de apoio das duas campanhas fica a disposição disponível no site do Observatório, em <https://oedh-unesp.webnode.com/isto-e-direito-humano/>, para colaborar com iniciativas de grupos de estudos e ações decorrentes desta campanha.

Os três exemplos, escolhidos entre muitos realizados pelo Observatório de Educação em Direitos Humanos da Unesp, demonstram o valor e a relevância do mesmo para fomento de ações concretas no ambiente escolar, voltadas para a Educação em Direitos Humanos.

3. Conclusão

A Educação é uma forma de manter a discussão sobre as lutas históricas travadas durante os últimos séculos para garantir e manter conquistas no sentido de dar maior dignidade a vida humana. Longe de serem ideias ou apenas valores nobres, os direitos humanos ganham novos contornos e demandas na medida que a sociedade também se modifica e pleiteia instrumentos que viabilizem a convivência harmônica em diferentes contextos.

A diversidade cultural, a dicotomia “universalidade-diversidade”, a desterritorialização e as ondas migratórias, a manutenção de direitos trabalhistas e as diferentes formas de expressão cultural, escolhas sexuais etc nos colocam na rota inevitável da discussão e criação de estratégias para uma convivência de respeito mútuo e garantia de vida digna para todos.

A construção de uma cultura de respeito mútuo em um mundo tão diverso e complexo necessita de inúmeras iniciativas que busquem a construção de uma cultura que valorize a paz.

Referências

BENEVIDES, M.V. V.. *Cidadania e Direitos Humanos*. São Paulo: USP – Instituto de Estudos Avançados. Disponível em <www.iea.usp.br/artigos>. Acesso em 20 de maio 2019.

_____. *Educação em Direitos Humanos: de que se trata?* Disponível em <<http://www.rcdh.es.gov.br/sites/default/files/Benevides%20MV%202000%20Educa%C3%A7%C3%A3o%20em%20DH%20de%20que%20se%20trata.pdf>>. Acesso em 17-06-2019.

BRASIL. COMITÊ NACIONAL DE EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS. Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos. *Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, UNESCO, 2007*. Disponível em <<http://portal.mec.gov.br/docman/2191-plano-nacional-pdf/file>>. Acesso em 30 ago. 2019.

CARDOSO, C. M. *Valores ético-políticos na formação universitária*. 2016. Disponível em <[file:///F:/Universidade poder e direitos humanos EPDF.pdf](file:///F:/Universidade%20poder%20e%20direitos%20humanos%20EPDF.pdf)>. Acesso em 20 julho 2019.

COMPARATO, F. K. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.

JUSBRASIL. *Sobre o contexto histórico da Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em <<https://fatasca.jusbrasil.com.br/artigos/295276361/sobre-o-contexto-historico-da-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em 30 ago. 2019.

MAIA, F. A. Psicologia, política e direitos humanos: ambiguidades e contradições. In: *Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*, Bauru, v. 2, n. 2, jan./jun., p. 131-144. Disponível em <<http://www2.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/180/96>>. Acesso em 19 de junho 2019.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A Década das Nações Unidas para a Educação em Matéria de Direitos Humanos 1995|2004*. Lições para a Vida. 1998. Disponível em <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/serie_decada_1_b_nacoes_unidas_educacao_dh_.pdf>. Acesso em 30 ago. 2019.

_____. *Declaração Universal Dos Direitos Humanos*. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em 30 ago. 2019.

_____. *Plano de Ação Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos*. Primeira Fase. Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. Nações Unidas, 2012. Disponível em <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000147853_por>. Acesso em 30 ago. 2019.

_____. *Resolução ONU nº 217-A de 10/12/1948*. Disponível em <https://www.normasbrasil.com.br/norma/resolucao-217-1948_94854.html>. Acesso em 30 ago. 2019.

_____. *UNESCO disponibiliza Programa Mundial de Educação em Direitos Humanos em português*. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/unesco-disponibiliza-programa-mundial-de-educacao-em-direitos-humanos-em-portugues/>>. Acesso em 30 ago. 2019.

SILVEIRA, R. M. G. (Org.). *Educação em Direitos Humanos: fundamentos teóricos e metodológicos*. João Pessoa: Editora Universitária (UFPB), 2007. Disponível em <www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/br/fundamentos/>. Acesso em 23 maio 2019.

TOSI, G. et al. (Orgs.). *A formação em direitos humanos na educação superior: trajetórias, desafios e perspectivas*. João Pessoa, Editora CCTA, 2016. Disponível em <<http://www.cchla.ufpb.br/ncdh/wp-content/uploads/2016/07/EBOOK-Forma%C3%A7%C3%A3o-em-DH-Educa%C3%A7%C3%A3o-Superior-Brasil-Miolo-02-05-16.pdf>>. Acesso em 15 de dez. 2019.

TRINDADE, J. D. L. *Anotações sobre a história social dos direitos humanos*. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/damiao_hist_social_dh.pdf>. Acesso em 20-07-2019.

_____. *História social dos direitos humanos*. São Paulo: Editora Peirópolis, 2002.

UNESP. OEDH - Observatório de Educação em Direitos Humanos. Disponível em <https://www2.unesp.br/porta#!observatorio_ses/institucional/historico/>. Acesso em 21 ago. 2019.

VARGAS, M. História da matematização da natureza. *Estudos Avançados*. [online]. 1996, vol. 10, n. 28, pp. 249-276. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40141996000300011>>. Acesso em 27 dez. 2011.

13. PONDERAÇÕES SOBRE A APLICABILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS ÀS VÍTIMAS DE CRIMES

Márcio José Alves

Delegado de Polícia

Mestre em Direito

Professor Universitário

1. Introdução

Em relação ao tema Direitos Humanos, trata-se de inegável o posicionamento no sentido de que sua análise, seu estudo, a busca pela efetividade e a real aplicação no seio da sociedade é verificado como uma garantia constitucional e um avanço social. O período das guerras mundiais e o holocausto ocasionaram relatos e cenas gravíssimas, inadmissíveis, as quais chocaram e deixaram perplexo todo o mundo. A sociedade mundial viu-se na necessidade de estruturar normas mínimas de boa convivência mesmo em tempo de guerra, bem como, posicionamentos que deveriam ser respeitados pelos Estados em relação aos seus cidadãos. Surgiam então os Direitos Humanos, assunto de vital relevância, abrangente, dinâmico, atemporal e que deve revestir os atos praticados em toda a sociedade.

