Unichristus
Centro Universitário Christus

ANAIS

XI ENCONTRO DE INICIAÇÃO À PESQUISA E À DOCÊNCIA
IX ENCONTRO DE PESQUISADORES
2014

DIREITO

Unichristus
Centro Universitário Christus

ANAIS

XI ENCONTRO DE INICIAÇÃO À PESQUISA E À DOCÊNCIA
IX ENCONTRO DE PESQUISADORES
2014

DIREITO

CENTRO UNIVERSITÁRIO CHRISTUS
ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR

Reitor
José Lima de Carvalho Rocha

Pró-Reitor de Administração e Planejamento
Estêvão Lima de Carvalho Rocha

Pró-Reitor de Graduação
Maurício Lima de Carvalho Rocha

Pró-Reitor de Pesquisa
Marcos Kubrusly

Pró-Reitor de Extensão
Rogério Frota Leitão dos Santos

CURSO DE DIREITO

Coordenadora Geral
Gabrielle Bezerra Sales

Coordenadora Adjunta
Andreia da Silva Costa

Coordenadora de Pesquisa
Ana Stela Vieira Mendes Câmara

XI ENCONTRO DE INICIAÇÃO À PESQUISA E À DOCÊNCIA E IX ENCONTRO DE PESQUISADORES DO CENTRO UNIVERSITÁRIO CHRISTUS – UNICHRISTUS

13 e 14 de maio de 2014

ANAIS 2014

DIREITO

Unichristus
Centro Universitário Christus

Fortaleza – Ceará
2016

ANAIS 2014
©2016 Copyright by Unichristus

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS
Unichristus

Organizadores
Gabrielle Bezerra Sales
Andréia da Silva Costa
Ana Stela Vieira Mendes Câmara

Revisão
Ana Stela Vieira Mendes Câmara

Coordenação de Design
Jon Barros

Programação Visual
Juscelino Guilherme

Ficha Catalográfica elaborada por Dayane Paula Ferreira Mota – Bibliotecária – CRB-3/1310

E56a Encontro de Iniciação à Pesquisa e à Docência (11.: 2014: Fortaleza, CE)
Encontro de Pesquisadores do Centro Universitário Christus - Unichristus (9.: 2014: Fortaleza, CE)

Anais 2014: Direito / XI Encontro de Iniciação à Pesquisa e à Docência; IX Encontro de Pesquisadores do Centro Universitário Christus - Unichristus, 13 e 14 de maio de 2014, Fortaleza, Ceará; organizadoras: Gabrielle Bezerra Sales, Andréia da Silva Costa, Ana Stela Vieira Mendes Câmara. – Fortaleza: EdUnichristus, 2016.

223 p.
ISBN 978-85-99562-99-4

1. Pesquisa científica - Direito. 2. Iniciação à docência - Direito. 3. Pesquisadores - Direito. I. Sales, Gabrielle Bezerra, org. II. Costa, Andréia da Silva, org. III. Câmara, Ana Stela Vieira Mendes, org. IV. Título.

CDD 340

Impressão
Gráfica e Editora LCR Ltda.
Rua Israel Bezerra, 633 - Dionísio Torres - CEP 60.135-460 - Fortaleza – Ceará
Telefone: 85 3105.7900 - Fax: 85 3272.6069
Site: www.graficalcr.com.br – e-mail: atendimento01@graficalcr.com.br

APRESENTAÇÃO

Pesquisar é ir ao encontro do desconhecido. O pesquisador, como aquele que desbrava, se inquieta com o que está em seu entorno. Deseja ousar, ir além. E sonha com algo diferente. Do sonho, nasce um projeto, para o qual destina o que há de mais precioso em si: o seu tempo, o seu olhar, a sua atenção. Planeja e se lança à expedição. Estabelece o ritmo de suas passadas. Depara com imprevistos. Busca soluções. Falha, até. Mas persiste, persevera. Encontra abrigo nas tempestades. Ao se perder, sobe na copa das árvores mais altas. Dali avista veredas e clareiras. E enfim chega. Observa. Desfruta. Sente-se maravilhado, recompensado e fortalecido. Porém, desassossegar-se, descobre, faz parte de sua natureza. E logo se prepara para novos caminhares...

É com muita alegria que apresentamos à comunidade acadêmica uma fotografia dos percursos e aventuras de nossos pesquisadores. Alguns, ainda no início da jornada, participaram de nosso Encontro de Iniciação à Pesquisa e à Docência e nos surpreendem pela qualidade de suas impressões sobre o tão complexo e multifacetado fenômeno que é o Direito. Outros, mais experientes, tem no Encontro de Pesquisadores um espaço para realizar interlocuções e compartilhar suas vivências e os novos horizontes que vislumbram.

Ao proporcionar estes diálogos, o Centro Universitário Christus reafirma o seu compromisso em ser esteio para a produção de pesquisas científicas críticas e socialmente relevantes, também certos de que podemos avançar cada vez mais.

Ana Stela Vieira Mendes Câmara

Gabrielle Bezerra Sales

SUMÁRIO

ENCONTRO DE INICIAÇÃO À PESQUISA E À DOCÊNCIA

RESUMOS

CONIVÊNCIA FAMILIAR PARA COM O INFRATOR 12
Geovani C. Bezerra, Janielly A. de Morais e Prof. Dra. Janina M. Sanchez

O APRIMORAMENTO DO ENSINO JURÍDICO POR MEIO DE PROJETOS DE EXTENSÃO 13
Isabela B. Barreto, Sofia Figueiredo e Ana Stela Vieira Mendes Câmara

PEC 37/2011: O QUE É E PARA QUEM SERVIRIA? 14
Maria Elane de Carvalho Guerra, João Mateus Lobo Guerra e Sandra Helena Lima Moreira

A ATUALIDADE DO PENSAMENTO DE MAQUIAVEL NO PODER POLÍTICO BRASILEIRO 15
Sandra Helena Lima Moreira e Francisco Teixeira Neto

A VISÃO DO ENSINO JURÍDICO PELO USO DE PESQUISA ACADÊMICA 16
Sarah Maria Accioly Paiva e Ana Stela Vieira Mendes Câmara

ASPECTOS GERAIS DA ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS 17
Werderkelly Adriano de Sousa, Jessica Lima Nunes e Anna Luiza Matos Coêlho

SITUAÇÃO JURÍDICO-SOCIAL DOS MORADORES DE CONJUNTOS HABITACIONAIS REMANEJADOS DE ÁREAS DE RISCO EM FORTALEZA-CE 18
Pedro Lucas Rutemberg dos Santos das Neves e Profa. Sandra Helena Lima Moreira

RACISMO E A SUA RELAÇÃO COM COTAS RACIAIS NO BRASIL 19
Dominique Neves dos Santos, Emily da Silva Viana e Sandra Helena Lima Moreira

A ARTE DA LITERATURA E SUAS CONEXÕES COM O DIREITO 20
Leonardo Negreiros Conrado de Lima e Flávio José Moreira Gonçalves

MULHERES NO TRÁFICO DE PESSOAS 21
Jerssyanny Jennyffer Araújo Elias e Profa. Sandra Helena Lima Moreira

DO ENSINO JURÍDICO: A IMPORTÂNCIA DAS ATIVIDADES COMPLEMENTARES 22
Marcus Jiwago Rodrigues Veloso, Victor Pinho Tabosa e Ana Stela Vieira Mendes Câmara

A ATUAÇÃO DO SINDICATO NO BRASIL E SUAS NOVAS CARACTERÍSTICAS 23
Luana Maria dos Santos Mendes, Monique de Medeiros Teixeira e Clóvis Renato Costa Farias

INFLUÊNCIA AMERICANA PARA EFETIVAÇÃO DO GOLPE MILITAR DE 64 24
Elyne Eulálya Mendonça Lopes e Flavio José Moreira Gonçalves

A ATUALIDADE DO PENSAMENTO DE MAQUIAVEL NO PODER POLÍTICO BRASILEIRO 25
Sandra Helena Lima Moreira e Francisco Teixeira Neto

TRABALHO INFANTIL NA REALIDADE BRASILEIRA: DESAFIOS JURÍDICOS SOCIAIS 26
Jéssica Maria Costa Marques, Venâncio Camurça Magalhães Júnior e Clovis Renato Costa Farias

DIVERSIDADE SEXUAL: UMA ANÁLISE HISTÓRICA DE UM FENÔMENO SOCIAL 27
Alana Mayara Melo Aragão e Gerardo Clésio Maia Arruda

MINHA CASA MINHA VIDA: O SONHO (OU PESADELO?) DA CASA PRÓPRIA 28
Lucas B. Lobato, Hélton Júnior e Sandra Helena Lima Moreira

CONIVÊNCIA DA FAMÍLIA COM O INFRATOR 29
Francisca Bárbara Prado e Janina Sanchez

PERSPECTIVAS DE MUDANÇAS NA ATUAÇÃO DA POLÍCIA MILITAR 30
Cintia Cordeiro Nogueira dos Santos, Tamilis Fatima Vicente Matos e Jacqueline Alves Soares

ABORDAGEM POLICIAL NAS COMUNIDADES PERIFÉRICAS DE FORTALEZA 31
Ana Gabrielle Mendonça Lopes e Leandro Bessa

AÇÕES DESCRIMINATÓRIAS POSITIVAS EM FAVOR DA MULHER 32
Maria Carmelita Coêlho Felix, Andréa Rocha Pontes e Clovis Renato Costa Farias

O ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO NO ESTADO DO CEARÁ 33
Lia Bomfim Cavalcanti e Clovis Renato

SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL 34
Jéssica Alexandrino Farias e Sandra Helena Lima Moreira

REMUNERAÇÃO COM BASE NOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS 35
Monique de Medeiros Teixeira, Luana Maria dos Santos Mendes e Clóvis Renato Costa Farias

ABUSO SEXUAL DE CRIANÇA E ADOLESCENTE 36
Maria Gisele Barbosa Nunes, Mariana Cordeiro Sturdart Gurgel e Sandra Helena Lima Moreira

O TRABALHO ESCRAVO COMO UMA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS 37
Bianca Rocha Filgueiras e Clóvis Renato Costa Farias

LEI DA FICHA LIMPA: CONQUISTA PARA O SANEAMENTO DA CORRUPÇÃO NO BRASIL, SERÁ? 38
Janete da Silveira Wilke, Cíntia Cordeiro N. dos Santos e Leandro Bessa

DEFENSORES POPULARES EM DIREITOS HUMANOS: UMA EDUCAÇÃO INTERGERACIONAL 39
Silvia Andréa de Aquino, Priscylla Dantas e Jacqueline Soares

PORTADORES DE DEFICIÊNCIA: INCLUSÃO OU EXCLUSÃO NO MERCADO DE TRABALHO? 40
Brena Brasil da Silva, Maria Carmelita Coêlho Felix e Clóvis Renato Costa Farias

DESARMAMENTO NÃO É SEGURANÇA PÚBLICA 41
Tobias da Silva Ferreira e Sandra Helena Lima Moreira

AS ZEIS COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA 42
Bruna Silva Rodrigues, Francisca Ivanise Barroso Galvão e Jacqueline Alves Soares

ARTIGOS

TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO E CRÍTICA:
FUNDAMENTOS PARA A COMPREENSÃO JURÍDICA INTEGRAL E CONCRETA 44
Ricardo Henrique Silva de Sá Cavalcanti

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O CASO DE MAYARA PETRUSO 51
Glícia Magalhães Gomes e Prof. Antônio Torquilho Praxedes

ENSINO JURÍDICO EM DEBATE: ANÁLISE DA CÁTEDRA"TÓPICOS ESPECIAIS EM DIREITO I" 56
João Paulo Cláudio Almeida e Fayga Silveira Bedê

ALIENAÇÃO PARENTAL: GUARDA COMPARTILHADA – PROBLEMA OU SOLUÇÃO? 61
Daniella Soares Cavalcanti de Lima, Antonia Monica Aragão Moraes e Roberta Madeira Quaranta

ASPECTOS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS 68
Juliana Moreira Chastinet e Paulo Henrique Gonçalves Portela

ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS 75
Jéssica Lima Nunes, Wenderkelly Adriano de Sousa e Anna Luiza Matos Coêlho

O DIREITO À PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO 82
Taís Tavares Vieira Pessoa e Antônio Torquilho Praxedes

A SAÚDE MENTAL À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A SITUAÇÃO DOS EX-PACIENTES DO HOSPITAL PSIQUIÁTRICO MIRA Y LOPEZ 88
Venâncio Camurça Magalhães Júnior e Gabrielle Bezerra Sales

CASO DAMIÃO XIMENES LOPES: IMPLICAÇÕES JURÍDICAS E BIOÉTICAS ACERCA DA DESINTERNAÇÃO DO PACIENTE PSIQUIÁTRICO 97
Venâncio Camurça Magalhães Júnior e Gabrielle Bezerra Sales

A SOCIEDADE CIVIL BUSCANDO GARANTIR O DIREITO À EDUCAÇÃO E À REDUÇÃO DOS ÍNDICES DE VIOLÊNCIA CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE 105
Georgia M. F. Coelho, Antônia M. A. O. Moraes e Antônio T. Praxedes

NA RUA E SEM DIREITOS: UMA ANÁLISE DAS VIOLAÇÕES SOFRIDAS POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES
EM SITUAÇÃO DE RUA 112
Carla Marques Diógenes, Ana Virgínia Ramos Cardoso e Andréia Costa Castelo Branco Sales

O ENSINO JURÍDICO E OS DIREITOS HUMANOS 120
Laura da Silva Reis, Patrícia Freitas de Oliveira e Gerardo Clésio Maia Arruda

REPARTIÇÃO DAS COMPETÊNCIAS FEDERATIVAS 125
Rebeca Falcão Lopes Mourão e Leandro Bessa

A GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO COMO ALICERCE PRECURSOR DA FORMAÇÃO DO CIDADÃO: O EXEMPLO DA FUNDAÇÃO FRANKLIN ROOSEVELT 130
Alauana Maria Roriz da Rocha, Nyrlla Santos Alves e Antônio Torquilho Praxedes

DIREITO À MORADIA: A VULNERABILIDADE DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA 136
Jordana Pinheiro Saraiva e Andréia da Silva Costa Castelo Branco Sales

AS LACUNAS DO DIREITO 142
Ingrid Collyer Rodrigues e Anna Luíza Matos Coêlho

A FUNDAÇÃO FRANKLYN ROOSEVELT E O DIREITO À EDUCAÇÃO 147
Henrique Torquilho Almeida, Laura da Silva Reis e Antonio Torquilho Praxedes

ENCONTRO DE PESQUISADORES "ARTIGOS"

A TRIBUTAÇÃO DOS CEMITÉRIOS À LUZ DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS TEMPLOS DE QUALQUER CULTO 154
Rafaela Barbosa de Brito e Ana Paula Martins Albuquerque

ANÁLISE CRÍTICA DA RESTITUIÇÃO DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS (ICMS) SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA PELO CONSUMIDOR FINAL 160
Rafaela Barbosa de Brito e Diego Maia Crescêncio Pereira

A PREVIDÊNCIA SOCIAL DO PRESO E O NOVO AUXÍLIO-RECLUSÃO 166
Marcos José Nogueira de Souza Filho

PROPRIEDADE PÚBLICA: POLÍTICA URBANA E SUSTENTABILIDADE
"PUBLIC PROPERTY: URBAN POLICIES AND SUSTAINABILITY " 171
Adelaide Maria Rodrigues Lopes Uchoa

O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA: UM CONTRIBUTO PARA O ATUAL DESENVOLVIMENTO DA TEORIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO BRASIL 180
Gabrielle Bezerra Sales e Lorena da Silva Cavalcante Guedes Fernandes

O TRÁFICO DE MULHERES PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL NO ESTADO DO CEARÁ 187
Vanessa Gonçalves Melo

O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA: UM CONTRIBUTO PARA O ATUAL DESENVOLVIMENTO DA TEORIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO BRASIL 191
Gabrielle Bezerra Sales e Lorena da Silva Cavalcante Guedes Fernandes

A PREVIDÊNCIA SOCIAL DO PRESO E O NOVO AUXÍLIO-RECLUSÃO 199
Marcos José Nogueira de Souza Filho

PROPRIEDADE PÚBLICA: POLÍTICA URBANA E SUSTENTABILIDADE
"PUBLIC PROPERTY: URBAN POLICIES AND SUSTAINABILITY" 204
Adelaide Maria Rodrigues Lopes Uchoa

O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA E O DIREITO À INTIMIDADE DO DOADOR NO CONTEXTO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA SUAS IMPLICAÇÕES PARA O DIREITO DE FAMÍLIA 213
Gabrielle Bezerra Sales e Vanessa Gonçalves Melo

O TRÁFICO DE MULHERES PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL NO ESTADO DO CEARÁ 220
Vanessa Gonçalves Melo

Unichristus
Centro Universitário Christus

ENCONTRO DE INICIAÇÃO À PESQUISA E À DOCÊNCIA

RESUMOS

2014

CONIVÊNCIA FAMILIAR PARA COM O INFRATOR

Geovani C. Bezerra, *autor;* **Janielly A. de Morais**, *coautora;*
Prof. Dra. Janina M. Sanchez, orientadora.

Este resumo informativo trata de um problema abordado no filme "O som ao redor", de Kleber Mendonça Filho, que se imagina presente na sociedade cearense como um todo. No filme em questão, sobressai a atitude protetora do avô com relação ao neto usuário de drogas e infrator da lei conhecido no bairro onde mora. Além de outros parentes que se negam a agir diante das atitudes de "Dinho", o infrator, que conta com proteção do patriarca da família. A partir desse filme, nos propomos a uma discussão sobre a conivência das famílias cearenses com os infratores presentes no seio familiar e perguntamo-nos, ainda, qual a proporção de famílias coniventes, em relação àquelas que se posicionam contrariamente à atitude criminosa, independentemente do grau de parentesco? Em um levantamento feito no interior de uma faculdade particular fortalezense, buscamos uma medida amostral de como se comportam as famílias, ou pelo menos, de como os universitários veem as posturas de suas famílias, diante de uma situação-problema. Utilizando do método de pesquisa quantitativa, reunimos formulários respondidos por alunos de vários cursos. Foram considerados como variáveis o ato infracional e a postura conivente da família. Consideramos irrelevantes as questões relacionadas à idade, ao sexo, ao estado civil e à renda familiar, por entender que o problema levantado possui raízes na própria concepção de família e que essas características, embora importantes para traçar um perfil da população pesquisada, não influenciam diretamente na ocorrência do fenômeno pesquisado. Fundamentamos a pesquisa sob a ótica da dignidade humana, especialmente nos Art. XVI e XXII da Declaração dos Direitos Humanos. Essas disposições garantem o direito de ter promovida pelo Estado e pela sociedade a educação e as condições para desenvolvimento da personalidade do indivíduo, porém não se sobrepõem à legalidade, tampouco eximem a família da obrigação ética para com a sociedade em sua totalidade. As questões levantadas foram as seguintes: 1) Você acha que, quando há um infrator na família cearense, a família se reúne para impedi-lo? e 2) Na sua família, se você soubesse que alguém está prestes a cometer algo negativo você: a) ficaria calado; b) o aconselharia; c) o impediria; ou d) o denunciaria? De uma amostra de 108 estudantes universitários entrevistados, apenas 40,7% afirmaram que a família interfere diante de uma infração cometida por um parente. Perguntados sobre a postura que tomariam, caso tivessem prévio conhecimento de uma infração iminente, 9,3% afirmaram que ficariam calados; enquanto 87,9% se dispuseram a tentar aconselhá-lo no sentido contrário à infração; no entanto somente 62% agiriam efetivamente para impedir que a infração fosse concretizada; e, menos ainda, (46,3%) foram os que se propunham a fazer uma denúncia, no caso de não conseguir impedir a realização do fato reprovado. Os resultados mostram que o vínculo familiar garante, em certa medida, proteção ao indivíduo contra as pretensões punitivas da sociedade, sem que, no entanto, deixe de haver tentativas de educar e aconselhar, ao mesmo tempo, é visível certo grau de omissão e conivência com o infrator.