Diante dessa dinâmica e das alterações ocorridas em cada sociedade pulverizada no globo terrestre, inicialmente foi entabulada uma premissa básica, a qual serve como uma diretriz, como um norte à ser seguido por cada Estado, deixando as peculiaridades e especificidades de cada nação para serem deliberados em seu ambiente territorial.

No Brasil foi recepcionada e reconhecida a Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo incrementada essa legislação com várias outras normas legislativas que sempre endossaram essas premissas e incrementaram a abrangência em relação ao arcabouço de normas garantidoras dos direitos humanos.

Neste trabalho iremos resgatar todo esse caminho e evolução, porém com o foco deste direcionado às questões dos direitos humanos em relação às vítimas de condutas criminosas, ou seja, como o Estado garante à vítima de uma conduta criminosa o restabelecimento de sua liberdade de locomoção? Como o Estado se posiciona no sentido de restituir o valor do bem retirado da vítima? Como o Estado age em relação aos traumas e problemas de ordem psicológicos ocasionados às vítimas em decorrência das ações criminosas?

Buscaremos analisar os procedimentos legais existentes no ordenamento jurídico vigente que possam auxiliar a responder estas questões, bem como levantar questionamentos para que esse assunto também seja incluído em futuras pautas que militem em prol dos direitos humanos.

2. Direitos humanos

Iniciando o estudo do tema, necessário se faz a apresentação de um resgate histórico em relação à evolução do assunto “Direitos Humanos”, o qual acabou adotando essa temática apenas na recente concepção da sociedade.

Várias ações ocorrerem ao longo da história que foram se direcionando ao reconhecimento básico de posturas na sociedade que visam garantias mínimas de dignidade ao cidadão, possibilitando a imposição destas posturas ao Estado/Administração no ambiente social onde estes convivem.

Nesta linha, temos um excelente resgate realizado no trabalho apresentado por Tiê Lenzi (LENZI, 2019) que assim elenca atos importantíssimos na evolução temporal do tema:

- 500 anos antes de Cristo: Ciro, rei da Pérsia, declara a liberdade de escravos e elenca direitos de igualdade humana;
- 1776: Declaração de Direitos de Virgínia (Estados Unidos);
- 1789: Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França);
- 1945: Criação da Organização das Nações Unidas – ONU;
- 1948: Aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos;
- 1966: Aprovação do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Percebe-se que inobstante a evolução do assunto em pauta, o tema “Direitos Humanos” foi referido de forma específica somente no ano de 1948, com a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Diante da abrangência do tema, fundamental é a tentativa de sua definição e conceituação. Vários doutrinadores posicionam-se em relação ao tema, indicando amplos posicionamentos utilizando-se das expressões direitos humanos, direitos fundamentais ou direitos do homem. As expressões direitos do homem ou direitos humanos podem ser entendidas como sinônimas, porém em relação à expressão direitos fundamentais, necessário se faz um aprofundamento.

Direitos humanos devem ser entendidos como as aspirações dentro de uma comunidade, como o conjunto de garantias e valores universais que tem o objetivo de garantir a dignidade, podendo também ser entendido como o conjunto mínimo de condições para uma vida digna.

Já como direitos fundamentais, devemos reconhecer os mesmos direitos humanos quando já inseridos no texto de uma Constituição normativa, passando esses a serem considerados como direitos inerentes ao cidadão, possibilitando a sua efetiva aplicabilidade. Em um posicionamento específico a ONU define que os direitos humanos são garantias de proteção das pessoas contra ações ou falta de ações dos governos que possam colocar em risco a dignidade humana.

Desta forma, em uma análise exemplificativa, podemos inferir que direitos humanos são características inerentes a todos os cidadãos, independente da sua raça, sexo, nacionalidade, etnia, opção por religião ou qualquer outra condição. Incluem-se neste rol o direito à vida, à liberdade, à dignidade, à opinião, o direito à educação a ao trabalho, entre tantos outros.

Inobstante essa evolução de conceitos globais e de nossa sociedade brasileira, ainda estamos muito longe de podermos afirmar que todos os direitos humanos estão sendo efetivamente garantidos e aplicados.

3. Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)

A normatização reconhecida universalmente pontua indicadores para a estruturação da dignidade, da liberdade de pensamento e manifestação individual, bem como indica parâmetros à serem reconhecidos pelos Estados em prol de sua população.

Entretanto, o presente trabalho foca no eventual ou não reconhecimento destes direitos às vítimas de crimes em nossa sociedade, as quais também de forma direta, tem lesado parte substancial de seus direitos humanos.

Assim vejamos posicionamentos da Declaração que podem ser referidos nesta oportunidade:

Artigo 7º

Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual protecção da lei. Todos têm direito a protecção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

A vida, a integridade física e o patrimônio são direitos de cada cidadão, sendo que diante de eventual prática delituosa por qualquer agente, surge à essa vítima o direito reflexo de sua compensação/indenização. Cabe por parte da estrutura estatal a manutenção de todos esses direitos, sendo que a ausência ou a ineficiência dessa conduta gera direito subjetivo à vítima.

Artigo 8º

Toda a pessoa tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei.

Indica a Declaração o direito a recurso efetivo contra os atos que violem seus direitos fundamentais. Sendo assim, deveria o Estado propiciar também à vítima mecanismos eficazes no sentido da recomposição ao menos de seu patrimônio, tendo em vista que a recomposição da vida e da integridade física torna-se impossível.

Artigo 17º

1. Toda a pessoa, individual ou colectiva, tem direito à propriedade.
2. Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua propriedade.

Neste artigo temos a referência específica em relação ao direito à propriedade, seu imóvel, seu domicílio. Temos a ciência que a ideologia primária da norma refere-se aos eventuais abusos praticados pelos órgãos e forças públicas do próprio Estado. Contudo, não podemos olvidar e não deixar de reconhecer que as ações criminosas praticadas pelos demais membros da sociedade privam o cidadão de bem de sua propriedade. É neste aspecto que se busca reconhecer à vítima a prerrogativa em ver restabelecido os seus direitos humanos à propriedade.