Palavras-chave: Conivência Familiar. Infrator. Direitos Humanos.

O APRIMORAMENTO DO ENSINO JURÍDICO POR MEIO DE PROJETOS DE EXTENSÃO

Isabela B. Barreto, autor; Sofia Figueiredo, coautor
Ana Stela Vieira Mendes Câmara, professor orientador

O ensino jurídico surgiu no Brasil, em 1827, quando Dom Pedro I sancionou a lei que criou os primeiros cursos de Direito em São Paulo e Olinda. A criação desses cursos visava a atender aos anseios de uma classe dominante e, apenas após a Proclamação da República, com a criação de outras Faculdades de Direito, houve um maior acesso da população ao conhecimento jurídico. Dessa forma, observa-se que o modelo de ensino jurídico que estava em vigor até pouco depois da Ditadura era tradicional, os estudantes eram limitados aos livros, o conhecimento era uma reprodução de informações, e a criticidade não era uma característica essencial ao estudante de Direito. Esse modelo se tornou ultrapassado e era preciso que houvesse uma interdisciplinaridade por meio de atividades complementares, para, dessa forma, agregar o conhecimento teórico ao conhecimento prático. A partir disso, o ensino jurídico "buscou se humanizar" e incorporou diversos componentes para o desenvolvimento e a formação de um bom jurista. Dentre esses componentes, destacam-se, na Unichristus, os projetos de extensão que se associam à pesquisa científica, os programas de monitoria, a publicação de artigos científicos, o ingresso dos alunos no Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) e no Escritório de Direitos Humanos (EDH), entre outros. Em evidência, cita-se o EDH, que facilita uma inclusão dos estudantes de Direito à realidade social brasileira, que, aliado ao ensino jurídico, proporciona o contato do aluno com o objeto estudado. O presente estudo teve como objetivo evidenciar o aprimoramento do ensino jurídico por meio de projetos de extensão, com ênfase no EDH. A metodologia utilizada foi o método indutivo de abordagem, a pesquisa tipo qualitativa e a observação direta (pesquisa de campo), as técnicas de pesquisa utilizadas foram a bibliográfica e as entrevistas semiestruturadas, em que foram coletados os relatos de dois estudantes de Direito sobre seus amadurecimentos acadêmicos. Observou-se, a partir das entrevistas realizadas, que o EDH colaborou para um melhor desenvolvimento acadêmico, por meio de atividades que favoreceram uma melhor organização no tempo de estudo, bem como o desenvolvimento da habilidade de escrita científica e o aprofundamento sobre diversos temas político-sociais, proporcionando a vivência no contexto jurídico. Em suma, tornar-se um bom jurista é buscar conhecer a sociedade que em que se vive, pois o Direito se efetiva em meio dos parâmetros sociais de um povo. Assim, é desafio do estudante de Direito ir além dos livros e das normas e buscar contextualizar o conhecimento adquirido com a prática, humanizando, dessa forma, o ensino jurídico.

Palavras-chave: **Ensino Jurídico. Extensão. EDH.**

PEC 37/2011: O QUE É E PARA QUEM SERVIRIA?

Maria Elane de Carvalho Guerra, autora;
João Mateus Lobo Guerra, coautor
Sandra Helena Lima Moreira, Professora orientadora

A PEC 37- Proposta de Emenda à Constituição - gerou polêmica e revolta dentro do Ministério Público por pretender restringir as investigações criminais realizadas pela instituição. Objetivando melhor esclarecer o tema, realizou-se pesquisa bibliográfica em doutrina e legislação, e enviou-se questionário por e-mail para um Procurador da área criminal que atua no Ministério Público Federal, em São Paulo. Antes foi esclarecido o teor da pesquisa e solicitada a autorização do entrevistado para coleta e divulgação dos dados, preservando-se seu nome. A justificativa da pesquisa recai sobre a importância da polêmica na sociedade brasileira em relação à insuficiência nas investigações criminais, que contribui com a impunidade. Conforme o Procurador, a PEC 37 pretendia conferir exclusividade da investigação criminal às polícias judiciárias, olvidando-se dos termos da própria CF/88 e do plexo de entidades concorrentes com as polícias judiciárias que também possuem atribuição investigativa, afirmando que a proposta confundia - talvez de modo proposital -, a exclusividade da presidência do inquérito policial, indubitavelmente da autoridade policial, com a atribuição para a investigação de crimes, que recai, desde o parágrafo único do artigo 4º do CPP, sobre diversas outras entidades. Assim, tanto a CF/88 como diversas leis esparsas conferem o poder de investigar crimes - o que é bem diverso da titularidade da presidência do inquérito policial, apenas um dos vários instrumentos destinados à apuração de crimes - a diversos órgãos e entidades, por exemplo, nos crimes de natureza fiscal, a atribuição recai sobre as Receitas Federal e Estadual, por meio do procedimento administrativo fiscal e da representação fiscal para fins penais; sobre o INSS, nos crimes de natureza previdenciária, todo e qualquer órgão ou entidade da administração pública das três esferas, quanto aos crimes contra a administração pública, por meio do instrumento representado pelo procedimento administrativo; sobre o próprio Judiciário, em casos excepcionais representados pelos crimes cometidos por magistrados (LOMAN LC 35/79, art.33, par. único), pelo inquérito judicial; sobre Congresso Nacional, por meio das CPIs (CF/88, art. 58, § 3º), e o próprio Ministério Público, titular da ação penal pública e detentor do poder de controle externo da atividade policial. Destaca-se, de igual modo, que as polícias judiciárias na topografia da CF/88 sequer são inseridas como integrantes do Poder Judiciário, quer como órgão, quer como função essencial à Justiça, mas sim como parte do sistema de segurança pública, como se pode ver das normas constitucionais que regem a atividade policial. Questionado sobre quem mais perderia com a retirada do poder de investigação criminal do Ministério Público, o Procurador afirma que, se não é claro a quem interessa, ou interessaria, tal exclusividade, com certeza, não busca atender aos interesses da investigação e da sociedade, que certamente seria quem mais perderia na eficácia da persecução penal, que já sofre com a chamada cifra negra, representada pela baixa solução dos crimes no aspecto duplo de autoria e materialidade, sem contar as diversas práticas delituosas que sequer chegam ao conhecimento dos diversos órgãos de persecução penal. Conclui-se que a referida proposta poderia ser vista como um retrocesso para a democracia, que, ao menos por enquanto, foi afastada.

Palavras-chave: PEC 37. Ministério Público. Investigação criminal.

A ATUALIDADE DO PENSAMENTO DE MAQUIAVEL NO PODER POLÍTICO BRASILEIRO

Sandra Helena Lima Moreira: Profª. Orientadora
Francisco Teixeira Neto, autor

A política e o poder são atemporais, modificando-se os modos de fazê-los dependendo de circunstâncias específicas. Independentemente do regime político no qual se deitam as práticas de poder, estratégias de convencimento social (legitimidade) e de perpetuação são desenvolvidas por quem detém o poder. Assim, o estudo objetiva situar as relações de poder político na sociedade brasileira atual em relação ao pensamento de Maquiavel, considerado "pai da ciência política" e idealizador do Estado Moderno. Adotou metodologia de pesquisa bibliográfica especialmente da obra "O Príncipe" e de outros autores que comentam o pensador. Justifica-se pela atualidade do autor na compreensão de fenômenos atuais recorrentes na política brasileira. Apesar das inúmeras interpretações acerca da obra de Maquiavel, algumas características são bastante inegáveis, como o seu imoralismo em "O Príncipe", na qual ele, por meio de uma astúcia, afronta a moral judaico-cristã vigente e, por meio da sua visão política, inverte o conceito moral de virtude, o que foi motivo de assombro para a sociedade da época. Maquiavel é, sem dúvida, um dos influenciadores da moral política vigente de hoje. A astúcia da maioria dos políticos brasileiros, principalmente daqueles que ocupam cargos majoritários, pode não afrontar pelo discurso, como fez o pensador Florentino, mas pelas estratégias explícitas – e cínicas - de atuações imorais, astutamente amparadas no discurso da participação popular e da democracia, bem como do Estado Democrático de Direito. Um dos maiores estudiosos do autor, Benetto Croce, considera que sua obra é 'um enigma que jamais será resolvido'. As várias interpretações, as muitas camadas de sentido que foram dadas a sua obra "expressam bem a confusão cognitiva do autor", mas o adjetivo dominante é de "imoral". O "enigma" ou a "confusão cognitiva de Maquiavel" são análogos às contradições vigentes entre o discurso e as práticas dos políticos brasileiros, ou mesmo discursos que invertem o real sentido das coisas, que, como Maquiavel, objetivam a perpetuação no poder de modo direto ou indireto, na razão em que a própria obra "O Príncipe" foi planejadamente produzida para agradar a dinastia dos Médicis e uma tentativa de reaproximação desse governo. Conclui-se que, por ter um viés que foi contra a moral vigente da época e por ter sido um dos grandes influenciadores do pensamento político moderno, ele foi um dos responsáveis pela criação da moral política vigente no Brasil. As práticas imorais da maioria dos políticos brasileiros assentam-se em "retóricas plausíveis", em estratégias jurídicas "legais" que acobertam, camuflam e legitimam sua perpetuação, deixando a democracia maculada, o Estado Democrático de Direito questionado e a cidadania destroçada. Isso é maquiavélico!

Palavras-chave: Maquiavel. Política. Poder. O Príncipe. Política Brasileira.

A VISÃO DO ENSINO JURÍDICO PELO USO DE PESQUISA ACADÊMICA

Autora: Sarah Maria Accioly Paiva
Profa. Orientadora: Ana Stela Vieira Mendes Câmara

A criação do ensino superior no Brasil se deu por causa da grande demanda de pessoas que procuravam esse tipo de ensino, pois, com a transferência da Coroa Portuguesa para sua colônia, Brasil, devido à perseguição de Napoleão Bonaparte, dificultou-se o acesso dessas pessoas à Europa para fazer faculdade. Então, tendo essa grande necessidade e uma tentativa já frustrada de implementação de uma faculdade em território brasileiro, tentou-se mais uma vez, mas agora, em vez de ser no Rio de Janeiro, seria na pacata cidade de São Paulo e em Recife. Desta vez, não se tratou de um curso de ensino jurídico totalmente brasileiro, pois sofria grande influencia de Coimbra. Com o tempo, o Curso de Direito passou a se popularizar no país, no entanto os cursos possuíam um caráter mais técnico, e as faculdades não estavam tendo a preocupação de formar advogados com uma visão social. Isso gerou uma grande crítica ao ensino jurídico, pois como poderiam formar advogados que iriam tratar com pessoas, causas e situações sem estarem preparados para lidar com as pessoas, com as situações de problemas sociais e não somente as normas, como devem aplicar-se em determinados casos. A Constituição humanista de 1988 começou a dar um novo rumo ao Direito, mas somente ela não foi suficiente, pois ainda estava enraizada essa visão técnica. Então, o MEC, a partir da Portaria n° 1.886/94, "deu novas diretrizes curriculares" e o grande objetivo dessa portaria era/é que, no ensino de Direito, houvesse uma harmonização entre ensino, pesquisa e extensão, dando uma nova fase ao Ensino Jurídico. A pesquisa no ensino jurídico surgiu para que os futuros juristas pudessem compreender como é a realidade social, por meio de análises de problemáticas jurídicas. Esse incentivo à pesquisa busca um caráter alternativo e libertador, de forma que os universitários desenvolvam um senso critico da realidade, passando a formar sua opinião não somente a partir daquilo que lhes é transmitido, mas também da oportunidade de vivenciar situações. Diante da pesquisa realizada por meio do método bibliográfico e de entrevista estruturada com duas pessoas do grupo de monitoria do NPJ do Centro Universitário Christus, pode-se perceber que quem participa desse tipo de prática já está em um semestre avançado, perto da conclusão do curso, e que o interesse se dá por causa do aprofundamento de conhecimento e da bolsa de estudo que recebem. Observou-se também que as atividades eram desenvolvidas auxiliando outros alunos em atividades práticas como na produção de peças processuais, como em revisão, e que a maior dificuldade é a conciliação do tempo. Com isso, é possível perceber que essas atividades exercem uma influência positiva na vida acadêmica do aluno bem como servem como base para o início de sua vida profissional.

Palavras-chave: Ensino jurídico. Pesquisa acadêmica. Monitoria do NPJ.

REFERÊNCIAS:

JUCÁ, R. L. C. A pesquisa científica e o ensino jurídico. Revista Interagir: Unichristus - Centro Universitário Christus. Fortaleza: Faculdade Christus, 03/2009. p. 49 a 50. Português. v.7 fas.53 A.

BARROS, O. C. O ensino jurídico no Brasil. Revista Interagir: Unichristus - Centro Universitário Christus. Fortaleza: Faculdade Christus, 03/2009. p. 39 a 41. Português. v.7 fas.53 A.

SAMPAIO, P. G. A importância da pesquisa científica para a construção de um ensino jurídico diferenciado. Revista Interagir: Unichristus - Centro Universitário Christus. Fortaleza: Faculdade Christus, 03/2009. p. 42 a 43. v.7 fas.53 A.

MAIA, C. D.; DIOGENES, T. R. Critica ao ensino jurídico brasileiro. Ensino Jurídico: Os Desafios da Compreensão do Direito: Estudos em homenagem aos 10 anos do Curso de Direito da Faculdade Christus, Fortaleza, p.67-82, 2012. Org. Gretha Lima e Zaneir Teixeira.

ASPECTOS GERAIS DA ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS

Werderkelly Adriano de Sousa, autor; Jessica Lima Nunes, coautor.
Anna Luiza matos Coêlho, professora orientadora.

Adotar significa tomar como filho uma criança ou adolescente independentemente de laços sanguíneo. É inerente à natureza humana agregar-se a grupos, formar sociedades, visando à concretização de objetivos em comum. Surge então a família que, numa definição arcaica, pode-se dizer que é um grupo de pessoas ligadas pelo sangue. Com o passar do tempo, as formas dessas associações mudaram, acrescentando-se novas facetas de constituição das famílias, agora não somente interligadas por laços consanguíneos, mas, especialmente, por laços afetivos. Com o advento dessas novas famílias, principalmente as homoafetivas, passa-se a discutir a viabilidade no ordenamento jurídico brasileiro de adoção por esses casais. O presente resumo tem como objetivo realizar um estudo preliminar da adoção por casais homoafetivos. Trata-se de tema que vem tornando-se cada vez mais frequente no cotidiano das relações interpessoais. A categoria jurídica da adoção é um dos instrumentos legais que propicia a formação das famílias. Nesse sentido, faz-se mister a plena efetivação, por casais heterossexuais e homoafetivos da adoção de crianças e adolescentes. A pesquisa a ser realizada é qualitativa, tendo o método de abordagem a forma indutiva, ou seja, partindo-se do específico para uma solução geral. Em relação aos métodos de procedimento, foram realizadas análises comparativas entre os tratamentos dados ao tema pelas diversas fontes do direito, como legislação, doutrina, jurisprudência, livros, artigos, periódicos pertinentes à área. Como resultado da pesquisa, localizamos artigos da Constituição Federal a respeito do assunto, enfocando numa proteção do Estado no planejamento familiar e que os filhos adotados terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. No Código Civil brasileiro, consta o reconhecimento da união estável desde 2011, e, em 2013, o Supremo Tribunal Federal reconheceu também o casamento homoafetivo. O Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que é permitido uma colocação no que se chama "família substituta" e que esta se fará mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou do adolescente, e conceitua família natural como a comunidade formada pelos pais, ou qualquer deles, e seus descendentes. De acordo com essa definição, não há previsão de que a família substituta deva ter a mesma estrutura da família natural. Nesse sentido, é possível afirmar ser a adoção por casais homoafetivos plenamente possível, uma vez que se origina uma família substituta capaz de criar e educar com muito amor e dedicação uma criança. Também não podemos dizer que a relação afetiva entre casais do mesmo sexo torne o ambiente inadequado porque essa interpretação estaria ofendendo a dignidade da pessoa, pois os casais homossexuais têm os mesmos direitos dos casais heterossexuais, havendo então possibilidades de adoção no direito brasileiro.

Palavras-chave: Adoção. Homoafetivo. Família.