Reconhece-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos o caráter de busca pela paz social e coletiva, freando ações estatais e de grupos específicos que possam macular esses ideais. Todavia não podemos deixar de analisar que esta sociedade é composta por vários cidadãos e a cada lesão individual, toda a sociedade vai se enfraquecendo, desestimulando ações positivas e aumentando a necessidade de apoio do mesmo aparato estatal em prol da vítima.

4. Vítima

A palavra vítima apresenta algumas teorias em relação a sua construção etimológica. Anderson Burke (BURKE, 2019, p. 23) assim as relata:

A primeira teoria aludida aponta que a palavra tem origem latina e representa a oferenda viva que se mata em sacrifício no alto de um altar para se oferecer em favor aos Deuses (ALLER, 2015, p. 40/41).

A segunda teoria suscitada sustenta que o termo “vítima”, na verdade, vem de uma língua indo-europeia criada pelo povo Etrusco que logo o incorporaram ao dialeto latim.a presente corrente defende que “vítima” provém de uma dupla acepção que foi formada pela construção e relação entre os termos *vincire* e *vincere*. *Vincire* traz a ideia.....relacionada ao animal que é sacrificado e ofertado aos Deuses. O termo *vincere* traz o panorama de um indivíduo que é vencido num campo de batalha.

Conforme prossegue em suas explanações Anderson Burke informa que o conceito etimológico remete ao significado que vítima é um ser sacrificado, derrotado, vencido, ou seja, subjugado a outro ser. Conclui, portanto, que vítima é o ser de qualquer espécie que seja sacrificado ou abatido.

Em nosso ordenamento legal, vítima é denominada como “ofendido”, “parte” ou “pessoa ofendida”, sendo sempre referida como o sujeito passivo do delito, pessoa essa que foi atingida pela ação ilegítima de terceira pessoa.

Retornando aos posicionamentos elencados pela Assembleia Geral das Nações Unidas, conforme resgata Anderson Burke (BURKE, 2019, p. 26), temos o item 1 do Anexo da Alínea “A” da Declaração dos Princípios Fundamentais da Justiça Relativos às da Criminalidade e de Abuso de Poder, adotada pela Resolução 40/34, que assim estabelece:

1. Entende-se por “vítimas” as pessoas que, individual ou coletivamente tenham sofrido prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física e um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de atos ou de omissões violadores das leis vigor num Estado membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder.

Buscando ainda subsídio no contexto histórico, é necessário ressaltar que o estudo pela pessoa da vítima tornou-se evidente após a Segunda Guerra Mundial. Lançam-se estudos frutos do evento do holocausto judeu e o aumento da criminalidade urbana no período pós-guerra. O primeiro evento de caráter técnico específico para discussão, análise e deliberações em relação às vítimas ocorreu na cidade de Jerusalém – I Simpósio Internacional de Vitimologia, no ano de 1973. No mesmo ano, ocorreu em nosso país o I Congresso Brasileiro de Vitimologia, realizado na cidade de Londrina.

Fruto destes estudos e dos posicionamentos legais e sociais, podemos inferir que pode ser considerada vítima qualquer pessoa (física ou jurídica) que sofre atentado em relação a sua vida, à integridade física ou prejuízo em seu patrimônio, devido a uma conduta (ativa ou omissa) de terceiro, prevista na lei penal como delituosa. Referindo-se ainda à vítima, apresento expressão conhecida nos meios policiais a qual reputo de fundamental importância: “a vítima já foi vítima uma vez, não pode ser novamente na unidade policial”.

5. Procedimento de apoio às vítimas

Doravante, passaremos a demonstrar a relação existente entre a vítima e o sistema jurídico legal, bem como a evidente necessidade de uma revisão em relação a atuação do Estado no contexto à proteção e à manutenção da integridade dessas pessoas.

O festejado princípio da dignidade da pessoa humana inserido no art. 1º, inciso III do texto constitucional já nos alerta para a necessidade de o Estado pautar-se de acordo com as regras de cidadania, boa conduta, manutenção da legalidade e coibição dos abusos de poder. Regramento básico inserido em todas as peças jurídicas onde se busca a correção de eventual abuso de poder, alegação de conduta ilícita ou irregular por parte da Administração ou de seus agentes.

Pois bem, qual será o momento em que a vítima de um crime, praticado não por agente do Estado/Administração poderá pleitear essa reparação? Para quem a vítima dessa conduta criminosa poderá recorrer em nome do resgate da sua “dignidade humana”? Ela foi ofendida de forma física, econômica, psicológica ou moral. A norma constitucional está sendo aplicada?

Analisando o artigo 5º da Constituição Federal que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, temos uma relativa discrepância no tocante às garantias individuais apresentadas em prol da vítima no cotejo das garantias em prol do investigado/autor de delito. Assim vejamos:

Garantias para as vítimas:

- XXII – direito de propriedade
- XLV – possibilidade de buscar a reparação do dano junto ao patrimônio do condenado ou de seus sucessores

Garantias para os investigados/autores:

- XLVI – individualização da pena
- XLVII – tipos de pena
- XLVIII – tipos de estabelecimento prisional
- XLIX – garantida da integridade física
- L – direito das presas em amamentar seus filhos
- LI – proibição de extradição para brasileiro
- LII – proibição de extradição para estrangeiros
- LIII – processo apenas pela autoridade competente
- LIV – verificação quanto ao efetivo processo legal
- LV – garantia ao contraditório e ampla defesa
- LVI – inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos
- LVII – autor culpado somente após o trânsito em julgado da sentença
- LVIII – desobrigação de identificação criminal
- LXI – prisão em flagrante delito ou por ordem judicial
- LXII – obrigatoriedade de comunicação da prisão ao Poder Judiciário
- LXIII – informação dos direitos e assistência de advogado
- LXIV – ciência em relação ao responsável pela prisão
- LXV – prisão ilegal será relaxada pelo Poder Judiciário
- LXVI – pagamento de fiança para responder processo em liberdade
- LXVIII – *habeas corpus* para garantir a liberdade de locomoção
- LXIX – mandado de segurança contra abuso de autoridade
- LXX – mandado de segurança coletivo contra abuso de autoridade
- LXXV – indenização ao condenado por erro judiciário

Assim, podemos constatar a existência de duas garantias para o cidadão que passa pela situação de ser “vítima” em uma relação processual, sendo que para o investigado/autor de delito o texto constitucional oferece 23 possibilidades de manutenção do seu direito individual.