SITUAÇÃO JURÍDICO-SOCIAL DOS MORADORES DE CONJUNTOS HABITACIONAIS REMANEJADOS DE ÁREAS DE RISCO EM FORTALEZA-CE

*Autor: Pedro Lucas Rutemberg dos Santos das Neves**
Orientadora: Profa. Sandra Helena Lima Moreira

O estudo aborda a situação jurídico-social em que se encontram famílias deslocadas de áreas de risco para conjuntos habitacionais na cidade de Fortaleza. Objetiva propor soluções alternativas à situação das famílias, além de reavaliar as condições de vida do grupo social em destaque cuja assistência jurídico-social é precária e deficiente. A falta dessa assistência necessária às famílias resulta em distúrbios sociais, como marginalização social e jurídica. A partir do depoimento da entrevistada e da análise visual do conjunto habitacional abordado, verificou-se que há falta de tutela oficial responsável por subsidiar a formalização dos imóveis (escrituras definitivas), bem como condições de sociabilização das famílias. Há ainda a presença de agentes que realizam intermediação junto ao órgão responsável pela distribuição dos imóveis, no sentido de alocar interessados em imóveis remanescentes desocupados, em condições suspeitas de legalidade já que há recompensa financeira ao agenciador. As sugestões pertinentes são a criação de espaços culturais, espaços de educação intensiva às crianças, de capacitação técnico-profissional aos jovens e adultos desempregados, promovendo ressocialização de todo o grupo. Necessita igualmente de núcleo de assessoria jurídica que viabilize a regularização da documentação dos imóveis, bem como o desenvolvimento de mecanismos que possibilitam a alocação de imóveis remanescentes sem a devida tramitação legal. O estudo adotou a estratégia metodológica de pesquisa participante, na razão em que o pesquisador integra um grupo de atuação pastoral na comunidade; método qualitativo, de caráter memorial, que se desenvolveu a partir de visitas sistemáticas a um dos conjuntos habitacionais. Voltou-se à análise estrutural e física do ambiente, bem como entrevista com líder comunitária voluntária que deu seu consentimento para divulgação das informações. A entrevista se deteve a identificar as carências pelas quais as famílias passam em suas novas moradias e colher as sugestões da líder comunitária que minimizariam os efeitos da mudança de localidade e possíveis perdas de costumes e cultura. Conclusão: O mecanismo de recolocação de moradias de famílias residentes em áreas de risco na cidade de Fortaleza é iniciativa louvável e necessária do poder público, no entanto há um processo quase de "abandono" dessas famílias tão logo são realocadas, ficando as comunidades carentes de assistência jurídico-social e à mercê da atuação de agentes infiltrados que auferem recompensas financeiras na alocação ilegal de moradias, prejudicando outras famílias cadastradas e que permanecem sem a moradia, além de outros problemas que levam a comunidade a um processo de marginalização e exclusão. A pesquisa justificou-se pela importância do tema em Fortaleza, cidade em que o problema da falta de moradias é grave, como nas demais capitais do País, aliado a outros fatores carenciais da população que favorecem a marginalidade e a criminalização desse segmento social.

Palavras-chaves: Conjunto Habitacional. Marginalização. Famílias. Jurídico-Social.

RACISMO E A SUA RELAÇÃO COM COTAS RACIAIS NO BRASIL

Dominique Neves dos Santos, autora;
Emily da Silva Viana, coautora;
Sandra Helena Lima Moreira, Profa. Orientadora

Um apelido pejorativo, uma perseguição dentro do *shopping*, uma agressão física e até mesmo um olhar de desprezo justificados pela cor da pele. Por muitas vezes, o Brasil é visto como um país sem preconceitos, no qual perante a lei todos são iguais, mas é perceptível que isso não ocorre. Este trabalho objetiva demonstrar que a resistência contra a adoção das cotas de vagas para afrodescendentes nas IES públicas é mais um capítulo do preconceito racial brasileiro. Adotou metodologia bibliográfica e de legislação, justificando-se pela "mascarada", mas, na realidade, "descarada" argumentação dominante contrária às cotas, que revela o persistente preconceito e que necessita ser confrontada. Há quem ainda pense que o preconceito racial é exagero, que, em pleno século XXI, isso não existe mais, no entanto comprova-se o contrário na atitude de muitas pessoas porque ocorrem situações preconceituosas não somente com anônimos, mas também com famosos. Os negros, desde os primórdios, eram vistos como "raça" inferior, sem alma, tratados como animais, e pode-se vê que isso, de certa forma, impregnou na cabeça das pessoas que, querendo ou não, ainda agem de forma racista, fazem piadas e observam: "olha é uma piada sobre negros e eu tenho amigos negros, mas não sou racista". Observa-se igualmente que a mídia exerce influencia sobre a questão quando personagens negros sempre são colocados como empregados domésticos, faxineiros e, muitas vezes, bandidos. O preconceito racial, às vezes, passa imperceptível para quem não o sofre, mas para quem sente na pele esse ato terrível ficam as marcas que nem o tempo pode apagar. E, por causa de todo esse preconceito, o governo criou as cotas raciais, que estão atualmente no centro das discussões políticas e jurídicas no Brasil, constituindo-se de ações afirmativas utilizadas em muitas universidades públicas brasileiras, cujo objetivo é favorecer grupos considerados historicamente excluídos e discriminados em função da suposta raça a que pertenceriam, sendo os principais alvos os afrodescendentes e índios. Mas, especificamente, as cotas raciais trazem também muitos problemas para o mundo jurídico, pois colocam em cheque os limites do princípio da igualdade, sendo difícil, por meio de seus argumentos de justificação tradicional, demonstrar uma conexão lógica plausível entre o tratamento desigual positivo por elas instituído e o elemento "cor" usado como critério de benefício. Alguns argumentam que as cotas raciais inflam o preconceito, pois existem casos de negros que ingressaram por vias convencionais e afirmam: "meus colegas de turma acham que estou aqui por causa das cotas raciais". O que deve ser entendido é que as cotas raciais são destinadas a negros/índios de baixa renda, ou seja, para aqueles que não tiverem acesso à educação de qualidade. Conclui-se que as experiências internacionais em países mais preconceituosos que o Brasil, bem como nos estados brasileiros pioneiros na adoção das cotas, que estas representam um importantíssimo mecanismo de inclusão profissional e ascensão social de afrodescendentes. Juridicamente tem amparo na Constituição Federal, moralmente repousa na desigualdade social e eticamente na dívida histórica que o Brasil mantém com os afrodescendentes pela inestimável contribuição cultural e econômica para o desenvolvimento do País. Cotas, punições para crime de racismo, já é um começo para encontrar a verdadeira igualdade que se prega na Constituição Federal, e um caminho para talvez, um dia, pôr-se um ponto final nessa chaga denominada preconceito racial.

Palavras-Chaves: Racismo. Cotas. Constituição Brasileira. Afrodescendente.

A ARTE DA LITERATURA E SUAS CONEXÕES COM O DIREITO

Leonardo Negreiros Conrado de Lima, autor
Flávio José Moreira Gonçalves, orientador(a)

O Direito é uma ciência que tem por função garantir a justiça e a ordem social, mas essa ciência não precisa ser encarada em seu aspecto simplesmente normativo-dogmático, podendo também ser abordada de forma estética, pela qual estabelece interlocução com outros saberes, sobretudo a literatura. Analisando bibliografia jurídica e movimentos estéticos e culturais, é possível revelar a importância dessa relação, tão antiga quanto a própria existência dessas manifestações culturais. Obras antigas da literatura universal, como *Antígona*, de Sófocles, ou *O Mercador de Veneza*, de Shakespeare, e produções literárias locais recentes, como *Sua Majestade, o Juiz*, de Jader de Carvalho, ou *Aves de Arribação*, de Antônio Sales, parecem revelar mais facetas do mundo jurídico que certos livros de doutrina, impregnados de um pragmatismo imediatista. As fontes do imaginário jurídico, as quais nos remete François Ost, em seu livro *Contar a Lei,* remontam à antiguidade, com os grandes legisladores, juízes, patriarcas e juristas, nos quais há uma busca da *elegantia juris* - o sentido estético da juridicidade – tudo norteado pela beleza e elegância das formas jurídicas. Muitos aspectos da literatura migram para o Direito, como a arte da retórica e as estéticas narrativas. Para a construção de um ensino jurídico crítico e emancipador, tais aspectos, embora não possam considerar-se fins em si mesmos, não podem ser ignorados. No Estado Democrático de Direito, é a formação humanística e a cultura geral amealhada pelos bacharéis em Direito que podem mudar a configuração do *senso comum teórico dos juristas*, já denunciado por Warat. A conexão entre Direito e Literatura vai além das palavras escritas nas obras literárias e atravessa séculos, mostrando-nos a realidade vivida no cotidiano dos profissionais do Direito. Além disso, os casos e personagens fictícios são outra forma da literatura influir no Direito, dos quais se podem tirar lições concretas e reais. A literatura serve, portanto, para nos fazer pensar, refletir e adquirir conhecimentos que ampliam os nossos horizontes. Ela faz apelo à empatia e às emoções, mexe com o sujeito e incomoda ao ponto de mudar alguns conceitos pre-estabelecidos, mostrando a realidade, como os preconceitos e os desvios éticos dos profissionais, proporcionando transformações na cosmovisão do jurista. Por isso, diz-se que um jurista autêntico não pode conhecer apenas o direito das normas, ele precisa valer-se da arte, seja para utilizá-la nos artifícios retóricos da arte de convencer, seja para refletir criticamente sobre a sua própria condição humana, pois o direito é objeto cultural.

Palavras-chave: Direito. Literatura. Ensino Jurídico.

MULHERES NO TRÁFICO DE PESSOAS

Autora: Jerssyanny Jennyffer Araújo Elias
Orientadora: Profa. Sandra Helena Lima Moreira

A criação do preconceito que perdura até os dias atuais com as mulheres surgiu da Criminologia Positiva no Brasil, que contribuiu para criação e fortalecimento de estereótipos, os quais impõem na sociedade que as mulheres são menos capazes. Esses elementos ajudam a fortalecer o universo feminino como inferior nos diversos campos sociais, surgindo a padronização e a idealização do comportamento das mulheres na sociedade contemporânea. O trabalho objetiva compreender os principais fatores motivacionais do tráfico de mulheres, fenômeno que já alcança grandes proporções no Brasil. Adotou metodologia de pesquisa bibliográfica e justifica-se pela gravidade do problema no âmbito penal e social. Um dos motivos pelo qual acontece o tráfico de mulheres é o intuito de explorar a sexualidade, gerando diversos preconceitos com mulheres que geralmente já comportam danos morais, pois muitas sofrem agressões e são obrigadas a aceitar diversas situações de risco enquanto vítimas do tráfico. Complementarmente ainda têm que enfrentar o preconceito, fazendo que, muitas vezes, sejam vistas como "levianas, amorais ou pervertidas", portanto não merecedoras de um tratamento digno e adequado por parte da sociedade. Um dos maiores desafios é o de conscientizar, tanto a população quanto os técnicos de diversas áreas envolvidas com o problema, que as mulheres traficadas para a exploração sexual foram vítimas de um crime, que se configura desde que tenham sido vítima de engano, abuso de poder, fraude e outras circunstâncias que possam viciar sua vontade ou, claro, tenham sido vítimas de ameaças, violência ou qualquer ato que viole sua liberdade e direitos fundamentais. Conclui-se que é necessário o País aumentar o sistema de fiscalização e repressão aos agenciadores, mas igualmente importante seria desenvolver estratégias de conscientização de jovens em situação de risco, ações educativas para adolescentes gerais e no âmbito da escola, centros comunitários e outros espaços de convivência de adolescentes e mulheres jovens. Alerta-se para a necessidade de uma revisão no Código Penal que, de acordo com o Dr. César Mattar Junior, Presidente da Associação Nacional de Membros do Ministério Público, "só conta com um artigo que aborda o tráfico internacional de pessoas, para fins de exploração sexual".

Palavras-chave: Mulheres. Estereótipo. Sexualidade. Tráfico de Pessoas.

DO ENSINO JURÍDICO: A IMPORTÂNCIA DAS ATIVIDADES COMPLEMENTARES

Marcus Jiwago Rodrigues Veloso, autor; Victor Pinho Tabosa, coautor
Ana Stela Vieira Mendes Câmara, professor orientador

O ensino jurídico brasileiro sofreu diversas reformas desde o surgimento das primeiras faculdades de Direito em São Paulo e em Olinda, em 1827. A formação e a qualificação dos estudantes e dos docentes, as disciplinas a serem ministradas e o ingresso e as demandas necessárias no mercado de trabalho foram questões amplamente analisadas e discutidas, sendo, também, geradoras de diversas mudanças no ensino ministrado nos Cursos de Direito de nosso país. Ainda assim, o ensino restringia-se ao método clássico e antigo, isto é, à transmissão de conteúdos na sala de aula, sem uma maior interação com as atividades práticas do curso. Essa situação, logo, não se adequava aos anseios da sociedade. Atualmente, depois da promulgação da Constituição de 1988, com novos direitos instituídos, com a portaria 1886/94 e com a Lei 9394/96, de diretrizes e bases, o ensino jurídico passou a não se limitar somente à sala de aula, tendo as atividades complementares adquirido fundamental importância na formação do futuro operador do Direito. Essas medidas demonstravam, como princípio do Ensino Superior, a interação entre ensino, pesquisa e extensão. No presente trabalho, foi analisada a relevância do programa de Tutoria do Núcleo de Práticas Jurídicas na vida acadêmica dos alunos participantes. Para tal, foram utilizados os métodos indutivos e de abordagem. A pesquisa, de cunho qualitativo, teve seus resultados obtidos por meio do método comparativo e da observação direta, pois foi, também, realizada em campo. As técnicas utilizadas, por sua vez, foram a bibliográfica e a entrevista semiestruturada. Como resultado, pôde-se constatar que a atividade complementar desenvolvida pelos estudantes entrevistados possui uma importância fundamental em sua formação acadêmica, pois, ao mesmo tempo em que as atividades os permitem pôr em prática a teoria e os conteúdos apreendidos por meio do modo regular, ou seja, na sala de aula, elas também constituem-se em um treinamento para as futuras funções que poderão ser desempenhadas pelo operador do Direito, como, nos casos estudados, a avaliação da Ordem dos Advogados do Brasil, ao término do curso, e a atividade a ser desempenhada pelo Defensor Público. A partir dessas observações, pode-se perceber que as mudanças na estrutura do ensino jurídico procuram adequar os estudantes às necessidades do mercado, às demandas da sociedade.

Palavras-chave: **Ensino. Atividade. Importância.**

A ATUAÇÃO DO SINDICATO NO BRASIL E SUAS NOVAS CARACTERÍSTICAS

Luana Maria Dos Santos Mendes, autora;
Monique de Medeiros Teixeira, coautora;
Clóvis Renato Costa Farias, professor orientador

É o sindicato o responsável por regular a organização, a atuação e a tutela das entidades coletivas de trabalho. Ao sindicato é, também, incumbido o dever de buscar melhorias na condição de trabalho e na produção da classe dos trabalhadores em questão. Com relação a sua atuação, sabe-se que encontrar soluções para os conflitos coletivos que ocorrem, por exemplo, a partir das negociações, da mediação e da arbitragem é, sem dúvida, uma das principais funções para a efetivação do caráter necessário da atuação sindical. Além disso, vale ressaltar, ainda, a importância do direito sindical frente às paralisações coletivas de trabalho, as conhecidas greves, que, nos últimos anos, vêm sendo uma ação bastante polêmica em nosso País. Constatar as melhorias das condições sociais da classe trabalhadora que adveio, de fato, graças à atuação do sindicato. Pesquisa qualitativa, fundamentada em estudos sobre a atuação do Sindicalismo no Brasil. Confirmou-se que a grande ferramenta do movimento sindical é, ainda, a paralisação, a greve. No entanto, dependendo da organização, da duração e dos reais objetivos da classe trabalhadora em greve, os resultados podem ser tanto positivos, como negativos. Sabe-se, no entanto, que a carência dos requisitos citados acarreta, em sua maioria, um resultado diverso do pretendido inicialmente. Algumas transformações ocorreram nas últimas décadas com relação ao movimento sindical. A primeira mudança a se verificar versa sobre o fato de o sindicalismo não mais permitir a infiltração de partidos políticos em suas lutas por melhorias nas condições sociais dos trabalhadores, o que era uma prática comum em outras épocas, e o que permite uma atuação voltada, necessariamente, para a melhoria do setor trabalhista como um todo. Ademais, a importância da atuação do sindicato se faz essencial para a efetivação dos direitos dos trabalhadores.

Palavras-chave: **Sindicalismo. Sindicato. Trabalhador**.

INFLUÊNCIA AMERICANA PARA EFETIVAÇÃO DO GOLPE MILITAR DE 64

Elyne Eulálya Mendonça Lopes, autora.
Flavio José Moreira Gonçalves, orientador.

Em diversos períodos históricos, o Brasil foi alvo de superpotências que manipularam direta e indiretamente os variados âmbitos sociais. Recentemente, os Estados Unidos tiveram arquivos confidenciais descobertos, demostrando, minunciosamente, os planejamentos do governo americano para a deposição do presidente João Goulart e efetivação do Golpe de 64, tendo como consequências o abalo das estruturas estatais e a modificação severa nos rumos do país. Nesta pesquisa, foram usadas pesquisas bibliográficas, com fundamentação em artigos e textos de renomados pesquisadores e a analise de documentos particulares. Restou evidenciado que o interesse americano deu-se, principalmente, pelo fato de o Brasil representar, na época, um país muito vasto e com os mais elevados potenciais econômicos da América Latina, havendo receio dos EUA de que o país aderisse ao bloco comunista. A principal representação americana no Brasil foi o embaixador Lincoln Gordon que participou efetivamente de decisões políticas e se fez muito presente na sociedade brasileira. Gordon foi enviado ao Brasil com a missão de evitar que o país "guinasse à esquerda". O governo americano temia que os programas governamentais instalados no Brasil pela administração vigente fossem de encontro aos preceitos capitalistas e neoliberais norte americano. Após o convencimento do presidente Kennedy por Gordon de que Goulart estava cada vez mais influenciado pelos ideais socialistas, os Estados Unidos passaram a planejar e a intervir mais efetivamente para a deposição do então presidente. Para tanto, houve apoio financeiro aos partidos de oposição como forma de desestabilização do governo, envio de agentes secretos da CIA e criação de instituições para propagandear, em meios de comunicação, falsas informações sobre a administração do país, além de criar uma aceitação social em relação ao golpe de 64. Foi, então, com o apoio de grupos espalhados pelo Brasil, formados, principalmente, por militares que estavam insatisfeitos com a inércia que Goulart tratava as manifestações do povo, que o Estado Americano teve êxito. Para assegurar o sucesso do golpe, o governo americano enviou à costa brasileira uma frota naval e uma aérea, que ameaçaram quem estava no poder, e deu apoio aos seus conspiradores. Toda a estratégia formulada configurou a operação Brother Sam, que efetivou o golpe após a saída de Goulart, sem que esta, vale ressaltar, tenha sido feita de maneira oficial. O apoio americano não finda, entretanto, com a tomada militar do governo brasileiro. Os EUA ainda financiaram a nova ordem política nos anos seguintes, chamados anos de chumbo, que se caracterizou pelo cerceamento das liberdades individuais e dos direitos constitucionais do povo que transfigurou sua forma de pensar e agir nos anos seguintes, deixando como legado uma sociedade oprimida, violenta e alienada. "O Brasil não pode seguir o sinal vermelho, se falharmos agora, não teremos uma outra Cuba, mas sim uma outra China." É a conclusão da carta de Gordon a John Kennedy, em 1962.

Palavras-chave: Golpe militar. Arquivos secretos. Liberdades individuais.