Buscando a legislação infraconstitucional, temos o Código de Processo Penal que regulamenta o procedimento operacional para a busca pela recomposição da paz social, elencando regras, garantias e especificando formas procedimentais de como agir.

Neste sentido, vamos analisar as ações inerentes às garantias que podem ser buscadas pela vítima diante da ação criminosa dos infratores, tendo como parâmetro as ações cautelares (antes da sentença), ações no ato da sentença e após a edição da mesma.

Preliminarmente, antes das ações cautelares, devemos reconhecer o direito da vítima e o interesse do Estado em restituir a paz social diante da prática delituenta. Surge então no artigo 5º, inciso II e parágrafo 3º a possibilidade da vítima buscar apoio estatal em relação a instauração de inquérito policial para a apuração de conduta criminosa realizada na qual a mesma foi ofendida em sua vida, integridade física ou patrimonial. Temos a delimitação da vítima primária (ser humano) e vítima secundária (Estado). A primeira sempre eventual e a segunda constante.

Como medidas cautelares temos no Código de Processo Penal - C.P.P. no artigo 125 e seguintes as “Medidas Assecuratórias”, as quais podem ser denominadas de instrumentos voltados para o vitimado, seja pessoa individual ou entidade pública que represente os interesses da sociedade ou até mesmo o próprio Ministério Público ou autoridade policial, que buscam o resguardo prévio para a satisfação da futura indenização decorrente ou fixada no próprio processo penal (BURKE, 2019, p. 191).

O sequestro trata-se de medida prevista nos artigos 125 e 132 do C.P.P. e visam obstar a delapidação de bens imóveis (art. 125) e bens móveis (art. 132) que pertençam ao agente infrator, os quais teriam sido adquiridos com o produto do ilícito, para servirem como forma de garantia para futura indenização à vítima. Pleiteada a medida assecuratória e deferida, seus efeitos se estendem inclusive para objetos que tenham sido transferidos para terceiros.

A hipoteca legal (art. 134) trata-se de medida a ser pleiteada em relação aos imóveis que o autor tenha. A origem do imóvel pode ser lícita, totalmente independente da conduta ilícita realizada. Trata-se de medida para garantir a possibilidade de indenização da vítima em futura ação *ex delicto* após edição da sentença penal.

O arresto (art. 137) trata-se praticamente da última possibilidade de obtenção de bens para a garantia de indenização. O sequestro busca-se os bens adquiridos com o produto do ilícito e na hipoteca busca-se imóveis de origem não vinculada ao crime. Assim, no arresto a medida visa a restrição em relação a bens móveis que não possuam direto vínculo com o ilícito praticado, mas por serem de responsabilidade do agente infrator, devem ficar reservados para garantir eventual indenização à vítima.

Ainda na fase judicial e antes da sentença judicial, temos a possibilidade de obter a composição dos danos à vítima quando estamos diante de casos elencados na Lei nº 9.099/1995, conforme preceitua o art. 72:

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

A possibilidade de composição civil entre as partes interessadas (autor e vítima) pautou-se em um avanço significativo diante do formalismo do processo penal, representando a efetividade da norma prevista no art. 98, inciso I da Constituição Federal.

No Estado de São Paulo, a Polícia Civil instituiu em algumas cidades o Núcleo Especial Criminal - NECRIM, onde nos crimes de lesão corporal culposa (art. 303 da Lei nº 9.504/1997) as partes são intimadas e em uma audiência formal busca-se pela composição dos prejuízos e a verificação em relação a eventual representação ou não pelo prosseguimento do procedimento junto a esfera judicial. Compostos os danos, a vítima declinará em relação à representação para o início da ação penal. O documento é elaborado constando o valor e a forma do recebimento da indenização, a manifestação formal em relação ao não interesse em representar, sendo assinado por todos os presentes e encaminhado ao Poder Judiciário para a homologação. Inúmeras composições já foram realizadas e homologadas junto ao Poder Judiciário. Esta ação foi desenvolvida através da interpretação dos artigos 73 e 74 da Lei nº 9.099/95:

Art. 73. A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação.

Parágrafo único. Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal.

Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

O próximo momento para obtenção de satisfação dos prejuízos sofridos será a sentença judicial. O Juiz de Direito, agora de acordo com as alterações estipuladas pela Lei nº 11.719/2008, ao proferir sentença condenatória conforme o artigo 387, inciso IV do C.P.P., fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Neste sentido, necessário se faz demonstrar desde o início (fase policial) o valor do prejuízo sofrido pela vítima, bem como que se tenha tentado no curso do processo garantir patrimônio que sustente essa indenização (sequestro, hipoteca legal ou arresto), para que nesta oportunidade possa ser efetivado esse direito.

O texto legal adota a expressão “valor mínimo”, porém nada impede que esse valor possa ser desde logo o integral, tendo em vista o caso concreto a ser analisado e decidido. Essa possibilidade vem a ser uma nobre ferramenta de proteção à vítima inserida no sistema jurídico legal. Esta circunstância conseguiu reinserir a vítima na qualidade de parte junto ao processo penal, tendo em vista que a mesma possuía uma figuração secundária, como testemunha em relação a apuração da responsabilidade do autor. Sua palavra era utilizada como base da sustentação da acusação no tocante aos fatos constatados e apurados. Agora, sua manifestação também deverá ser respeitada e aferida no tocante ao efetivo prejuízo sofrido pela ação delituosa.

Prolatada a sentença penal condenatória e esta transitada em julgada, torna-se definitiva, não mais se discutindo se é ou não devida (*an debeatur*) a indenização, mas tão somente o quanto é devido pelo réu (*quantum debeatur*). Se a mesma foi estabelecida com base no valor mínimo (art. 387, inc. IV do C.P.P.), torna-se possível a discussão no âmbito cível através da chamada ação civil *ex delicto* (artigo 63 e seguintes do C.P.P.).

O art. 64 do C.P.P. deixa claro o direito do ofendido de pleitear diretamente em juízo a reparação do dano (ação civil *ex delicto*), todavia determina que ocorrendo duplicidade de ação (cível e criminal), o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta até o julgamento definitivo da esfera penal.