A ATUALIDADE DO PENSAMENTO DE MAQUIAVEL NO PODER POLÍTICO BRASILEIRO

Sandra Helena Lima Moreira: Profª. Orientadora
Francisco Teixeira Neto, autor

A política e o poder são atemporais, modificando-se os modos de fazê-los dependendo de circunstâncias específicas. Independentemente do regime político no qual se deitam as práticas de poder, estratégias de convencimento social (legitimidade) e de perpetuação são desenvolvidas por quem detém o poder. Assim, o estudo objetiva situar as relações de poder político na sociedade brasileira atual em relação ao pensamento de Maquiavel, considerado "pai da ciência política" e idealizador do Estado Moderno. Adotou metodologia de pesquisa bibliográfica especialmente da obra "O Príncipe" e de outros autores que comentam o pensador. Justifica-se pela atualidade do autor na compreensão de fenômenos atuais recorrentes na política brasileira. Apesar das inúmeras interpretações acerca da obra de Maquiavel, algumas características são bastante inegáveis, como o seu imoralismo em "O Príncipe", na qual ele, por meio de uma astúcia, afronta a moral judaico-cristã vigente, e, por meio da sua visão política, inverte o conceito moral de virtude, o que foi motivo de assombro para a sociedade da época. Maquiavel é, sem dúvida, um dos influenciadores da moral política vigente de hoje. A astúcia da maioria dos políticos brasileiros, principalmente daqueles que ocupam cargos majoritários, pode não afrontar pelo discurso, como fez o pensador Florentino, mas pelas estratégias explícitas – e cínicas - de atuações imorais, astutamente amparadas no discurso da participação popular e da democracia, bem como do Estado Democrático de Direito. Um dos maiores estudiosos do autor, Benetto Croce, considera que sua obra é 'um enigma que jamais será resolvido'. As várias interpretações, as muitas camadas de sentido que foram dadas a sua obra "expressam bem a confusão cognitiva do autor", mas o adjetivo dominante é de "imoral". O "enigma" ou a "confusão cognitiva de Maquiavel" são análogos às contradições vigentes entre o discurso e às práticas dos políticos brasileiros, ou mesmo discursos que invertem o real sentido das coisas, que, como Maquiavel, objetivam a perpetuação no poder de modo direto ou indireto, na razão em que a própria obra "O Príncipe" foi planejadamente produzida para agradar a dinastia dos Médicis e uma tentativa de reaproximação desse governo. Conclui-se que, por ter um viés que foi contra a moral vigente da época e por ter sido um dos grandes influenciadores do pensamento político moderno, ele foi um dos responsáveis pela criação da moral política vigente no Brasil. As práticas imorais da maioria dos políticos brasileiros assentam-se em "retóricas plausíveis", em estratégias jurídicas "legais" que acobertam, camuflam e legitimam sua perpetuação, deixando a democracia maculada, o Estado Democrático de Direito questionado e a cidadania destroçada. Isso é maquiavélico!

Palavras-chave: Maquiavel. Política. Poder. O Príncipe. Política Brasileira.

TRABALHO INFANTIL NA REALIDADE BRASILEIRA: DESAFIOS JURÍDICOS SOCIAIS

Jéssica Maria Costa Marques, autor; Venâncio Camurça Magalhães Júnior, coautor;
Clovis Renato Costa Farias, professor orientador.

O presente trabalho atenta para a preocupação com a realidade brasileira, em que sobremaneira crianças e jovens são cerceadas das atividades oriundas das suas idades para trabalharem, tendo a sua infância e juventude usurpada para atividades que não são propícias para o seu desenvolvimento, para a sua saúde, integração e principalmente para o seu aprendizado. Muitos desses menores se sujeitam a tais práticas por motivos de ausência de assistência e de subsídios na renda familiar, por falta de oportunidades, ou mesmo como modo de identidade em uma sociedade excessivamente consumista, que prega o materialismo exacerbado e o consumismo, como meio de projeção social. Objetiva-se, neste trabalho, demonstrar a precariedade da sociedade brasileira e a situação de muitos jovens inseridos nessa realidade preocupante e, por consequência, sem muitas perspectivas de mudança de realidade. Procedeu-se à pesquisa bibliográfica utilizando-se da Constituição Federal, do Código Civil e de outras legislações e à pesquisa de campo, principalmente em escolas profissionalizantes da rede estadual. A partir dessas premissas, tornam-se visíveis problemas ,de fato, preocupantes que desencadeiam em uma sociedade combalida e que surgem no momento em que essas crianças são tiradas da sua infância, tais como a LER (lesões por esforço repetitivo), problemas musculares, respiratórios, cardiovasculares, em face da anatomia não propícia para essas atividades. Além desses problemas físicos, desenvolvem sérios problemas na seara social, dentre eles, a marginalização, a subalternação, a perda de expectativas futuras, de esperanças em dias melhores, devido, principalmente, à falha no processo educacional básico e tecnológico, acarretando prejuízos no campo profissional desses indivíduos – que, pela falta de formação técnica, ficarão sem conseguir oportunidades no mercado de trabalho e ascender socialmente –, o que gerará um círculo vicioso de pobreza em que não há uma diminuição nas desigualdades sociais. Logo tendo como supedâneo a função do Direito como ciência que visa à organização e à resolução de conflitos e principalmente ao bem comum e ainda que se faz presente, na Constituição, documento jurídico-político mais importante de um povo, os artigos que asseguram a dignidade humana, dentre eles, o artigo 1º, inc. III, e o artigo 3º, inc. III, que trata de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais. Dessa forma, essas perspectivas são consideráveis, pois partem do arcabouço dos direitos fundamentais que se caracterizam por suas dimensões objetivas e subjetivas, em que nascem as prerrogativas e os direitos a serem exigidos e reivindicados pelo povo de Estado.

Palavras-Chave: Trabalho Infantil. Constituição. Desigualdades Sociais. Direitos.

DIVERSIDADE SEXUAL: UMA ANÁLISE HISTÓRICA DE UM FENÔMENO SOCIAL

Alana Mayara Melo Aragão, autora;
Gerardo Clésio Maia Arruda, professor orientador.

De acordo com o art. 5º da Constituição Federal, todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza. No Brasil, assim como no mundo, a discussão sobre diversidade sexual e homossexualidade ainda causa muita polêmica, visto que vive-se em um país que teve como base de seu desenvolvimento, durante anos, a Igreja Católica, que condena a homossexualidade e que é, ainda, a religião mais influente no mundo, inclusive no Brasil. A questão da diversidade sexual vai além da religião. Ela se instala na sociedade por meio do grande preconceito que ainda ronda a mente e a vida das pessoas. Essa separação da sociedade em relação ao sexo surgiu a partir do século XVIII e segundo Maria Juracy Filgueiras Toneli, em função dos deslocamentos epistemológicos, bem como de mudanças sociopolíticas e tecnológicas. Até esse período, a sociedade formava um grupo único no que se refere ao exercício da sexualidade e à orientação sexual dos cidadãos. Um grande exemplo dessa segregação recente do sexo e da unificação do sexo na Antiguidade é o fato de que, na Roma Antiga, o sexo entre homens adultos cidadãos e homens mais novos de uma classe mais baixa era permitido. Nessa civilização, vestir-se com roupas de outro sexo era proibido, mas viver a homossexualidade não. Ao longo do tempo, observa-se, em nossa sociedade, o surgimento de vários tipos de preconceitos. A homofobia é um dos últimos preconceitos ainda tolerados pela sociedade contemporânea. A maioria das pessoas não estranha quando alguém se refere, de maneira pejorativa, a um homossexual, mas, quando o preconceito diz respeito à cor da pele ou à condição financeira, acontece uma reação mais evidente. As pessoas não se sentem livres para se declararem homossexuais, pois, além do preconceito existente dentro da sociedade, ainda existe a resistência no seio familiar. Apesar dos avanços legislativos contra vários tipos de preconceito, percebe-se que, nesse contexto da homofobia, pouco vem sendo feito. A legislação relacionada à homofobia ainda é precária, apesar de estar explícita na Constituição Federal a universalidade dos direitos sociais, sem discriminação de qualquer espécie. A Lei nº 7.437/85 estabelece que constitui contravenção a prática dos atos resultantes de preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil. Embora esteja expresso na lei, o preconceito contra homossexuais ainda não tem uma lei específica, o que há é um projeto de lei ainda não votado pelo Senado (PLC 122/2006), proposto pela então deputada Iara Bernardi, que tem por escopo a criminalização da homofobia. Infelizmente, a lei Anti-homofobia ainda aguarda apreciação na Comissão de Direitos Humanos do Senado Federal, mas espera-se que ela possa contribuir para a diminuição dos crimes contra os homossexuais e do constrangimento a que eles são expostos. Todavia, acredita-se que tal medida não acabaria, infelizmente, com o preconceito, pois este é fruto de uma histórica construção social.

Palavras-chave: Constituição Federal. Diversidade Sexual. Homofobia. Preconceito.

MINHA CASA MINHA VIDA: O SONHO (OU PESADELO?) DA CASA PRÓPRIA

Lucas B. Lobato, autor;
Hélton Júnior, **coautor;**
Sandra Helena Lima Moreira, professora orientadora.

O Programa Minha Casa Minha Vida do Governo Federal tem beneficiado muitos brasileiros a realizarem o sonho da casa própria. De modo complementar, reforça extraordinariamente a base econômica da construção civil que é a mola propulsora do mercado como um todo e também contribui de maneira significativa para o baixo índice de desemprego nacional (em torno de 5%), conforme recente pesquisa do IBGE. O estudo objetiva questionar o sistema de comprovação de renda dos proponentes do financiamento do imóvel por meio da Caixa Econômica Federal, bem como apontar contradições entre as propostas habitacionais do Governo Federal para a população de baixa renda e a realidade das famílias em relação aos rendimentos reais. A metodologia pautou-se por pesquisa bibliográfica constante de artigos científicos, documentos e legislação. Justifica-se pela importância que o tema da habitação tem na sociedade brasileira, devendo ser tanto quanto possível debatido, analisado e avaliado, sendo a Academia um dos *locus* privilegiados para essa discussão. O Programa analisa a renda mensal do comprador e avalia se é possível o financiamento do imóvel, cujo parcelamento pode chegar a até 360 meses, além de conceder subsídio de, no máximo, R$17.500,00, dependendo do valor do imóvel, da renda e da idade do comprador. Entretanto, para que o financiamento seja aprovado, o comprador deverá comprometer até 30% de sua renda, sendo essas condições estabelecidas pela Caixa Econômica Federal. No entanto, existe certa "facilidade" na comprovação de renda por causa da aceitação pelo órgão financiador do chamado DECORE (Declaração de Comprovação de Renda) expedido por contadores nem sempre comprometidos com o exercício ético de sua profissão. Concedido o financiamento sob tais condições, vê-se o mutuário em dificuldades a prosseguir com os pagamentos mensais. Daí surge o dilema: por um lado, o Estado com o intuito de oferecer moradias subsidiadas à população pobre e, por outro, ocorrendo inadimplências, a obrigação de reaver a posse de algumas dessas moradias. É bom destacar que grande parte daqueles que estão inclusos no déficit habitacional brasileiro não possuem comprovação documental de renda, o que, se fosse assim exigido, emperraria o objetivo do Programa de Habitação. Conclui-se que há duas faces de encaminhamento do mesmo problema: uma formal, jurídica e "legal", que lança mão dos mecanismos "rígidos" cabíveis para reaver os imóveis dos inadimplentes, e uma flexível, que seria proporcionar a tais mutuários possibilidades reais de pagamento de seus débitos por meio da oferta de trabalho e renda vinculada ao débito da prestação. Não se entende como tarefa fácil tal empreitada, no entanto, quando há vontade política, não existem empecilhos para os governantes realizarem o que pretendem, haja vista a opinião generalizada no País de que toda a burocracia e a ineficiência dos serviços públicos essenciais no Brasil assim são, porque não recebem a mesma atenção e o interesse alocados nos órgãos de arrecadação.

Palavras-chave: Minha Casa Minha Vida. Mutuário. Caixa Econômica.

CONIVÊNCIA DA FAMÍLIA COM O INFRATOR

Francisca Bárbara Prado, autora;
Janina Sanchez, professora orientadora.

O objetivo desta pesquisa foi analisar o problema da conivência da família com o infrator. Realizamos uma pesquisa que usou da metodologia quantitativa, considerando como Variável Independente, possível causa, a família e Variável Dependente, ou seja, o possível efeito, a infração protegida pela família. Contribuíram para nossas reflexões os Direitos Humanos, em seu artigo XXII, o qual reza que todo membro da sociedade tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, ao direito social e cultural que respeite a sua dignidade e o livre desenvolvimento de sua personalidade. Será a família cearense conivente com o infrator? Na maioria das vezes, os laços familiares são muito fortes, há uma grande afetividade e assim ocorre a confusão moral, pois se acredita que, encobrindo o infrator, estaria fazendo um bem. Dessa forma, não há denúncia, e os infratores continuam a agir. Os resultados desta pesquisa foram obtidos por meio de entrevistas feitas com alunos e funcionários da UNICHRISTUS, nas quais, das 108 pessoas entrevistadas, 64 afirmaram que, quando há um infrator na família cearense, a família não se reúne para impedi-lo; 98 pessoas não ficariam caladas diante de tal situação; 95 aconselhariam o infrator; 67 impediriam e 65 declararam que não denunciariam. Concluímos que são necessários programas de políticas públicas para o esclarecimento sobre os danos causados pela conivência. Essa questão, por exemplo, pode ser discutida em escolas e em universidades tanto em palestras quanto em sala de aula por meio de disciplinas das ciências humanas; devem ser construídas associações em cada bairro para a promoção de debates de conscientização. Esta também pode ser feita em palestras nos ambientes de trabalho; a mídia televisiva que é uma dos principais meios de comunicação em massa de grande influência e adesão pode ser um veículo que transmita propagandas de forte impacto para que os familiares sejam conscientizados a denunciar o infrator, entre outros caminhos possíveis. Dessa forma, percebe-se que uma das principais causas do problema é a falta de discussão e de ações capazes de efetivamente solucionar o problema.

Palavras-chave: Família. Conivência com Infrator. Conscientização.

PERSPECTIVAS DE MUDANÇAS NA ATUAÇÃO DA POLÍCIA MILITAR

Cintia Cordeiro Nogueira dos Santos, Tamilis Fatima Vicente Matos
Jacqueline Alves Soares

Durante o ano de 2013, ocorreram várias manifestações nas grandes cidades brasileiras. A imprensa noticiou abusos da Polícia Militar contra manifestantes, que, por sua vez, trouxeram às ruas denúncias desses abusos decorrentes de atuações violentas dessa instituição nas periferias. Casos que tiveram repercussão nacional evidenciaram indícios dessa violência policial, entretanto muitos casos não são noticiados, mas essa é uma realidade vivenciada constantemente pela população periférica. Diante desses problemas, surgiu o clamor da sociedade por mudança na estrutura militarizada da policia no Brasil. Essa estrutura, baseada em estratégias repressivas, passou a ser bastante questionada em relação às diretrizes de uma sociedade que vem passando por processos de democratização há mais de vinte anos e tem como fundamento, em seu ordenamento jurídico, o princípio da dignidade humana. Este deve servir como base para formulação das estratégias de atuação da Policia. A proposta de desmilitarização e da polícia comunitária como alternativa são algumas das discussões voltadas para solucionar esses problemas. Observa-se que a formação pela qual passam os policiais militares não se coaduna com o que se espera em um Estado Democrático de Direito. A metodologia utilizada para a pesquisa foi a qualitativa, realizada por meio de bibliografias, documentos e pesquisa de campo. A primeira se contemplou com uma consulta ao livro *Estado Autoritário e Ideologia Policial*, de Regina Célia Pedroso; a segunda se deu com uma consulta à Constituição Federal, com foco nos artigos 1º e 144 em relação ao princípio da dignidade humana e sobre a função e as atribuições da Policia Militar, e a terceira se consumou com o Projeto Defensores Populares do Escritório de Direitos Humanos da Unichristus, realizado em conjunto com o Centro da Vida Herbert de Souza na comunidade do Bom Jardim, localizado no município de Fortaleza, no estado do Ceará. Esse projeto realizou vários encontros com jovens e adultos, líderes comunitários militantes dos Direitos Humanos, promovendo roda de diálogos, tendo como discussão vários temas, dentre eles, o da "Segurança Pública", no qual houve relatos de abusos nas abordagens policiais. Esses encontros contemplaram os participantes com a capacitação dada pelos professores e teve como finalidade orientá-los acerca da efetivação de seus direitos. Conclui-se que a estrutura militar tem favorecido às ações recorrentes de abusos da Polícia e afetado negativamente o bem-estar social. Discussões atuais apontam alternativas possíveis para resolver a problemática, como a proposta da polícia comunitária, que modifica a interação entre a Polícia e os cidadãos. Esse modelo visa a redefinir a forma de atuação policial, ou seja, utiliza-se de mecanismos menos repressivos para preservação da ordem social, contribuindo, assim, para a redução das constantes violações dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: **Polícia Militar. Estado Democrático de Direito. Polícia Comunitária.**

ABORDAGEM POLICIAL NAS COMUNIDADES PERIFÉRICAS DE FORTALEZA

Ana Gabrielle Mendonça Lopes, autora;
Leandro Bessa, professor orientador.

O presente estudo funda-se nas enriquecedoras experiências e nos relevantes temas que foram abordados na comunidade do Grande Bom Jardim, durante o projeto de extensão da Unichristus, por meio do Escritório de Direitos Humanos, o qual objetiva a educação em direitos humanos de líderes comunitários de diversos bairros de Fortaleza, a partir da troca de conhecimentos de alunos e professores com as lideranças. Diante de relatos constantes de casos que envolviam o abuso da autoridade policial e as abordagens policiais seletivas de grupos segregados socialmente, notou-se a necessidade de aprofundar estudos e pesquisas sobre o tema a fim de compreender tal problemática que envolve um embate jurídico, político e social. A abordagem policial nas comunidades periféricas vem-se intensificando com a presença e o avanço da polícia por meio de políticas públicas que visam ao ingresso da polícia nas comunidades. Um exemplo dessa situação é a implantação das UPPs (Unidade de Polícia Pacificadora), no Rio de Janeiro, que vem gerando mudanças no cotidiano das comunidades. A ideia de aproximar a polícia da comunidade se encaixa perfeitamente quando se fala em policiamento comunitário. Entretanto, a interação entre a comunidade e os grupos policiais não ocorre de forma pacífica em muitas situações, uma vez que é patente o uso abusivo da autoridade policial; a falta de uniformidade nas abordagens, conforme a classe social do abordado, o que acarreta uma insegurança jurídica e, muitas vezes, erros operacionais que, na maioria das vezes, violam os direitos fundamentais dos cidadãos mais pobres, e a seletividade de grupos socialmente segregados, como jovens, negros e pardos. A problemática abordada se entrelaça entre o ramo jurídico, uma vez que há violação a direitos, e o político, em consequência do direcionamento das políticas públicas de policiamento que têm um histórico de ações excessivas diante das abordagens que ocorrem nas comunidades. O passado ditatorial do nosso país influencia para a permanência dessa imagem deturpada do policiamento, transformado em mero protetor do patrimônio e segurança das elites. Entretanto, há que se destacar políticas incipientes com a orientação adotada por algumas políticas públicas que revelam a possibilidade de alterar essa realidade por meio de ações que se direcionam a um policiamento mais democrático e pacificador.