O artigo 932 do Código Civil assim dispõe em relação a responsabilidade pelo pagamento de indenizações:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Finalmente, saliente-se que o artigo 206, §3º, inciso V do Código Civil estabelece o prazo decadencial de 03 anos para ingresso da respectiva ação indenizatória.

6. Ações práticas em prol dos direitos humanos do autor

Várias são as ações praticadas em nossa sociedade em prol da obediência dos Direitos Humanos. Inúmeras Organizações Não Governamentais – ONG’s levantam a bandeira dos Direitos Humanos, sendo que junto aos órgãos jurídicos temos, entre outros, a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB e o Ministério Público. Estes Órgãos devidamente constituídos atuam notadamente em prol da manu-

tenção dos direitos humanos dos autores de delito. A OAB na guarida dos eventuais abusos praticados pelos órgãos públicos, notadamente as polícias e entidades públicas e o Ministério Público, em que pese ser o Órgão Acusador, também se pauta de forma garantidora em relação aos direitos humanos dos detentos.

Assim, a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, conta com várias Comissões Permanentes, as quais possuem representatividade em todas as suas sedes, sendo a de Direitos Humanos uma delas. A atenta análise aos atos praticados em dissonância aos Direitos Humanos e o acompanhamento aos seus representados torna-se uma forte bandeira atual, a qual deve ser mantida e firmemente representada.

O Ministério Público, em sua função de órgão fiscalizador e no efetivo acompanhamento dos atos de polícia judiciária, em atendimento a orientação administrativa superior, efetua visitas periódicas nas Delegacias de Polícia dos Estados, constatando a estrutura física, funcional e operacional das unidades. Neste sentido foi desenvolvido o Formulário de Visita Técnica à Delegacia de Polícia Estadual pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP, 2016).

Ressalto que vários quesitos são analisados, tais como quadro funcional, condições físicas do prédio, organização do trabalho, objetos apreendidos, armas apreendidas, livros, etc., com uma média de 7 a 8 questões em relação a cada tópico. Entretanto, no quesito condições de custódia e carceragem são analisadas 24 questões, dentre os quais aponto algumas:

- Possui cela(s) destinadas aos portadores de doenças infectocontagiosas?
- Há assistência médica?
- Há acesso a medicamentos?
- A comida é de boa qualidade e quantidade? (CNMP, 2016)

Após análise desse duplo aspecto, indaga-se: Qual o órgão da administração pública que se preocupa com os direitos humanos das vítimas de crime?

Felizmente, parece-nos que essa preocupação não está isolada. Nesse sentido, vemos com esperança a tramitação do projeto de lei anticrime de iniciativa do Ministério da Justiça, onde entre os 19 tópicos, são elencados dois que realmente apontam soluções mais céleres e eficazes em relação ao ressarcimento dos bens às vítimas e a condições de fragilidade da mesma. Essas medidas estão lançadas nos itens VIII (medidas para aprimorar o perdimento de produto do crime) e XII (medidas para introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal e na Lei de Improbidade).

Diante do futuro quadro, teremos que aguardar as deliberações junto ao Congresso Nacional para sabermos se teremos ou não a implementação dessas medidas em nosso ordenamento jurídico.

7. Conclusão

Após esse caminhar em relação aos direitos humanos, podemos afirmar que a doutrina pregada, defendida e buscada não perpassa pela figura da vítima de crime. As entidades de classes, as ONG's, a mídia e tantos outros institutos estão preocupados em relação à efetividade dos direitos humanos para aquela pessoa que praticou a infração penal e seus familiares.

A discussão será no tocante ao emprego de arma e a dosagem da força para deter o autor. Seria necessário ou não o uso de algemas? Ele teve assistência de Defensor no ato de sua prisão? Seus familiares foram comunicados? Ele foi alimentado? Ele foi agredido? Ele foi ameaçado ou constrangido por algum policial?

Quero deixar claro que não sou a favor do emprego de violência ou abuso de autoridade em relação às pessoas que estão ou serão presas, contudo, me posiciono no sentido de que durante toda minha caminhada como policial, ainda não conheci uma vítima sequer que ao ser indagada em relação aos fatos disse que ao ser abordada por um infrator este foi educado, calmo e gentil. Com a exceção dos estelionatários, todos os demais infratores agem com truculência e de forma agressiva.

Indaga-se, como ficou o psicológico dessa vítima? Como ficou o patrimônio dessa vítima? Ela terá condições financeiras de reparar os danos para eventual e futuro ressarcimento? Qual o órgão estatal ou entidade que irá em sua residência para indagar-lhe sobre essas questões? Qual o direito humano que essa vítima de crime tem?

Este trabalho nunca teve a pretensão de chegar a uma solução, serve apenas como um parâmetro para futuras discussões, reflexões, indagações filosóficas e existências. Que um dia a vítima tenha também esse tipo de assistência.

Referências

BURKE, Anderson. *Vitimologia*. Salvador: JusPodium, 2019.

CNMP – CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Formulário de Visita Técnica à Delegacia de Polícia Estadual*. Atualizado em 21/11/2016. Disponível em <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/1_FORMULARIO_Delegacia_de_Pol%C3%ADcia_Estadual.pdf>. Acesso em 29/08/2019.

DHNET – DIREITOS HUMANOS NA INTERNET. *Protecção dos Direitos Humanos das Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder*. Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/ajus/prev32.htm>>. Acesso em 14/08/2019.

FARIAS, Márcio de Almeida. *Direitos humanos: conceito, caracterização, evolução histórica e eficácia vertical e horizontal*. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/37044/direitos-humanos-conceito-caracterizacao-evolucao-historica-e-eficacia-vertical-e-horizantal>>. Acesso em 23/07/2019.

HASSAN RIVEIRO, Diógenes V.. A vítima e o Direito Penal. *Canal Ciências Criminais*. Disponível em <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/241110941/a-vitima-e-o-direito-penal>>. Acesso em 04/07/2019.

LENZI, Tié. *Significado de Direitos Humanos*. Disponível em <<https://www.significados.com.br/direitos-humanos/>>. Acesso em 23/07/2019.

LOHMANN, Georg. As definições teóricas de direitos humanos de Jürgen Habermas: o princípio legal e as correções morais. Trad. de Clélia Ap. Martins. In: *Trans/Form/Ação*, Marília, v. 36, n. spe, p. 87-102, 2013. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732013000400007>. Acesso em 23/07/2019.

MAIA NETO, Cândido Furtado. *Direitos humanos das vítimas de crimes: filosofia penal e teoria crítica à luz das reformas processuais penais*. Curitiba: Juruá, 2014.

ONU BRASIL. *O que são os direitos humanos?* Disponível em <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>>. Acesso em 23/07/2019.

SCHIAPACASSA, Luciano Vieiralves. *O que se entende por direito penal da vítima?* Disponível em <<https://lfq.jusbrasil.com.br/noticias/1436513/o-que-se-entende-por-direito-penal-da-vitima-luciano-vieiralves-schiapacassa>>. Acesso em 04/07/2019.

ZAPATER. Máira Cardoso. *Vamos falar sobre direitos humanos das vítimas*. Disponível em <<https://observatorio3setor.org.br/colunas/maira-zapater-direitos-humanos-e-sociedade/vamos-falar-sobre-os-direitos-humanos-das-vitimas/>>. Acesso em 14/08/2019.

14. O TESTAMENTO VITAL EM FACE DOS DIREITOS HUMANOS

César Augusto Micheli

Mestre em Teoria do Direito e do Estado pela UNIVEM

Especialista em Direito Processual Civil pela UNIVEM

Professor e Coordenador do NPJ, Estágio e SAJU do Curso de Direito da FIB

Advogado

1. Introdução

Inicialmente é necessário esclarecer que o tema “testamento vital” não faz parte do estudo do direito sucessório, por mais que a palavra “testamento” assim se leve a crer.

Percebe-se que muito pouco se discute acerca do “testamento vital”.

Referido instituto ganha relevância ímpar no que diz respeito às declarações de vontade do ser humano até o fim de sua vida, haja vista que a maior parte das pessoas desconhece tal direito.

Neste contexto, o presente estudo abordará inicialmente aquilo que se denomina convivência com a possibilidade morte, onde inúmeras são as situações em que as pessoas têm que tomar decisões acerca do seu próprio destino.

Após, serão traçados conceitos sobre o testamento vital, procurando dar ao menos uma noção do que se trata esse “instituto”, bem como ainda se delineará a legislação a ele aplicável, buscando dar sustentabilidade à sua validade.

Ao final se fará uma relação entre o instituto do testamento vital com os direitos humanos.

2 A convivência com a possibilidade morte

Por mais difícil que possa parecer, podemos dizer que convivemos com a morte desde o dia em que nascemos.

Inúmeras são as pessoas que convivem com a possibilidade de morte, ou seja, são aquelas situações onde a pessoa sabe que seu quadro é irreversível, tendo como único destino a morte.

Várias são as situações em que as pessoas têm que decidir sobre seu próprio destino quando o assunto é morte. A título de ilustração, eis uma declaração a respeito do assunto:

Caso eu seja acometida de alguma enfermidade incurável, os cuidados devem ser resumidos a medidas paliativas para aliviar dores, inquietação e medo. Quero morrer com dignidade e paz. E se for possível, no meu ambiente familiar. Recuso terminantemente alimentação forçada ou artificial. Em caso de UTI, exclusivamente se tiver chance real de sair em no máximo uma semana. Solicito aos meus médicos que aceitem este testamento vital e procedam de acordo com a minha vontade. Outra decisão não tem qualquer interesse para mim. (DINIZ, 2017)

A declaração acima foi extraída do testamento vital confeccionado pela aposentada Neuza de Carvalho, de 87 anos, em cartório, a qual, embora ainda saudável, tratou de realizar referido testamento com o intuito de fazer valer sua vontade até o fim de sua vida.

Mais algumas situações:

Aos 75 anos a mulher não aguenta mais o sofrimento causado pela quimioterapia. “Eu não tenho mais forças para suportar isso”, diz à geriatra. Ela tem um linfoma e os médicos já decretaram que não há como reverter o quadro da doença. Não há cura e ela recebeu a sentença de que tem apenas seis meses de vida.

Nesta quarta (7/5/2014), ela decidiu com a família que não quer mais fazer a quimioterapia. Vai tratar a dor, mitigá-la. Também vai deixar o hospital e passar seus últimos dias em casa. Antes disso, planejou uma viagem com os filhos. Precisa se preparar para a morte. Ela decidiu por parar de esticar o fiapo de vida que restava e viver os últimos dias com qualidade ao lado de quem ama.

“Celina Rubo Silva, de 72 anos, fez seu testamento vital há três anos, quando o assunto nem era muito falado. “Tenho diverticulite, que pode evoluir para uma obstrução no intestino. Se a doença avançar, podem me operar e colocar uma bolsa de colostomia, o que eu abomino. Posso morrer de outra coisa e nunca ter que passar por isso, mas resolvi documentar isso”.

Quando a mãe dela, aos 87 anos, teria de colocar a bolsa de colostomia, coube a ela e aos irmãos dizerem não. “Meus três irmãos e eu decidimos que não íamos operá-la. Foi uma decisão muito difícil, mas era o que achávamos que ela queria”. A mãe de Celina viveu mais três anos sem a bolsa, com o problema controlado, até que aos 90 anos a doença venceu e ela morreu.

O testamento, conta Celina, é uma forma de poupar seus familiares da mesma decisão. Mas não foi fácil convencê-los. Parentes e inclusive o filho de 34 anos disseram que se o médico sugerisse a operação, eles acatariam. “Finalmente consegui que o meu primo topasse ser o meu procurador [é preciso ter um procurador para registrar o documento]. Agora estou tranquila, quero uma morte natural e sem passar por constrangimentos”, diz. (ZIEGLER, 2014)

A médica Maria Goretti Sales Maciel, no prefácio da obra de Luciana Dadalto (2015, XV), assim relata:

No auge dos seus 87 anos, o Sr. Antônio, que já acumulava falência do sistema urinário e dependia de hemodiálise, descobriu-se portador de um câncer no estômago que dificultava a sua alimentação. Duas filhas cuidadoras o protegiam do nome de sua doença. Mas ele sabia muito bem que tinha uma ferida no estômago que estava crescendo, que não tinha tratamento e nem cirurgia para se livrar dela e que certamente aquele seria o fim da sua vida.