Palavras-chave: Abordagem Policial. Comunidades. Violação de Direitos. Políticas Públicas.

AÇÕES DESCRIMINATÓRIAS POSITIVAS EM FAVOR DA MULHER

Maria Carmelita Coêlho Felix, acadêmica do 4° semestre do Curso de Direito;
Andréa Rocha Pontes, acadêmica do 3° semestre do Curso de Direito;
Clovis Renato Costa Farias, professor orientador.

Em virtude de a cultura ocidental ter-se desenvolvido patriarcalmente, as mulheres, desde priscas eras, foram vistas como coisas, fazendo parte do patrimônio do homem em algumas sociedades. No Brasil, até pouco tempo, elas eram consideradas inferiores pelo próprio ordenamento jurídico que manifestava desigualdade; a exemplo, tem-se o Código Civil de 1916, artigo 233, que colocava a mulher como subordinada ao dizer: "o marido é o chefe da sociedade conjugal". Esse artigo refletia claramente a sociedade machista que tinha como ideal feminino o casamento e o único objetivo deste gênero de cuidar da casa e dos filhos para manter a "paz do lar". Sendo assim, a grande maioria era analfabeta, pois era privada do acesso à educação, e os únicos empregos oferecidos para elas eram os que os homens não queriam, ganhando menos da metade do que eles ganhariam se desempenhassem tais funções, além do fato de que aquelas que trabalhavam eram duramente criticadas. Devido a tais fatores, objetiva-se analisar as melhorias que o gênero conseguiu ao decorrer do tempo. Para tanto, a metodologia aplicada no presente trabalho foi a bibliográfica, por meio de livros, revistas, *sites* da internet. A Constituição federal de 1988 foi um grande passo para a diminuição da desigualdade existente entre as minorias oprimidas, pois o legislador se preocupou em amparar aqueles que "historicamente sempre foram alvo de preconceito, humilhação e detrimento de toda espécie". Assim, as mulheres ganharam um importante aliado na busca de igualdade, visto que a Constituição Federal inovou primeiramente ao assegurar no artigo 5º, II, que "homens e mulheres são iguais". Com essa igualdade material estabelecida, eram necessários mecanismos para efetivá-la, sendo aí que surgem as ações discriminativas positivas que, segundo Joaquim Barbosa, "consistem em políticas públicas voltadas a concretização do princípio da igualdade material e a neutralização dos efeitos da descriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física". Com a CF, veio a possibilidade de as mulheres poderem exercer as mesmas funções que os homens, ganhando igualmente e asseguradas contra o assédio, caso ocorra, além de terem a garantia de estabilidade para não serem demitidas nem tenham seu salário diminuído se engravidarem. Com essas garantias, tem-se observado o crescente número de mulheres melhorando suas condições, tanto financeira como educacionais. No ensino superior, pesquisas mostram que as mulheres representam mais de 60% dos formados e elas estão cada vez mais presentes no mercado de trabalho, exercendo cargos de chefia, uma posição ainda marcadamente masculina, contudo ainda é preciso melhorar muitas coisas, pois ainda existem diversas discriminações veladas, todavia as ações têm mostrado bastante eficiência.

Palavras-chave: Mulher. Trabalho. Igualdade. Constituição Federal.

O ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO NO ESTADO DO CEARÁ

Lia Bomfim Cavalcanti, autor;
Clovis Renato, professor orientador.

O assédio moral consiste em uma forma de violência, a qual é provocada por agressão psicológica e humilhação. No âmbito trabalhista, tal forma de agressão aos trabalhadores, que se caracteriza por ocorrer de forma repetida e prolongada, é muito constante, podendo, de fato, degradar a dignidade e a integridade psíquica das vítimas, comprometendo seu desempenho nas atividades laborais e gerando danos diversos à vida dos indivíduos humilhados. De acordo com acórdão proferido no TRT da 17ª *Região, «a* humilhação repetitiva e de longa duração interfere na vida do assediado de modo direto, comprometendo sua identidade, dignidade e relações afetivas e sociais, ocasionando graves danos à saúde física e mental, que podem evoluir para a incapacidade laborativa, desemprego ou mesmo a morte, constituindo um risco invisível, porém concreto, nas relações e condições de trabalho". Objetiva-se, neste trabalho, verificar a incidência desse tipo de assédio no estado do Ceará. Procedeu-se à pesquisa bibliográfica utilizando-se a dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Psicologia da Universidade de Fortaleza – UNIFOR de ROSEMARY CAVALCANTE GONÇALVES, intitulada O ASSÉDIO MORAL NO CEARÁ: Naturalização dos atos injustos no trabalho. De forma específica, no estado do Ceará, essa forma de agressão se mostrou bastante frequente. Em uma pesquisa quantitativa realizada na Delegacia Regional do Trabalho (DRTCE), foi constatado que 25,2% dos indivíduos da amostra consideram-se vítima de assédio moral no ambiente de trabalho. Ademais, 66,9% declararam sofrer, pelo menos, uma manifestação de assédio moral semanalmente. Diante dos fatos, surgiu a Associação de Apoio aos trabalhadores vítimas de Assédio Moral no Estado do Ceará – REAGIR, a qual foi originada por 12 trabalhadores cearenses que sofreram esse tipo de agressão. O assédio moral nem sempre é de fácil comprovação. Diferentemente de agressões físicas, os danos desse tipo de violência não são absolutamente palpáveis, objetivos e observáveis. Os assediados, por sua vez, não raro, têm receio de concretizar denúncias formais, temendo retaliações. O Ceará, portanto, apresenta frequência nesse tipo de violação aos direitos básicos, sendo de substancial importância a estimulação da denúncia e a realização das políticas públicas necessárias as quais findam a proteção dos trabalhadores.

Palavras-chave: Assédio moral. Trabalho. Ceará.

SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Jéssica Alexandrino Farias;
Sandra Helena Lima Moreira, professora orientadora.

O estudo objetiva esclarecer sobre a alienação parental e justifica-se pela nova formação familiar que acarreta o problema com maior frequência. Adotou metodologia de pesquisa bibliográfica de doutrina e legislação. Geralmente a alienação parental é iniciada com a quebra do vínculo conjugal, "em que existe um inconformismo do alienador em relação ao alienado quanto ao rompimento da relação de casamento ou de união estável". Então o alienador passa a denegrir, destruir a imagem do outro genitor para a criança ou o adolescente. Resulta geralmente de revolta inconsciente do "amor conjugal fracassado". Essa conduta é bastante condenada por profissionais e estudiosos do assunto, pois a alienação é extremamente nociva à saúde mental da vítima, trazendo sequelas para o resto da vida se não for detectada a tempo. Embora isso não seja uma regra, o ato de alienar é geralmente alimentado pelo ascendente guardião e, na maioria dos casos, ocorre no ambiente materno, pois são as mães, em sua maioria, que detêm a guarda de seus filhos. No entanto, pode ocorrer a exceção e "mesmo aquele que só recebe os filhos nos finais de semana em datas específicas pode ter conduta de alienação parental". Ressalta-se que o comportamento do alienador pode dar-se inicialmente de forma inconsciente e involuntária, no entanto logo passará de atitudes inconscientes para formação de uma estratégia ardilosa e perigosa para as emoções da criança e do alienado. Portanto, nota-se que a alienação transforma e modifica covardemente a consciência da criança e do adolescente, o "alcance é extremamente destrutivo, pois consegue que os filhos inventem fatos, respaldem mentiras, e esqueçam momentos felizes". Logo, é nesse momento em que "a convivência com um dos genitores pode tornar-se nefasta ou mesmo perigosa para a higidez psicofísica do menor, momento que se faz necessária a intervenção de outro genitor no sentido de tomar todas as medidas legais para proteger sua prole". Apesar de a lei não fazer a diferença entre a Síndrome de Alienação Parental (SAP) e Alienação Parental (AP), trata-se de dois fenômenos diferentes, muito embora, muitas vezes, seja tratado como sinônimos. A alienação parental é um estratagema, decorre do esforço, do trabalho malicioso e constante do alienador para denegrir e desmoralizar a imagem do outro genitor perante o filho, objetivando desacreditar, desgastar, promover de fato o falecimento moral do genitor alienado. Com essa prática habitual, o filho é "programado" para odiar o outro genitor. Já a Síndrome de Alienação Parental pode ser considerada como um distúrbio no qual a criança, numa base contínua, deprecia e insulta um dos pais sem qualquer justificativa aparente, devido à influência e à doutrinação do outro genitor. Conclui-se, portanto, que os dois institutos se correlacionam, estão intimamente ligados, um sendo a consequência do outro. A síndrome de alienação parental é decorrência da alienação, devendo ser vista como sequela da prática de alienar. Logo, os dois institutos devem ser compreendidos diferentemente e analisados simultaneamente, ao contrário do que erroneamente ocorre quando tratam a SAP e a AP como institutos sinônimos. Conclui-se que síndrome de alienação parental é um tema que merece um olhar especial do magistrado haja vista ser uma prática que traz sequelas irreversíveis, logo merece total reprimenda do Estado.

Palavras-chave: Alienação Parental. Vínculo Conjugal. Síndrome. Genitor.

REMUNERAÇÃO COM BASE NOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Monique de Medeiros Teixeira, autora; Luana Maria dos Santos Mendes, coautora;
Clóvis Renato Costa Farias, professor orientador.

Entende-se como remuneração, de acordo com o art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho, todo o salário mensal pago ao empregado, mais as gorjetas que ele pode receber, não excluindo outros tipos de pagamentos feitos por terceiros. Encontramos, na Constituição Federal Brasileira, vários princípios que abordam também a temática salarial do trabalhador, expondo os direitos e as garantias que este possui. Dentre eles, pode-se destacar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana que se encontra no art.1º, III, da Constituição Federal, no qual todo trabalhador deve receber um salário digno para suprir suas necessidades básicas, bem como usufruir dos benefícios que este possa lhe proporcionar juntamente de sua família. O art. 7º da Constituição Federal nos traz um princípio geral que é fundamento e base do Direito do trabalho, que é o Princípio da Proteção do Trabalhador, que se divide nos seguintes princípios: prevalência da norma mais favorável ao trabalhador, prevalência da condição mais benéfica ao trabalhador e da Interpretação: *in dúbio*, *pro misero*. Princípio constitucional muito importante em relação à remuneração é o que está consagrado no art.7º, VI, da Constituição Federal, que é o Principio da Intangibilidade, que significa proteção dos salários contra descontos não previstos em lei. O fundamento deste princípio é a proteção do salário do trabalhador contra os seus credores. Outro princípio muito importante é o Princípio da Irredutibilidade Salarial, ou seja, o salário não pode ser reduzido, salvo acordo coletivo que autorize a redução. O art.7º, I, da Constituição Federal, consagra outro princípio relacionado à remuneração que é o Princípio da Continuidade da Relação de Emprego, revelando que o Direito do trabalho tende a inibir a dispensa arbitrária, fazendo que o trabalhador sinta-se com certa estabilidade para desenvolver melhor suas atividades. Assim, após esta breve exposição, pode-se concluir que tais princípios servem, principalmente, como uma forma de proteger o lado hipossuficiente da relação de trabalho, o empregado. O valor jurídico e social de tais princípios, portanto, é incomensurável. Com o objetivo de demonstrar tal argumento, faz-se fundamental a utilização de pesquisa bibliográfica usando a Constituição Federal de 1988, o Decreto-Lei 5452 de 1º de maio de 1953 (Consolidação das Leis do Trabalho) e o material doutrinário da autora Vólia Bonfim Cassar, dentre outros.

Palavras-chave: Remuneração. Princípios. Constituição.

ABUSO SEXUAL DE CRIANÇA E ADOLESCENTE

Maria Gisele Barbosa Nunes, autora;
Mariana Cordeiro Sturdart Gurgel, coautora;
Sandra Helena Lima Moreira, professora orientadora.

A violência contra crianças e adolescentes é um fenômeno de difícil enfrentamento, apesar de ter ganhado certa visibilidade nos últimos tempos. O estudo objetiva integrar o debate sobre tão grave problema na sociedade brasileira para melhorar sua compreensão e esclarecer que qualquer pessoa pode contribuir para a adoção de possíveis medidas preventivas ou repressivas ao abuso sexual contra crianças e adolescente. Empregou metodologia de pesquisa bibliográfica e da legislação pátria, especialmente o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como da denominada Lei da Dignidade Sexual. Realizou pesquisa de campo, ao entrevistar o advogado e conselheiro da OAB-CE, Kennedy Ferreira Lima. Justifica-se pela gravidade do problema e porque se entende que deva ser incansável e válida qualquer forma de manifestação contrária a tal prática. A violência pode acontecer em vários locais como na própria casa, na escola, no local de lazer e no âmbito familiar, por isso a grande dificuldade em combater o abuso de crianças e adolescentes. Mas, já se obteve um grande avanço na visibilidade desse problema, haja vista que hoje existem campanhas em todos os meios de comunicação, propagandas que ajudam a conscientização da sociedade, órgãos especialmente criados para deter esse tipo de violência, além do tema vir sendo objeto de pesquisa em escolas e universidades. Os principais tipos de abuso contra menores são: o abuso sexual intrafamiliar, que é o que acontece dentro de casa e se configura o mais difícil de ser detectado e consequentemente combatido, pois é feito por parentes, vizinhos, amigos da família e até mesmo por padrastos; o abuso sexual pela Internet, no qual a criança ou o adolescente se comunica com desconhecido, muitas vezes sem o consentimento dos pais; o abuso sexual em áreas de lazer, que pode acontecer em shoppings, parques e em vários lugares propícios. Um dos grandes desafios e que seria muito eficaz no combate a esse tipo de crime é romper com os pactos de silêncio que encobrem as situações de abuso sexual porque se configuram questões cruciais do enfrentamento da violência sexual contra crianças e adolescentes. Denunciar é o primeiro e decisivo passo, sem o qual nada pode ser feito. Os índices de abuso sexual contra menores são alarmantes no País, sendo o 2° maior tipo de violência sofrida nessa faixa etária. De acordo com o Ministério da Saúde, a violência sexual contra crianças de até nove anos fica atrás apenas de negligência e abandono. Os dados revelam ainda que a violência sexual também ocupa o segundo lugar na faixa etária de 10 a 14 anos, com 10,5% das notificações, ficando atrás apenas da violência física (13,3%). Na faixa de 15 a 19 anos, esse tipo de agressão ocupa o terceiro lugar, com 5,2%, atrás da violência física (28,3%) e da psicológica (7,6%). De acordo com o entrevistado, as crianças que moram nas periferias são as mais vitimadas, ainda que o problema também ocorra nas classes sociais mais elevadas. Conclui-se que, apesar dos avanços no Brasil no combate ao abuso sexual de crianças e adolescentes, o problema é persistente. No entanto, a mudança de comportamento dos cidadãos no sentido de atuarem proativamente na vigilância, nas denúncias junto aos Conselhos Tutelares, na polícia e no Disque 100 pode ajudar a minimizar o problema. Junto às crianças, criar propagandas esclarecedoras do que é o abuso sexual em linguagem não agressiva, incentivar a denuncia por ligação telefônica e a omissão de parentes, com certeza, irá diminuir a questão dos abusos sexuais contra crianças e adolescentes.

Palavras-chave. Criança. Adolescente. Abuso Sexual. Denúncia. Conselho Tutelar.

Alunas:
Turma: 311N12 Turno: Noite Sala: 1202

O TRABALHO ESCRAVO COMO UMA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Bianca Rocha Filgueiras, autora;
Clóvis Renato Costa Farias, professor orientador.

Direitos Humanos são o conjunto de valores, atos e normas que possibilitariam a todos uma vida digna. Agrupamento mínimo de direitos essenciais para conceder aos seres humanos uma vida digna e livre. Parte de uma racionalidade de resistência. São os direitos apresentados nas normas jurídicas externas e internas construídas para a proteção das pessoas humanas presentes nos Tratados, nas Constituições e nas Leis em geral. Segundo dados da Organização Internacional do Trabalho, no Brasil, entre 25.000 e 40.000 trabalhadores são vítimas de condições análogas às de escravo, sobretudo nas regiões Norte e Nordeste. Segundo informações do Ministério do Trabalho, foram resgatados, no Brasil, 2.271 trabalhadores explorados em condições análogas à de escravos em 320 estabelecimentos, ao longo de 2011, sendo que, na maior parte das vezes, em atividades agropecuárias, em carvoarias e em atividades de desmatamento. Na escravidão contemporânea, as vítimas são pessoas encontradas em condição particular de vulnerabilidade, pelos mais diversos fatores. Situações às quais as vítimas da escravidão contemporânea estão sujeitas, como falta de água potável, alojamentos em condições subumanas, moradia coletiva, inexistência de instalações sanitárias adequadas, inexistência de cozinha adequada para o preparo da alimentação, péssimas condições de higiene, ausência de equipamentos de proteção coletiva e individual, meio ambiente de trabalho nocivo ou agressivo, falta de assistência médica, alimentação parca, falta de primeiros socorros, alocação de trabalhadores junto de animais, jornada exaustiva, inobservância de normas de segurança e medicina do trabalho, exposição do trabalhador às intempéries e altos riscos de acidentes, caracterizam total desconsideração dos direitos sociais previstos nos artigos 5º, dos direitos e dos deveres individuais e coletivos, e 6º, dos direitos sociais, previstos na Constituição Federal de 1988, entre os direitos violados estão o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, como também é uma afronta à Declaração Universal dos Direitos Humanos, expressamente citado em seu artigo 4º, *caput*. O Ministério Público do Trabalho vem atuando de forma firme e decisiva no combate ao trabalho escravo no Brasil, várias são as ações civis públicas propostas por esse combativo órgão público, como mecanismo de fiscalização e intervenção investigativa e policial, contra empresas que se utilizam de mão de obra análoga à escrava, como também apresenta programas de conscientização e informação para a mobilização da opinião pública contra esse mal social. Os trabalhadores resgatados da condição de trabalho análoga à de escravo terão, por força da Consolidação das Leis do Trabalho e da Lei n.7.998/90, direito a FGTS, férias, aviso-prévio, 13º salário, dentre outros direitos.

Palavras-chave: **Direitos Humanos. Trabalho Escravo. Ministério do Trabalho.**

LEI DA FICHA LIMPA: CONQUISTA PARA O SANEAMENTO DA CORRUPÇÃO NO BRASIL, SERÁ?

Janete da Silveira Wilke, autor; Cíntia Cordeiro N. dos Santos, coautor;
Leandro Bessa, Professor orientador.