Seu Antônio aparece alinhado nas consultas, andando com ajuda de uma bengala, sempre sorridente e calmo. Completamente lúcido. O primeiro desafio era conversar com ele sobre a sua vontade na condução do final da sua vida, sem ferir o jogo do “faz de conta que eu não sei” que ele mesmo orquestrava, posto que não fazia perguntas e demonstrava interesse em saber além do que sabia muito bem. Estava satisfeito com a sua vida. Numa das consultas a oportunidade surgiu (como sempre acontece) no acaso de um comentário dele sobre estar cansado e pouco satisfeito com as limitações da sua alimentação, que precisava ser processada.

Um paliativista não perde a chance. Perguntei-lhe sobre como ele gostaria de ser tratado no caso de sua doença o impedir de comer. A resposta veio imediata, fruto de quem já refletira bastante sobre o assunto: “Daí... só a morte. Já estou dando hora extra”. Nova pergunta: E quanto a procedimentos mais invasivos como UTI, aparelho para respirar, diálises mais constantes? “Por favor... não desejo nada disso. Quero sair em paz desta vida”.

Em face da situação acima descrita, o Sr. Antônio confeccionou seu testamento vital.

Como aqui já frisado, a convivência do ser humano com a morte ocorre desde o seu nascimento, pois a morte é inevitável!

Geralmente se morre de repente ou em virtude de grave doença, sendo que na segunda situação a pessoa passa a se relacionar diretamente com a “possibilidade morte”, surgindo aí questões inerentes à dignidade da pessoa, em que se busca uma cura ou mesmo um mínimo de sofrimento até o último dia de vida.

É justamente nestas circunstâncias que surge a possibilidade de se realizar um testamento vital.

3. O testamento vital e a legislação aplicável

Luciana Dadalto (s.d.) assim define testamento vital:

O testamento vital é um documento, redigido por uma pessoa no pleno gozo de suas faculdades mentais, com o objetivo de dispor acerca dos cuidados, tratamentos e procedimentos que deseja ou não ser submetida quando estiver com uma doença ameaçadora da vida, fora de possibilidades terapêuticas e impossibilitado de manifestar livremente sua vontade.

Em linhas gerais, o testamento vital é um documento em que pessoa capaz diz o que deseja em relação a tratamento de saúde futuro diante de poder estar impossibilitado de assim o fazer quando acometido de doença grave, devendo ser confeccionado no cartório de notas.

O testamento vital, portanto, é instrumento legal hábil para que se garanta o cumprimento das decisões do paciente sobre como deseja receber tratamentos de saúde até o fim de sua vida, ou seja, pode-se dizer que o testamento vital se trata de garantia de como a pessoa quer viver em relação a possibilidade de tratamento médico até o final de sua vida.

Ainda quanto à definição de testamento vital:

É o documento escrito por uma pessoa, no pleno gozo de suas faculdades mentais, onde ela define os cuidados, vontades e instruções especificando tratamentos e procedimentos a que deseja – ou não – ser submetida quando estiver com uma doença ameaçadora da vida, um diagnóstico para a qual a medicina não disponha de cura ou tratamento que possibilite ao paciente uma vida saudável física e mentalmente. (GONÇALVES, 2017)

Não obstante a inexistência de norma jurídica específica acerca do testamento vital no Brasil, os especialistas, analisando as normas constitucionais e infraconstitucionais, têm dado validade ao testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro, posição também já aceita pelos tribunais.

Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e da autonomia (implícito no art. 5º da CF), bem como a proibição de tratamento desumano (CF, art. 5º, III), fornecem sustentabilidade para a defesa do testamento vital.

O art. 15 do Código Civil preceitua que ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica.

No estado de São Paulo, a Lei nº 10.241/99 assegura aos pacientes um tratamento digno, com a observância de direitos básicos sobre sua integridade física e privacidade. E, dentre outros direitos, estabelece o artigo 2º, inciso XXIII, da referida norma, o direito ao paciente terminal ou ao seu representante legal de recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários que visam prolongar a vida.

A Resolução nº 1.995 do CFM, de 31/08/2012, dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade no Brasil, que constitui a primeira regulamentação sobre o tema no país. Tal Resolução estabelece, no art. 2º, que o médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.

Na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi aprovado o Enunciado nº 37, que trata especificamente sobre as diretivas de vontade, assim dispondo:

As diretivas ou declarações antecipadas de vontade, que especificam os tratamentos médicos aos quais o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem se feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito.

Destarte, quando se trata de conceitos ligados à dignidade da pessoa, se está tratando de direitos humanos, cuja relação com o testamento vital se passa a analisar no tópico a seguir.

4 O testamento vital e sua relação com os direitos humanos

A dignidade da pessoa humana é tida como valor fundamental supremo do Estado democrático de direito, tendo sua previsão no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988, como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, a saber:

Artigo 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana.

Todas as ações do Estado devem observar fielmente tal princípio.

Assim, sendo os direitos humanos pertencentes a todas as pessoas, a dignidade da pessoa humana assim também deve ser entendida e estendida como direito fundamental a todos.

Logo, a dignidade da pessoa humana pode ser tida como

(...) qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2005)

Conjuntamente com a dignidade da pessoa humana há necessidade de se destacar a autonomia do paciente em fim de vida. A Constituição Federal de 1988 tem a liberdade como direito fundamental e inviolável, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, **à liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...). (grifo nosso)

Assim é que se entende que a pessoa em fase terminal de vida possui direito ao exercício da autonomia privada, para que assim possa ter o direito a uma morte digna. Ressalta Maria Goretti Sales Maciel (DADALTO, 2015, XV) que “é preciso ter em mente que as pessoas começam a se preocupar com a velhice e com a forma como irão morrer”.