A corrupção existe desde a antiguidade, de um modo geral, passou por várias transformações, ao longo do tempo, revestiu-se de novas roupagens, contudo não perdeu a sua essência, pelo que tem se perpetuado até os dias atuais, gerando graves problemas, não só políticos, como também econômicos e sociais. O Brasil é um país com graves problemas de corrupção, esta, por sua vez, é um dos fatores que têm prejudicado a credibilidade política, tornando-o conhecido mundialmente não só pelo futebol que se apresenta em campo, mas também por causa dos escândalos de corrupção que são descobertos constantemente. A falta de conscientização popular no processo eletivo propiciou a expansão dessa realidade, pois permite que candidatos os quais não possuam histórico de vida ilibada (baseada na probidade e na moralidade consistentes nos requisitos constitucionais) sejam efetivados em cargos públicos. Essa realidade provoca uma reflexão sobre a importância da conscientização da sociedade civil em se mobilizar em busca de mecanismos os quais viabilizem a transparência do processo eletivo e a fiscalização no exercício do mandato, no sentido de diminuir o quadro de políticos corruptos. Diante desse cenário, quais mecanismos seriam viáveis? Vários mecanismos têm sido utilizados na busca do saneamento desses problemas, dentre eles, a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010), oriunda do Projeto de Lei de Iniciativa Popular nº 519/2009 que reuniu cerca de 1,3 milhões de assinaturas equivalentes ao percentual de um por cento do eleitorado nacional, exigido pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 61, § 2º. Aplicada nas eleições de 2012, a nova lei barrou várias candidaturas, com isso, ocorreram várias divergências quanto a alguns de seus dispositivos, ocasião em que vários casos foram levados para a decisão do STF, que julgou pela sua constitucionalidade. A metodologia utilizada neste trabalho é qualitativa e de caráter exploratório, recorrendo-se a fontes bibliográficas e documentais. A Lei da Ficha Limpa será aplicada pela primeira vez em eleições gerais (em que são escolhidos Presidente, Governadores, Deputados Estaduais e Federais e Senadores), que ocorrerão neste ano, proporcionando uma expectativa de mudanças no cenário político do país. Desse modo, busca-se, por meio da nova lei, extinguir as deturpações, feitas pelos candidatos aos cargos públicos, dos objetivos pelos quais são eleitos. Portanto, faz-se necessária não só a efetivação da nova lei, como também a conscientização política do cidadão, no que diz respeito à utilização dos mecanismos de participação, avaliação e fiscalização do seu representante. A resposta eficaz dos vários questionamentos sobre o problema da corrupção repousa na aliança entre a efetivação dos mecanismos existentes e a conscientização política da sociedade.

Palavras-chave: Corrupção. Ficha Limpa. Conscientização.

DEFENSORES POPULARES EM DIREITOS HUMANOS: UMA EDUCAÇÃO INTERGERACIONAL

Silvia Andréa de Aquino

No Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana foi elencada como cláusula pétrea, guiando todo o ordenamento jurídico com a finalidade de garantir os direitos humanos, que já ganhava relevante atenção por todo o mundo. Podemos observar, já no artigo quinto da Constituição, que todos somos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. É clara a interpretação que o artigo faz, sem distinção, sem desigualdades, somos todos iguais, o que, na prática, é bem diferente. A prova dessa desigualdade é a necessidade de reeducar as pessoas, que, mediante condições financeiras elevadas, acham que podem ser classificadas como superiores. Por esse motivo, trazemos o artigo 5º, para mostrar que, perante a nossa constituição, somos um povo sem distinções. Nessa perspectiva, podemos perceber a importância de se estudar direitos humanos, por isso, atualmente, as universidades proporcionam aos seus alunos projetos de extensão com a finalidade de capacitá-los com uma formação humanística. O aprendizado tem início com a teoria, mas os valores adquiridos advêm principalmente da prática. Em especial, citamos o Centro Universitário Christus que, em parceria com o CDVHS (Centro de Defesa a Vida Herbert de Souza), iniciou um projeto o qual tem a finalidade de explicar a origem dos direitos humanos, desde a sua elaboração até a sua aplicação hoje. O projeto visa à formação de defensores populares em direitos humanos, para que possam agir em seu cotidiano de forma justa, conscientes de seus direitos e deveres e amparados pelo ordenamento jurídico. O curso teve o período de nove meses de duração, foi dividido em quatro módulos, cada módulo durou em média dois meses para ser concluído e abordou os mais diversos assuntos. O primeiro módulo tratou sobre o contexto histórico dos direitos humanos, uma breve introdução sobre o assunto; o segundo módulo falou sobre segurança pública; o terceiro, sobre biodiversidade e, por fim, o último relatou sobre o direito à terra e ao território. A equipe, que, no início, contava, em média, com trinta pessoas, reduziu-se à metade e foi dividida em quatro grupos, equivalentes aos módulos. Todos os integrantes receberam a devida capacitação durante o curso, porém a transmissão desse conhecimento, na Comunidade do Bom Jardim, local onde foi ministrado o curso, foi divida entre os grupos. Todas as aulas ministradas na escola popular em Direitos Humanos foram pensadas, estudadas e avaliadas pela instituição de ensino, no caso, a Unichristus. Depois de aprovadas, os alunos, amparados por professores monitores de seus respectivos módulos, foram à comunidade levar esse conhecimento jurídico para os educandos. Vale ressaltar que, em cada módulo, era necessária uma minuciosa preparação, visto que a diversidade das personalidades inscritas era imensa, também contávamos com a presença de jovens de todas as idades, de idosos, de líderes comunitários, de ex-presidiário, de índios, de graduandos e de mestrandos. Com isso, houve uma educação em Direitos Humanos intergeracional.

Palavras-chave: DIREITOS HUMANOS, EDUCAÇÃO POPULAR. INTERGERACIONAL.

PORTADORES DE DEFICIÊNCIA: INCLUSÃO OU EXCLUSÃO NO MERCADO DE TRABALHO?

Brena Brasil da Silva- acadêmica do 4ª semestre do Curso de Direito, autora;
Maria Carmelita Coêlho Felix- acadêmica do 4ª semestre do Curso de Direito, coautora;
Clóvis Renato Costa Farias **– professor orientador.**

A Lei nº 8.213/91, comumente conhecida como Lei de Cotas, estabelece que as empresas, com 100 ou mais funcionários, contratem pessoas com deficiência, reservando de 2% a 5% dos cargos para beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência. O que se tem mostrado de acordo com o último censo é que 55% das pessoas com deficiência estavam desempregadas, situação esta rotineiramente verificada em empresas que reclamam da falta de mão de obra qualificada. Umas das dificuldades na contratação e na permanência dos empregos é o benefício financeiro que os deficientes recebem por meio do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), cujo valor recebido é menor que o do emprego, além do receio dos pais destes em deixá-los trabalhar, dada a dificuldade de locomoção, visto que diversas empresas não possuem infraestrutura adequada. Muitos dos necessitados entendem que a "deficiência" se encontra na própria empresa, pois grande parte dessas não oferecem condições de trabalho adaptadas para deficientes físicos, questão agravada pela preocupação apenas com a legislação, devido à multa que é instituída, e não com o bem estar do trabalhador. Com isso, as empresas preferem cotratar aqueles com necessidades especiais consideradas "leves", do que obter gastos com intérpretes ou equipamentos necessários para a inclusão de todos. Os dados foram constituídos por meio de noticiário de vídeos contendo palestras e artigos e monografias relacionados ao tema. Fora isso, como essas empresas só enxerga a multa e não a qualificação do portador, o labor das pessoas com necessidades especiais acaba-se tornando uma experiência complexa e, por vezes, degradante, já que a necessidade que possui é vista como um defeito profissional. É importante ressaltar que muitos portadores de necessidades especiais estão se qualificando, fazendo cursos profissionalizantes, ingressando em Universidades, não podendo, assim, falar que as empresas são prejudicadas ao contratar essas pessoas.

Palavras-chave: Portadores de deficiência. Empresas. Mercado de trabalho.

DESARMAMENTO NÃO É SEGURANÇA PÚBLICA

Tobias da Silva Ferreira, autor;
Sandra Helena Lima Moreira, professora orientadora.

A divulgação dos altos índices da criminalidade urbana faz sobressaírem certos setores da sociedade em expressar a seguinte solução: é preciso desarmar a população. Essa afirmação, fruto da desinformação e do desejo de ver a sociedade livre das balas perdidas, dos latrocínios e de outras mazelas, nasce do raciocínio equivocado que crê que "a população estando armada as mortes aumentam". Este trabalho tem o objetivo de apresentar argumentações contrárias à oficial de que a população armada faz os índices de mortalidade violenta se elevarem, bem como criticar o Estatuto do Desarmamento, por meio da discussão acadêmica do tema. Justifica-se pela persistência da controvérsia na sociedade brasileira, mesmo após 10 anos de vigência do referido Estatuto. A metodologia adotada constituiu-se de pesquisa bibliográfica em doutrina e legislação. Apenas uma minoria da população é legalmente proprietária de armas de fogo, mas os bandidos a portam impunemente. Mas, mesmo entre os que estão de posse de armas de fogo, ocorrem situações que não podem ser confundidas. Existem aqueles que usam as armas com o intuito de cometer delitos. Outros, os cidadãos honestos, utilizam-nas como um último recurso para se defenderem dos bandidos, pelo menos até a chegada de apoio policial. Os cidadãos devem ter garantidos os seus direitos de defesa de sua propriedade e, principalmente, de seus familiares. Os argumentos apresentados por aqueles a favor do aumento das restrições ao porte e, até mesmo, contra o registro de armas não sobrevivem a uma análise crítica dotada de um mínimo de racionalidade. Afirmam estes, por exemplo, que o porte de armas de fogo por civis não contribui para sua segurança. Desconhecem ocorrências nas quais inúmeras vezes roubos, estupros e violências afins foram impedidos apenas pelo estampido de uma arma de fogo. Muitos também foram os casos em que a simples percepção pelo meliante de que sua pretensa vítima portava uma arma de fogo foi suficiente para evitar um crime. Destaque-se, ainda, que, após 10 anos de vigência do Estatuto do Desarmamento, as mortes por arma de fogo só aumentaram e, entre elas, as ocorrências por bala perdida. Outro argumento assíduo é o de que a população armada seria a grande fonte de armamento da marginalidade. Evidentemente, existem inegáveis aspectos negativos no uso de armas de fogo intrínsecos a quem as usa com imperícia e imprudência, mas estes fatos isolados não são suficientemente justificáveis para um desarmamento impositivo da população. Os argumentos apresentados contra a propriedade de armas de fogo são tendenciosos e preconceituosos tendo consequências à satisfação dos criminosos, por saberem que o cidadão comum estará indefeso, o desespero do homem de bem, vendo-se cerceado no direito de proteger os seus, e, certamente, à satisfação dos contrabandistas de armas e munições, que vivenciam um crescimento substancial em seu mercado. Concluindo, o desarmamento da população não deve ser visto como uma solução para a violência. Justiça social, um poder judiciário eficiente e uma polícia profissional que se faça presente no dia a dia do cidadão são efetivamente a base para a diminuição da violência.

Palavras-chave: População. Armas. Cidadãos. Violência.

AS ZEIS COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

Bruna Silva Rodrigues, autor; Francisca Ivanise Barroso Galvão, coautor;
Jacqueline Alves Soares; professora orientadora.

O Escritório de Direitos Humanos do Centro Universitário Christus, em parceria com o Centro de Defesa da Vida Hebert de Sousa (CHVHS), promoveu, durante o ano de 2013, o Curso "Defensores Populares em Direitos Humanos", em que foram trabalhados diferentes módulos temáticos, dentre eles e objeto de estudo do presente trabalho, o direito fundamental à moradia, no qual se busca a efetivação, por meio de diversos instrumentos. Um dos instrumentos de efetivação do direito à moradia são as Zonas Especiais de Interesse Social, conhecidas como ZEIS, que devem ser previstas no Plano Diretor municipal, organizando o crescimento e o planejamento da cidade. As ZEIS "são áreas da cidade onde a prioridade é a regularização fundiária e a construção de moradias de interesse social". A questão da moradia atinge diretamente um grande número de pessoas de baixa renda, que moram em periferias em situação irregular, ou, até mesmo, encontram-se em situação de rua. A regularização fundiária é um direito e a sua efetivação é fundamental para que as pessoas possam viver dignamente. Sabe-se que as injustiças sociais relacionadas ao direito à terra e à propriedade são inúmeras. Enquanto grandes espaços territoriais estão sujeitos à especulação, em bairros nobres das cidades, sem exercer a função social da propriedade, prevista constitucionalmente, pessoas pobres habitam terrenos irregulares e precários sem acesso aos direitos básicos, quais sejam, saneamento básico, acesso a escolas, sistema de coleta de resíduos sólidos, entre outros. Fortaleza possui o 5º m^2 mais caro do Brasil. Com esse dado entende-se que há uma enorme desproporção entre a capacidade de compra das pessoas e o que as imobiliárias estão exigindo. No Brasil, há muitas críticas quanto à quantidade de favelas e principalmente quanto à formação destas que viabiliza o aumento da violência e da marginalidade. O problema é que muitas famílias não têm outra opção que não a de buscar refúgio em terras que, geralmente, estão sem utilização por parte de seus proprietários. Tem-se, assim, as invasões, o desmatamento, a demarcação de lotes, as barracas improvisadas e, por último, o embate entre os invasores e a policia, que vem proceder à restituição da posse ao proprietário. Desta forma, vivem muitas famílias no Brasil, sempre lutando para ter o seu próprio espaço. Tendo de conviver também com os programas que retiram as favelas com o pretexto de melhorar a estética da cidade e transferindo essas famílias para locais muito distantes que não oferecem as mínimas condições de sobrevivência, as ZEIS vêm como meio de democratização dos espaços urbanos, proporcionando aos que mais precisam a efetivação de seus direitos. Busca-se, por meio desta pesquisa, na qual se utilizou a pesquisa qualitativa e o método bibliográfico, evidenciar a importância das ZEIS na efetivação do direito à moradia.

Palavras-chave: Escritório de Direitos Humanos. ZEIS. Moradia.

FORMULÁRIO DE APRESENTAÇÃO DOS RESUMOS

Unichristus
Centro Universitário Christus

ENCONTRO DE INICIAÇÃO À PESQUISA E À DOCÊNCIA

ARTIGOS

2014

TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO E CRÍTICA: FUNDAMENTOS PARA A COMPREENSÃO JURÍDICA INTEGRAL E CONCRETA

Ricardo Henrique Silva de Sá Cavalcanti [1]
Fayga Silveira Bedê [2**]

Sumário 1 Introdução. 2 Referencial teórico. 3 Metodologia da pesquisa. 4 Análise dos Resultados. 5 Conclusão.

RESUMO

Esta pesquisa teve o propósito de conhecer a natureza do Direito e, a partir dela, avaliar possibilidades de construção de uma metodologia de pesquisa adequada a promover o desenvolvimento continuado do conhecimento jurídico, por meio da proposição de algum mecanismo apto à avaliação dos aspectos de relevância, interesse e significância de um problema, assim como da clareza, da fecundidade, da força explicativa, da simplicidade e da precisão das soluções que lhes são propostas. Pretendeu-se, com isso, aumentar a objetividade dos estudos jurídicos, sem incorrer em visões epistemológicas que a oponham à subjetividade, que oponham a teoria à prática e a razão ao empirismo, tendo em vista a necessidade de se construir parâmetros adequados à avaliação das teses divulgadas, no intuito de expor as posições inconsistentes e incoerentes com o sistema, meramente baseadas na ideologia ou no argumento de autoridade. Os referenciais teóricos utilizados foram a Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale, e os estudos acerca da natureza e da metodologia científica, de Thomas S. Kuhn, de Paul Feyerabend e de Karl R. Popper.

Palavras-chave: Metodologia de pesquisa. Pesquisa jurídica. Conhecimento. Teoria Tridimensional do Direito. Crítica.

1 Pesquisador-bolsista do Programa de Iniciação Científica. Graduando pelo Curso de Direito da Unichristus. Graduado em Ciências Navais pela Escola Naval, com habilitação em Sistemas. Especialista em Sistemas de Armas pelo Centro de Instrução Almirante Wandenkolk, da Marinha do Brasil. Especialista em Guerra de Superfície pelo Centro de Instrução Almirante Marques de Leão, da Marinha do Brasil. Email: rhsscavalcanti@gmail.com

2 **Doutora em Sociologia pela UFC. Mestre em Direito pela UFPR. Graduada em Direito pela UFC. Professora universitária em graduação e pós-graduações. Editora-Responsável pela Revista Opinião Jurídica. Consultora ad hoc da Capes. Autora de artigos e livros. Email: faygabede@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

Verifica-se que, no Brasil, o conhecimento jurídico apresenta um caráter casuístico e solipsista. Conforme descrito por Horácio Wanderlei Rodrigues e Leilane S. Grubba,

> [...] no Brasil, o conhecimento científico do Direito sofre uma disfunção: reproduzimos, no âmbito da academia, o modelo de construção de hipóteses da prática profissional jurídica. Significa que a pesquisa jurídica existente na academia não testa hipóteses explicativas para verificar sua falseabilidade, mas coleta dados e argumentos que lhes são favoráveis, sendo as hipóteses sempre comprovadas. Não tentamos falsear as nossas hipóteses. Pelo contrário, a pesquisa acadêmica do Direito costuma partir de *verdades a priori* e busca, no decorrer das pesquisas pseudocientíficas, a sua comprovação. [1]

Percebe-se que, na própria academia, a razão é desprezada em prol da conquista de posições ideológicas. A racionalidade, a lógica situacional[2] e a correlação entre expectativas teóricas e experiência sucumbem frente a recursos emocionais e argumentos de autoridade amplamente empregados nos embates forenses. Nesse contexto, a doutrina torna-se solo movediço para a construção da prática, que, por sua vez, converte-se em campo de relativismos que tendem a autoritarismos. Situação cuja gênese é a rejeição de referenciais e limites, que perdem qualquer poder inibitório contra voluntarismos, os quais acabam por pautar a doutrina.

Para se dissimular credibilidade a essa justaposição casuística de dados e argumentos, recorre-se frequentemente ao conceito paradoxal de Direito como Ciência Dogmática. Uma tentativa desesperada de revestir de valor intrínseco uma conclusão autorreferenciada, a qual se chega fazendo de conta que inexiste qualquer argumento que lhe seja contrário, por mais consistente que seja este. Chamando-se de conhecimento científico aquilo que, pelo menos atualmente, não o é, tenta-se transferir a aura de verdade situacional da ciência para a retórica.

Com o objetivo de contribuir para a reversão do procedimento vigente, pretendeu-se conhecer os pressupostos e condicionantes do método científico no intuito de empregá-lo na reconstrução da racionalidade do conhecimento jurídico. Para que esse processo se desse de forma adequada, considerando-se a natureza do próprio Direito e as particularidades de seu conhecimento, buscaram-se referenciais teóricos que fossem aptos a correlacionar valor e fato, teoria e experiência, subjetividade e objetividade, estabilidade e revolução de paradigmas, coerência e inovação. Fez-se um percurso teórico de Miguel Reale [3] a Karl R. Popper [4], conforme será exposto no desenvolvimento deste trabalho. Por meio da crítica e da falseabilidade aplicadas a fato, valor e norma, acredita-se que se possa reconstruir um conhecimento jurídico racional, coerente e consistente com as necessidades de um Estado Democrático de Direito eficiente.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

O principal aporte teórico deste trabalho reside na obra de Miguel Reale: Teoria Tridimensional do Direito – editada pela primeira vez em 1968, na qual o autor demonstra que são múltiplas

> [...] as teorias que põem em relevo a natureza tridimensional da experiência jurídica, nela discriminando três "elementos", "fatores" ou "momentos" (a diversidade dos termos já denota as diferenças de concepção), usualmente indicados pelas palavras fato, valor e norma.[5]

De acordo com Reale, contudo, tal reconhecimento se limita à mera afirmação formal do caráter fático-axiológico-normativo, sem que daí resulte um verdadeiro tratamento

tridimensional do Direito por parte dos seus operadores. De sorte que, apesar de essa noção já estar sedimentada na doutrina, ela ainda não foi capaz de envolver o universo jurídico a ponto de conformar integralmente suas atividades, quer seja a pesquisa , quer seja a aplicação.

Em contraponto a essa concepção meramente abstrata do tridimensionalismo, Reale qualifica sua posição como concreta e dinâmica, sob os argumentos de que:

> a) *Fato, valor* e *norma* estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou o sociólogo do direito, ou pelo jurista como tal, enquanto que, na tridimensionalidade genérica ou abstrata, caberia ao filósofo apenas o estudo do valor, ao sociólogo o do fato e ao jurista o da norma (tridimensionalidade como requisito essencial do direito).
>
> b) A correlação entre aqueles três elementos é de natureza funcional e dialética, dada a "implicação-polaridade" existente entre *fato* e *valor*, de cuja tensão resulta o momento *normativo*, como solução superadora e integrante nos limites circunstanciais de lugar e de tempo (concreção histórica do processo jurídico, numa dialética de implicação complementariedade).[6]

Sua abordagem seria concreta por considerar a realidade fática e o sistema normativo como dimensões condicionantes dos modelos valorativos abstratos subjacentes a qualquer Direito. A dinâmica de sua visão, por sua vez, origina-se no mecanismo de "implicação-polaridade", ou seja, na referida correlação de "natureza funcional e dialética" entre os três elementos: fato, valor e norma, por meio de um processo contínuo de reelaboração de um dos componentes em razão de requisitos dos outros dois fatores a fim de se alcançar coerência e consistência entre os diversos momentos do pensamento jurídico.

Isso não significa, porém, a aceitação de uma "Ciência do Direito" una, proposta nos moldes da *Integrative Jurisprudence,*[7] idealizada por Jerome Hall, mas o emprego de uma abordagem emaranhada no mecanismo implicação-polaridade em qualquer estudo de cunho jurídico, ou seja, Reale não menospreza "âmbitos ou campos distintos de pesquisa, que dão título de autonomia à Sociologia do Direito, à Política do Direito, à Ciência Dogmática do Direito, ou à História do Direito"[8] – aos quais eu ainda acrescentaria a Psicologia Jurídica, a Antropologia Jurídica e a Filosofia Jurídica – mas propõe que desenvolvam sua especialidade sob o paradigma tridimensional.

Reale menciona a coexistência de três esferas de compreensão entrelaçadas, cujo relacionamento interno e interrelacionado ocorre por meio de implicação-polaridade. A primeira esfera circunscreve sujeito e objeto, a segunda engloba teoria e prática e a terceira abarca o valor, o fato e a norma. Considerando-se, portanto, a complexidade do desafio de compreender e articular esses três elementos, a fim de se desenvolver o conhecimento jurídico, e , diante do entendimento de que tanto os valores – por meio da filosofia – como a norma – cujo desenvolvimento culminou na Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen – já foram bastante estudados, decidiu-se dar ênfase à investigação do componente fato.

Em vista dessa decisão, buscou-se um ponto de partida nos estudos acerca do método científico desenvolvido por Thomas S. Kuhn,[9] Paul Feyerabend [10] e Karl Popper [11], epistemólogos com formação em Física. Esses três cientistas de formação, na concepção mais comum do termo – de homens que voltam seus esforços para a compreensão do mundo natural, por meio de técnicas racionais de base empírica – chegaram à filosofia como decorrência de seus questionamentos sobre os pressupostos do estabelecimento da verdade científica e das metodologias de pesquisa nas ciências exatas. No decorrer do trabalho, essa decisão se demonstrou proveitosa, tendo em vista as suas abordagens quanto ao método científico, bastante distintas do ideal positivista do séc. XIX, pela busca de uma verdade objetiva inquestionável. Todos tratam as relações entre sujeito e objeto e entre teoria e prática, por meio de um viés de implicação-polaridade. Consideram, portanto, as influências do valor no âmbito da comunidade científica e na esfera individual do cientista sobre os rumos que a pesquisa pode tomar, assim como analisam o papel dos paradigmas científicos, que, nas palavras de Kuhn, têm:

> [...] dois sentidos diferentes. De um lado, indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas etc., partilhada pelos membros de uma comunidade determinada. De outro, denota um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebra–cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra–cabeças da ciência normal.[12]

Pode-se verificar, portanto, que o paradigma científico, mesmo aquele tipo que pretende ser o mais objetivo possível (explicar um fato da natureza), também é correlacionado a valores e a soluções de quebra-cabeças (norma), no mesmo esquema de implicação-polaridade indicado por Reale. Considerando-se, portanto, a similaridade entre os elementos de correlação, conclui-se que a compreensão do método científico pode contribuir para o desenvolvimento da metodologia da pesquisa jurídica, sem perder de vista, contudo, que, enquanto a ciência articula valor, fato e norma com o objetivo de compreender a natureza das coisas, o conhecimento jurídico os articula para compreender (de forma imediata) e organizar (de forma mediata, pela via do Direito) o ambiente social. Para a ciência, a ênfase é no fato, para o Direito, destaca-se a norma.

A busca pelo conhecimento é um empreendimento por meio do qual se procura compreender o mundo, concebendo-o em bases racionais. Disso decorre a formulação de perguntas sobre sua conformação e a tentativa de respondê-las, o que implica "determinação do fato significativo, harmonização dos fatos com a teoria e articulação da teoria." [13] Kuhn rotula tais momentos de problemas e ressalta que: "Os paradigmas adquirem seu *status* porque são mais bem-sucedidos que seus competidores na resolução de alguns problemas que o grupo de cientistas reconhece como graves." [14] Mas, ao mesmo tempo em que eles orientam a busca de solução para os problemas, eles são testados quanto à sua adequação para resolvê-los.

A confiança em um paradigma origina o que vem a se denominar ciência normal.

> De início, o sucesso de um paradigma [...] é, a princípio, em grande parte, uma promessa de sucesso que pode ser descoberta em exemplos selecionados e ainda incompletos. A ciência normal consiste na atualização dessa promessa, atualização que se obtém ampliando-se o conhecimento daqueles fatos que o paradigma apresenta como particularmente relevantes, aumentando-se a correlação entre esses fatos e as predições do paradigma e articulando-se ainda mais o próprio paradigma.[15]

Pode-se perceber daí, mais uma vez, uma correlação do tipo implicação-polaridade. Dentro dessa perspectiva, podem-se apontar as diversas escolas hermenêuticas que surgiram no decorrer da história como o equivalente jurídico dos paradigmas, enquanto a ciência normal equivaleria à pesquisa jurídica realizada sob os pressupostos de uma dessas escolas. Ocorre que a confiança em um paradigma, ou seja, a adequação do pesquisador à prática da ciência normal provoca dois efeitos opostos, sendo o primeiro o de restringir drasticamente sua visão[16] e o segundo o de forçá-lo "a investigar alguma parcela da natureza com uma profundidade e de uma maneira tão detalhada que de outro modo seria inimaginável." [17]

As revoluções científicas, por sua vez, são: "episódios de desenvolvimento não cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior." [18] No entanto, "[...] ser bem-sucedido não significa nem ser totalmente bem-sucedido com um único problema, nem notavelmente bem-sucedido com um grande número." [19] E isso é mais evidente na área jurídica do que na área científica, pois, na ciência, a formação se dá por meio de manuais baseados no paradigma atual, que, por óbvio, não questionam seus antecedentes nem suas lacunas, enquanto, no Direito, se tem muito mais acesso a visões divergentes, por meio de leituras paralelas, o que acaba resultando na coexistência de correntes de pensamento controvertidas, ainda que sob o domínio de uma corrente majoritária.

Percebe-se, portanto, que, do mesmo modo que, na ciência, enquanto os instrumentos são adequados, recorre-se a uma escola hermenêutica em particular. Nos momentos de crise, porém, quando os instrumentos disponíveis falham, busca-se a mudança de paradigma e, nesse sentido, apela-se frequentemente à filosofia e a várias escolas hermenêuticas de forma casuística.

A crise indica que é chegado um momento de renovação. Ocorre que cientistas e juristas,

> [...] mesmo quando se defrontam com anomalias prolongadas e graves [...] não renunciam ao paradigma que os conduziu à crise. Por outra: não tratam as anomalias como contra-exemplos do paradigma [...] uma teoria científica, após ter atingido o status de paradigma, somente é considerada inválida quando existe uma alternativa disponível para substituí-la.
>
> Decidir rejeitar um paradigma é sempre decidir simultaneamente aceitar outro e o juízo que conduz a essa decisão envolve a comparação de ambos os paradigmas com a natureza, bem como sua comparação mútua.[20]

Características de ordem subjetiva são determinantes na decisão de se aderir a um novo paradigma. Há que se considerar o investimento pessoal prévio que cada indivíduo já fez em torno do paradigma que defende. Ademais, na circunstância de coexistência de paradigmas (situação comum no mundo jurídico), há que se compreender também que cada um desses universos hermenêuticos representa um mundo distinto. E por "[...] exercerem sua profissão em mundos diferentes, [...] grupos de cientistas veem coisas diferentes quando olham de um mesmo ponto para uma mesma direção." [21], o que provoca o nascimento de diferentes correntes de pensamento e, às vezes, de ideologia.

Em suma: 1) o desenvolvimento de um método de pesquisa – a construção de instrumentos adequados à solução dos problemas de pesquisa e a sua articulação eficiente – depende das possibilidades do paradigma atual; 2) o paradigma, por sua vez, é consequência tanto de fatores objetivos (capacidade objetiva de solucionar problemas significativos), quanto de questões subjetivas (adequação aos valores dos pesquisadores) em um esquema de implicação-polaridade; e 3) no mundo jurídico, tal desafio se torna ainda mais complexo em virtude da coexistência de diferentes paradigmas.

Paul Feyerabend corrobora a visão de Kuhn no que concerne às influências da subjetividade e dos paradigmas no desenvolvimento da pesquisa científica, ou seja, reconhece-lhe o caráter de produto de circunstâncias pessoais e históricas. No entanto, além de analisar os condicionantes da ciência, Feyerabend empreende uma tentativa de elaboração de alguns parâmetros que possam auxiliar a definir alguma metodologia de pesquisa eficaz, que não seja pura perda de tempo, que, apesar de impregnada por idiossincrasias, seja capaz de reduzir as influências da ideologia, que é conformada por "[...] pressupostos abstratos e altamente duvidosos que moldam nossa visão do mundo sem serem acessíveis a uma crítica direta." [22] E para os quais "Usualmente, não estamos sequer conscientes [...] e percebemos seus efeitos apenas quando deparamos com uma cosmologia inteiramente distinta: preconceitos são descobertos por contraste, e não por análise." [23] O que nos leva a considerar que "[...] uma teoria poderá conflitar com a evidência não porque não seja correta, mas porque a evidência está contaminada." [24]

Ao mesmo tempo, tal metodologia deverá ser flexível, pois

> A ideia de um método que contenha princípios firmes, imutáveis e absolutamente obrigatórios para conduzir os negócios da ciência depara com considerável dificuldade quando confrontada com os resultados da pesquisa histórica. [25]

Sendo que:

> [...] há circunstâncias em que é aconselhável introduzir, elaborar e defender hipótese ad hoc, ou hipóteses que contradizem resultados experimentais bem estabelecidos e em geral aceitos, ou hipóteses cujo conteúdo é menor que o conteúdo de uma alternativa existente e empiricamente adequada, ou hipóteses inconsistentes, e assim por diante. [26]

Em resposta a esses desafios, Feyerabend propõe adotar uma metodologia "pluralista" [27], apta a promover a competição entre ideias invocadas para a solução de um problema, pois:

> o conhecimento não é uma série de teorias

> autoconscientes que converge para uma concepção ideal; não é uma aproximação gradual à verdade. É, antes, um sempre crescente oceano de alternativas mutuamente incompatíveis, no qual cada teoria, cada conto de fadas e cada mito que faz parte da coleção força os outros a uma articulação maior, todos contribuindo, mediante esse processo de competição, para o desenvolvimento de nossa consciência. [28]

Competição cuja ideia vencedora seria determinada por um "juiz", representado por um padrão externo de crítica, que, no campo do conhecimento jurídico, seria representado pela concepção positiva ou empírica de valor aventada por Reale, resultante da "valoração efetiva, determinante de soluções pragmático-normativas, isto é, de sistemas de modelos destinados a disciplinarem classes de comportamentos futuros, segundo as diversas circunstâncias de lugar e de tempo", [29] e no Direito tal função deve recair, certamente, sobre a norma, ou seja, a pesquisa jurídica tem de proporcionar a correlação efetiva entre soluções pragmático-normativas e objetivos, tem de ser capaz de unir teoria e prática.

Feyerabend propõe, então, que se empreguem argumentos contraindutivos a fim de se poder verificar o grau de correspondência entre objetivos e soluções pragmático-normativas. "Virando o argumento ao contrário, primeiro asseveramos [...]" [30] nossa teoria "[...] e depois inquirimos que mudanças eliminarão [...]" as contradições entre o destino e o caminho que se deverá percorrer para alcançá-lo. Em suma, deve-se questionar se o fato é realmente consequência da causa pressuposta ou se haveria outras causas que, mesmo não sendo suficientes, seriam necessárias à consequência.

Teoria e prática: fato, valor e norma devem ser confrontados uns com os outros continuamente, pois "A experiência surge com pressupostos teóricos, e não antes deles, e uma experiência sem teoria é tão incompreensível quanto o é (presumidamente) uma teoria sem experiência [...]" [31]. Fato, valor e norma devem ser compreendidos, concomitantemente, como pressuposto e produto da teoria e da experiência, ao mesmo tempo. A atitude do pesquisador deve ser a de "[...] manter suas noções-chave vagas e incompletas até que a informação correta apareça, isto é, até que um estudo de campo forneça os elementos faltantes, os quais, tomados em si mesmos, são tão obscuros quanto os elementos já descobertos." [32] Implica dizer que o pesquisador não se deixe tomar por dogmas teóricos, procurando manter-se sempre atento às imposições da realidade que o envolve. Um pesquisador deve guiar-se pelo corolário de que "[...] razão e prática não são dois tipos diferentes de entidade, mas partes de um único processo dialético", [33] e que "[...] a razão sem a orientação de uma prática vai induzir-nos ao erro, ao passo que uma prática é grandemente aperfeiçoada pelo acréscimo da razão." [34]

> O que é chamado "razão" e "prática" são, portanto, dois tipos diferentes de prática, a diferença sendo que uma delas exibe claramente alguns aspectos formais simples que podem facilmente ser apresentados, fazendo assim que esqueçamos as propriedades complexas e praticamente não compreendidas que garantem essa simplicidade e apresentabilidade, ao passo que a outra afoga os aspectos formais sob grande variedade de propriedades acidentais. [35]

As inadequações da linguagem também assumem relevo nos estudos de Feyerabend e suas elaborações em torno dessa questão explicitam ainda mais as dificuldades causadas pelo elemento subjetivo ao desenvolvimento científico. Ao considerar as diferenças de interpretação e de expressão de um mesmo fato por diferentes pesquisadores, ele aponta que "A linguagem na qual expressamos nossas observações talvez tenha também de ser revista, de modo que a nova cosmologia receba uma chance justa e não seja colocada em perigo por uma colaboração não percebida de sensações e ideias mais antigas." [36] Há que se buscar, portanto, aperfeiçoar a linguagem do conhecimento jurídico, no intuito de torná-la mais clara e precisa, considerando-se, evidentemente, os limites impostos pelos condicionantes práticos da pesquisa, a fim de evitar interpretações não apenas divergentes, mas opostas, como só ocorrer, e que acabam por provocar uma arbitragem calcada primordialmente no poder, em detrimento do padrão externo de crítica fundado no valor.

O pensamento de Popper, por sua vez, funciona, simultaneamente, como contraponto e como complemento aos pressupostos de Kuhn e de Feyerabend, na prescrição de um sistema concreto. De acordo com Popper:

> [...] o conhecimento não começa de percepções ou observações ou de coleção de fatos ou números, porém, começa, mais propriamente, de problemas. Poder-se-ia dizer: não há nenhum conhecimento sem problemas; mas, também, não há nenhum problema sem conhecimento. Mas isto significa que o conhecimento começa da tensão entre conhecimento e ignorância. Portanto, poderíamos dizer que, não há nenhum problema sem conhecimento; mas, também, não há nenhum problema sem ignorância. Pois cada problema surge da descoberta de que algo não está em ordem com nosso suposto conhecimento; ou, examinado logicamente, da descoberta de uma contradição interna entre nosso suposto conhecimento e os fatos [...] [37]

Para ele, conhecimento e ignorância são, portanto, as duas faces de um problema que é a situação que induz os cientistas a empregarem seus métodos de pesquisa a fim de elaborarem novos supostos conhecimentos no intuito de sanarem a contradição entre o suposto conhecimento anterior e os fatos. A ignorância induz a busca por novos conhecimentos, e os novos conhecimentos permitem perceber novas ignorâncias. É por meio desse ciclo e dessa consciência de que se pode chegar a conhecer, mesmo sendo um ignorante, que Popper fundamenta seu sistema na crítica, e não na prova, pois esta é circunstancial: o que hoje é verdade, amanhã poderá não ser; certezas tornam-se dúvidas, mas a crítica é evolutiva, fundamentada sempre no que houver de mais atual. O autor não propõe um guia para resolver problemas, mas um meio de identificar as propostas inapropriadas. Por isso atraiu as críticas de Kuhn e Feyerabend, que deram maior relevância à criação de alternativas e não à possibilidade de verificação de que certas possibilidades de resposta não demonstram viabilidade diante da lógica ou da observação, ou pelo menos não no momento da análise, o que pode vir a induzir a sua reelaboração e o seu fortalecimento.