Ainda sobre o direito da pessoa em fase terminal de vida de não se submeter a determinadas terapias, merece destaque o disposto na Carta Encíclica *Evangelium Vitae*, do Papa João Paulo II:

Distinta da eutanásia é a decisão de renunciar ao chamado “excesso terapêutico”, ou seja, a certas intervenções médicas já inadequadas à situação real do doente, porque não proporcionadas aos resultados que se poderiam esperar ou ainda porque demasiado gravosas para ele e para a sua família. Nestas situações, quando a morte se anuncia iminente e inevitável, “pode-se em consciência « renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso da vida, sem, contudo, interromper os cuidados normais devidos ao doente em casos semelhantes”. Há, sem dúvida, a obrigação moral de se tratar e procurar curar-se, mas essa obrigação há-de medir-se segundo as situações concretas, isto é, impõe-se avaliar se os meios terapêuticos à disposição são objectivamente proporcionados às perspectivas de melhoramento. A renúncia a meios extraordinários ou desproporcionados não equivale ao suicídio ou à eutanásia; exprime, antes, a aceitação da condição humana defronte à morte.

Na medicina actual, têm adquirido particular importância os denominados “cuidados paliativos”, destinados a tornar o sofrimento mais suportável na fase aguda da doença e assegurar ao mesmo tempo ao paciente um adequado acompanhamento humano. Neste contexto, entre outros problemas, levanta-se o da licitude do recurso aos diversos tipos de analgésicos e sedativos para aliviar o doente da dor, quando isso comporta o risco de lhe abreviar a vida. Ora, se pode realmente ser considerado digno de louvor quem voluntariamente aceita sofrer renunciando aos meios lenitivos da dor, para conservar a plena lucidez e, se crente, participar, de maneira consciente, na Paixão do Senhor, tal comportamento “heroico” não pode ser considerado obrigatório para todos. Já Pio XII afirmara que é lícito suprimir a dor por meio de narcóticos, mesmo com a consequência de limitar a consciência e abreviar a vida, “se não existem outros meios e se, naquelas circunstâncias, isso em nada impede o cumprimento de outros deveres religiosos e morais”. É que, neste caso, a morte não é querida ou procurada, embora por motivos razoáveis se corra o risco dela: pretende-se simplesmente aliviar a dor de maneira eficaz, recorrendo aos analgésicos postos à disposição pela medicina. Contudo, “não se deve privar o moribundo da consciência de si mesmo, sem motivo grave”: quando se aproxima a morte, as pessoas devem estar em condições de poder satisfazer as suas obrigações morais e familiares, e devem sobretudo poder-se preparar com plena consciência para o encontro definitivo com Deus. (JOÃO PAULO II, 1995)

Destarte, verifica-se que a conjugação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada de vontade são garantias atinentes aos direitos humanos e que resguardam o direito das pessoas, em processo final de vida, de escolherem as terapias para que possam ter uma morte digna.

5. Considerações finais

Conforme demonstrado ao longo do presente estudo, verifica-se que o tema “testamento vital” é de desconhecimento da maioria das pessoas, até mesmo daquelas ligadas à área jurídica.

Percebe-se, ainda, que o tema não faz parte de debates nas universidades, quiçá entre os leigos.

Sendo o ser humano no Brasil detentor de direitos durante toda a sua vida, negar acesso ao testamento vital seria o mesmo que tolher tal direito do cidadão.

Constata-se, outrossim, por meio dos dispositivos legais aqui invocados, que o testamento vital constitui instrumento jurídico válido no Brasil. Pensar diferente disso seria verdadeiro retrocesso social, sem lugar para os tempos hodiernos.

Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. A terminalidade da vida. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AZEVEDO, Daniel Lima; BURLÁ, Cláudia; PY, Ligia. Cuidados Paliativos. In: DADALTO, Luciana; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Dos hospitais aos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

AZEVEDO, Marco Antonio Oliveira de. *Bioética fundamental*. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2002.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; COSTA, Judith Martins. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 17/10/2018.

_____. *Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 17/10/2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.995/2012*. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em 16/10/2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Enunciados aprovados na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça*, em 15 de maio de 2014, São Paulo/SP. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf>. Acesso em 16/10/2018.

DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *O que é o testamento vital?* [s.d.] Disponível em <<https://testamentovital.com.br/>>. Acesso em 17/10/2018.

DINIZ, Thais Carvalho. *Para tentar controlar a própria morte, pessoas buscam testamento vital*. 27/07/2017. Disponível em <<https://universa.uol.com.br/noticias/redacao/2017/07/27/para-tentar-controlar-a-propria-morte-pessoas-buscam-testamento-vital.htm>>. Acesso em 16/10/2018.

GONÇALVES, Nelson. Bauruense deixou relato de como enfrentou a própria morte. *In: Jornal da Cidade*, Bauru/SP, 02/04/2017. Disponível em <<https://www.jcnet.com.br/noticias/geral/2017/04/496191-bauruense-deixou-relato-de-como-enfrentou-a-propria-morte.html>>. Acesso em 30/08/2019.

JOÃO PAULO II. *Carta Encíclica Evangelium Vitae*. 25/03/1995. Disponível em <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html#_ftn76>. Acesso em 30/08/2019.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SÃO PAULO. Assembleia Legislativa. *Lei nº 10.241, de 17 de março de 1999*. Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado. Diário Oficial. São Paulo, 18 mar. 1999. Disponível em <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1999/lei-10241-17.03.1999.html>>. Acesso em 17/10/2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ZIEGLER, Maria Fernanda. *Recente no Brasil, medicina paliativa dá “qualidade de morte” a idoso incurável*. 08/05/2014. Disponível em <<https://saude.ig.com.br/minhasaude/2014-05-08/recente-no-brasil-medicina-paliativa-da-qualidade-de-morte-a-idoso-incuravel.html>>. Acesso em 16/10/2018.

O curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru (FIB) vem proporcionando aos seus alunos um ensino de excelência, cujos resultados positivos são visíveis e incontestáveis. Além de obter duas notas máximas junto ao MEC, também é um dos poucos cursos do país com parecer favorável da OAB.

Nesta obra, professores do curso de Direito apresentam os trabalhos que elaboraram para a Semana de Afirmação dos Direitos Humanos da FIB, realizada em outubro/2019. Os objetivos são os mesmos da Revista JurisFIB, que já conta com onze edições: promover o debate de ideias, estimular a pesquisa e divulgar a produção científica.

DIREITOS HUMANOS

Estudos da I Semana de Afirmação
dos Direitos Humanos das Faculdades
Integradas de Bauru - FIB

ISBN: 978-85-5973-765-3



Editora
Spessotto