Essa abordagem, ao mesmo tempo que permite a cada pesquisador abordar as questões que lhe interessam

da maneira que sua subjetividade considera apropriada (portanto, corrobora a liberdade defendida por Feyerabend), incentiva o culto dos pesquisadores a outros valores além da verdade, tais como:

> Relevância, interesse e significância (a significação de declarações relativas a uma situação problemática puramente científica), [que] são, igualmente valores científicos de primeira ordem; e isto é também verdadeiro acerca de valores como fecundidade, força explicativa, simplicidade e precisão. [38]

Proposição e crítica conformam um sistema binário em que as propostas originam as críticas e as críticas aperfeiçoam as propostas, que originam novas críticas, e assim se avança sucessivamente, por meio da reconstrução continuada do sistema, resultante de um processo lógico-observacional. Se a solução proposta de um problema elimina a contradição interna anteriormente existente, o conhecimento se aproxima da verdade. Seu conceito de verdade não trata de algo absoluto, mas de uma verdade objetiva, fundamentada na lógica situacional, cujo método "[...] consiste em analisar suficientemente a situação social dos homens ativos para explicar a ação com a ajuda da situação, sem outra ajuda maior da psicologia[...]"[39], correlacionando "[...] um mundo físico no qual agimos [...] um mundo social [...] e, [...] além de tudo, as instituições sociais." [40]

Tal verdade é enunciada, portanto, em consonância com o que se conhece até o momento de enunciá-la e, ao mesmo tempo que serve de padrão externo de crítica, transforma-se por meio da crítica:

> A importante ideia metodológica que podemos aprender de nossos erros não pode ser entendida sem a ideia reguladora da verdade; qualquer erro simplesmente consiste em um fracasso em viver de acordo com o padrão da verdade objetiva que é nossa ideia reguladora. Denominamos 'verdadeira' uma proposição, se ela corresponde aos fatos, ou se as coisas são como as descritas pela proposição.[41]

À verdade, conforme Popper – e contrariando Feyerabend, chega-se por aproximação: "[...] o conceito lógico de aproximação da verdade é indispensável para uma ciência social que usa o método da análise situacional. Sobretudo é racional, empiricamente criticável e capaz de melhorias", [42] e "Embora cada enunciado seja simplesmente verdadeiro ou falso, um enunciado pode representar uma melhor aproximação da verdade do que um outro enunciado." [43]

À crítica, fundamentada na lógica, cabe o aperfeiçoamento material e formal das propostas de solução de problemas, assim como o teste de validade das teorias. "Os únicos resultados [...] considerados como sustentadores da teoria serão os fracassos das tentativas interessantes para refutá-la; fracassos em encontrar contra-exemplos onde tais contra-exemplos seriam mais esperados, à luz da melhor das teorias concorrentes." [44]

Popper consegue, dessa forma, articular os condicionantes subjetivos e ambientais da pesquisa a um processo de validação que promove a objetividade, tendo em vista que qualquer proposta de solução de problemas deverá ser submetida a escrutínio rigoroso, de tipo hostil-amistoso, o que forçará os pesquisadores a abandonarem as proposições com base no senso comum predominante em seu " 'HABITAT' social ou ideológico".[45]

Cabe ressaltar que diferentemente da objetividade positivista, calcada na negação da subjetividade, a objetividade popperiana suplanta a individualidade dos pesquisadores. Ela é "[...] o resultado social de uma crítica recíproca, da divisão hostil-amistosa de trabalho entre cientistas, ou sua cooperação e também sua competição" [46] dentro das condições da "[...] instituição social (por exemplo, a publicação em vários jornais concorrentes e através de vários editores concorrentes; discussão em congressos)" e do "poder do Estado (sua tolerância com o debate livre)." [47]

Acentue-se que:

> Não se pode distinguir verdade de falsidade, não se pode distinguir uma resposta adequada a um problema de uma irrelevante, não se pode distinguir boas de más ideias, não se pode avaliar criticamente as ideias, sem que sejam todas apresentadas com clareza suficiente. [48]

Devendo-se, portanto, prezar pela precisão, pela civilidade e pela simplicidade linguística quando se enunciar conhecimento.

Pode-se resumir a metodologia popperiana por meio dos seguintes corolários:

> a) O método das ciências sociais [...] consiste em experimentar possíveis soluções para certos problemas [...]
>
> As soluções são propostas e criticadas. Se uma solução não está aberta a uma crítica pertinente, então é excluída como não científica, embora talvez apenas temporariamente.
>
> b) Se a solução tentada está aberta a críticas pertinentes, então tentamos refutá-la [...]
>
> c) Se uma solução tentada é refutada por meio do nosso criticismo, fazemos outra tentativa.
>
> d) Se ela resiste à crítica, aceitamo-la temporariamente; e a aceitamos, acima de tudo, como digna de ser discutida e criticada mais além.
>
> e) Portanto, o método da ciência consiste em tentativas experimentais para resolver nossos problemas por conjecturas que são controladas por severa crítica. É um desenvolvimento crítico consciente do método de 'ensaio e erro'.
>
> f) A assim chamada objetividade da ciência repousa na objetividade do método crítico. Isto significa, acima de tudo, que nenhuma teoria está isenta do ataque da crítica; mais ainda, que o instrumento principal da crítica lógica – a contradição lógica – é objetivo. [49]

Miguel Reale, Thomas Kuhn, Paul Feyerabend e Karl R. Popper são, portanto, o solo teórico desse trabalho.

3 METODOLOGIA DA PESQUISA

A metodologia de pesquisa consistiu-se na análise das referências bibliográficas e na comparação de seus pressupostos aos dados obtidos por meio da observação. Tais observações, descritas na introdução deste artigo, não foram sistematizadas,

porém se considera que sejam adequadas aos limites propostos no presente estudo, apto a ser submetido às críticas iniciais inerentes à própria metodologia de pesquisa proposta.

A análise foi desenvolvida por meio da lógica situacional, articulando-se as características do conhecimento jurídico impostas pela natureza tridimensional do Direito e as características do próprio conhecimento científico. Dessa forma, pretendeu-se identificar os métodos científicos apropriados às necessidades da pesquisa jurídica no intuito de sistematizá-la, tornando seus resultados menos subjetivos e ideológicos.

Durante o processo de pesquisa, desde seu início, e corroborando-se a ideia de Feyerabend acerca do papel da intuição, empregou-se parâmetros que irromperam da bibliografia, como a contraindução e a crítica embasada na lógica situacional.

4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

Analisando-se as teses expostas pelos aportes teóricos desse trabalho, constatou-se que teoria e prática, razão e empirismo, subjetividade e objetividade não devem ser pensadas como entidades distintas, contrapostas umas às outras, pois são apenas aspectos de um único processo dialético de articulação dos três elementos constitutivos do Direito – fato, valor e norma. Essa nova consciência torna mais concreto o Direito e cria a possibilidade de desenvolver a pesquisa jurídica de modo mais objetivo. Por outro lado, a subjetividade, fonte das alternativas de solução para os problemas suscitados conforme o estoque de conhecimento atual, passa a merecer a devida consideração.

Evidencia-se, assim, a necessidade de se construir uma prática pluralista de pesquisa, capaz de suportar as idiossincrasias individuais sem que se perca a possibilidade de que, com o tempo e com base em argumentos racionais, as propostas alternativas para solucionar determinado problema possam vir a convergir quanto à correspondência aos fatos, ou que se possa angariar razões suficientes para que uma delas possa ser eleita, mesmo que circunstancialmente, como a mais adequada. Com esse intuito, muda-se o foco da metodologia: que, em vez de concentrar-se no procedimento de elaboração de propostas de solução de problema, passa a dedicar-se à avaliação de em que grau a referida proposta condiz com a realidade, ao mesmo tempo que se averigua os meios de aumentar progressivamente esse grau de correspondência.

Acrescenta-se, então, a crítica aos processos pré-existentes de elaboração de propostas de solução de problemas. Fundamentada na lógica situacional, ela passa a conformar um elemento externo e flexível de verificação de consonância das pesquisas com a realidade. Sua aplicação auxilia a avaliação dos aspectos de relevância, interesse e significância de um problema, assim como a clareza, a fecundidade, a força explicativa, a simplicidade e a precisão da solução que lhe é proposta. O que se propõe, de fato, é que a crítica, em razão de uma aplicação hostil-amistosa, e por constituir, junto às propostas de solução, em si, um processo dialético continuado, venha a conformar um novo método de produção do conhecimento jurídico.

Ressalta-se, contudo, que a viabilidade desse método está condicionada (i) a um ambiente que estimule o amplo debate e (ii) à formação de uma nova mentalidade por parte dos pesquisadores jurídicos, a fim de que reconheçam a ignorância como algo tão relevante quanto ao conhecimento.

Conhecimento jurídico e conhecimento científico são distintos. A ideia de Ciência Dogmática, em si mesma, é um contrassenso. O apego ao dogmatismo inviabiliza a inovação. Ademais, a atuação do poder na seara jurídica é muito mais institucionalizada do que no campo científico. As inconsistências no conhecimento são a razão da ciência, a discussão racional em torno de suas alternativas explicativas é a praxe. As inconsistências jurídicas, por outro lado, frequentemente são escamoteadas pelo recurso ao mero argumento de autoridade dos tribunais ou das correntes doutrinárias majoritárias do momento, afinal de contas, antecedente judicial e doutrina pautam as petições aos tribunais.

5 CONCLUSÃO

Verificou-se que um método moderno de construção do conhecimento científico pode ser apropriado pela pesquisa jurídica de modo a se poder mudar essa tendência em prol de um sistema mais consistente e coerente. Não se nega a possibilidade de inovação ao jurista, da mesma forma como o cientista aperfeiçoa o entendimento dos fatos naturais enquanto pratica a ciência normal.

Espera-se que a aplicação continuada desse método de crítica lógico-situacional seja capaz de remover o máximo possível da crosta ideológica que reveste as ideias no ambiente jurídico. As opiniões que não podem ser racionalmente criticadas devem ser excluídas do universo jurídico, visto que autoritárias e impróprias a organizar eficientemente os fatos sociais ou a servir como fundamento à arbitragem dos conflitos.

REFERÊNCIAS

FEYERABEND, Paul. **Contra o método.** 2. ed. São Paulo: Unesp, 2011.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** 10. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

POPPER, Karl R. **Lógica das ciências sociais.** 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito:** preliminares históricas e sistemáticas. 3. ed. rev. at. São Paulo: Saraiva, 1980.

RODRIGUES, Horácio W.; GRUBBA, Leilane S. Epistemologia Jurídica: diálogo cruzado entre o empirismo baconiano e o racionalismo cartesiano. **Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano XI, n.15, 2013. (no prelo)

(Endnotes)

1 RODRIGUES, Horácio W.; GRUBBA, Leilane S. Epistemologia Jurídica: diálogo cruzado entre o empirismo baconiano e o racionalismo cartesiano. **Opinião Jurídica**, Fortaleza, n.15, 2013. (no prelo)
2 POPPER, Karl R. **Lógica das ciências sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004. p. 32
3 REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito:** preliminares históricas e sistemáticas. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1980.
4 POPPER, op. cit.
5 REALE, op. cit., p.23.

6 Idem, ibidem, p.57.
7 Ressalva feita por REALE, ibidem, p.55.
8 Idem, ibidem, p. 55.
9 KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 10. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.
10 FEYERABEND, Paul. **Contra o método.** 2. ed. São Paulo: Unesp, 2011.
11 POPPER, op. cit.
12 KUHN, op. cit., p. 220.
13 Idem, ibidem, p. 55.
14 Idem, ibidem, p. 44.
15 Idem, ibidem.
16 Idem, ibidem, p. 45.
17 Idem, ibidem.
18 Idem, ibidem, p. 125.
19 Idem, ibidem, p. 44.
20 Idem, ibidem, pp. 107 e 108.
21 Idem, ibidem, p. 192.
22 FEYERABEND, op. cit., p. 45.
23 Idem, ibidem.
24 Idem, ibidem, p.46.
25 Idem, ibidem, p. 37.
26 Idem, ibidem, p. 38.
27 Idem, ibidem, p. 44.
28 Idem, ibidem.
29 REALE, op. cit., p.13.
30 FEYERABEND, op. cit., p. 93.
31 Idem, ibidem, p. 198.
32 Idem, ibidem, p. 244.
33 Idem, ibidem, p. 284.
34 Idem, ibidem.
35 Idem, ibidem, p. 285.
36 POPPER, op. cit., p. 151.
37 Idem, ibidem. p. 14.
38 Idem, ibidem. p. 24.
39 Idem, ibidem. p. 32.
40 Idem, ibidem.
41 Idem, ibidem. p. 27.
42 Idem, ibidem. p. 32.
43 Idem, ibidem. p. 29.
44 Idem, ibidem. p. 60.
45 Idem, ibidem. p. 23.
46 Idem, ibidem.
47 Idem, ibidem.
48 Idem. Ibidem. p. 41.
49 Idem. Ibidem. p. 16.

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O CASO DE MAYARA PETRUSO

Glícia Magalhães Gomes3[*], autor
*Prof. Antônio Torquilho Praxedes[1**], prof. Orientador*

SUMÁRIO: RESUMO; 1 INTRODUÇÃO; 2 REFERENCIAL TEÓRICO; 2.1 ORDENAMENTO JURÍDICO COMO SISTEMA; 2.2 DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS; 2.3 APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NO CASO MAYARA PETRUSO; 3 METODOLOGIA DA PESQUISA; 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS; 5 CONCLUSÃO; 6 REFERÊNCIAS.

RESUMO

O ordenamento jurídico é considerado como um sistema por Norberto Bobbio (2011), no qual as normas jurídicas que o compõem estão ordenadas entre si, ou seja, um complementa o outro. Nesse sistema, portanto, é necessário que haja coerência entre o conjunto de entes que estão dentro dele. Desse modo, é importante que não haja conflito entre as normas jurídicas. Entretanto, muitas vezes, a aplicação do Direito pode ensejar a dúvida quanto às antinomias existentes entre certas normas jurídicas, como se pode constatar por meio da análise do caso de Mayara Petruso. Para se constatar se houve tal conflito, estudou-se a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, para solucionar essa possível colisão, equilibrando os direitos conflitantes de forma que um não fosse considerado mais privilegiado que o outro, visto que não há hierarquia entre eles. O objetivo do presente artigo é analisar o caso de Mayara e de que forma a proporcionalidade foi utilizada nesse caso. A metodologia utilizada neste trabalho foi a exploratória. O principal resultado alcançado foi a forma como esse princípio foi utilizado no caso concreto e quais os seus efeitos sobre esse conflito entre direitos. A conclusão é que, mesmo o ordenamento jurídico sendo um sistema, podem ocorrer conflitos entre as normas que o compõem, e uma das formas de resolver esses conflitos é o princípio da proporcionalidade.

Palavras–chave: Princípio da proporcionalidade. Antinomias. Direitos fundamentais. Liberdade de expressão. Direito à honra.

3 [*]Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Christus. Concluiu o Grupo de Estudo "Direito à educação e à proteção da criança em estado de vulnerabilidade." Concluindo o programa de monitoria da disciplina "Teoria Geral do Direito", orientada pelo professor Antônio Torquilho. E-mail: glicia_magalhaes@hotmail.com.

[**] Mestre em Ciências Jurídico-Comunitárias pela Universidade de Coimbra (2005). Professor de Direito do Centro Universitário Christus. Professor responsável pelo Grupo de Estudo "Direito à educação e à proteção da criança em estado de vulnerabilidade." E-mail: antoniotorquilho@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar o princípio da proporcionalidade no caso da Mayara Petruso. Esse princípio é considerado como uma garantia fundamental, embora não esteja previsto na Constituição Federal de forma explícita, cuja finalidade é solucionar conflitos entre normas, buscando harmonizá-las e equilibrá-las.

Claudemir Lopes Bozzi e Roberto de Paula (2010) afirmam que, por meio da interpretação dos princípios fundamentais em conflito, a proporcionalidade será usada para harmonizá-los. Esses dois autores estabeleceram que:

> No exercício juízo interpretativo, destaca-se o princípio da proporcionalidade, que estabelece a coordenação e combinação dos interesses juridicamente protegidos e que estão em posição de conflito ou em concorrência, cabendo, assim, ao intérprete evitar o sacrifício total de um interesse em relação a outro, tentando a harmonização prática ou o menor sacrifício para o outro interesse. BOZZI E DE PAULA (2010), p. 12.

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade não busca beneficiar somente um dos direitos conflitantes, mas harmonizá-los de forma que não haja hierarquia entre eles, ou seja, entre esses direitos, não há um que seja superior ao outro ou mais importante, os dois devem estar no mesmo patamar de igualdade.

Será explicado, no presente artigo, como o princípio da proporcionalidade foi utilizado no caso de Mayara Petruso, no qual ocorreu um conflito entre o princípio fundamental da liberdade de expressão e o da proteção à honra, previstos no art. 5º da Constituição Federal de 1988.

O princípio da proporcionalidade é considerado um direito fundamental no contexto do Estado Democrático de Direito, visto que é inútil se pensar na ideia de proporção e equilíbrio em um estado autoritário e totalitário, pois, como dizem Claudemir Lopes Bozzi e Roberto de Paula (2010), a característica sectária nesse estado se dá em virtude da ausência de ponderação, sopesamento e adequação das medidas expostas e impostas nas soluções de conflitos.

O presente trabalho é uma pesquisa baseada nas obras de Claudemir Lopes Bozzi e Roberto de Paula (2010), Norberto Bobbio (2011), George Marmelstein (2009), Helena Nunes Campos (2004), entre outros autores.

O foco do presente artigo é o princípio da proporcionalidade, será explicado como ele é utilizado no caso concreto e qual a sua finalidade. O caso concreto tido como exemplo nesse trabalho é o de Mayara Petruso, no qual foi utilizado o princípio da proporcionalidade.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Ordenamento jurídico como sistema

Segundo Norberto Bobbio (2011, p. 79), sistema é "uma totalidade ordenada, isto é, um conjunto de entes, dentre os quais, existe uma certa ordem". Portanto, dentro de um sistema, é necessário que haja uma coerência entre os seus elementos. Para que um ordenamento jurídico seja considerado um sistema, é necessário que não haja contradição entre as normas. As características necessárias do sistema normativo que buscam promover a ordem são a coerência, a integração e a interdependência que devem existir entre as normas, dessa forma, esses entes que compõem o ordenamento jurídico não devem ser interpretados e

estudados de maneira isolada, mas devem ser consideradas também as demais normas que integram esse sistema, pois estão dentro de uma totalidade ordenada.

Kelsen (1998, p. 50) diferencia dois tipos de sistemas normativos: o estático e o dinâmico. O primeiro diz respeito ao sistema de normas no qual elas estão ligadas entre si em relação ao conteúdo de uma norma geral; há uma hierarquia entre essas normas, na qual aquela superior determina o conteúdo das normas específicas – como ocorrem nos ordenamentos morais. O segundo é aquele no qual as normas estão ligadas entre si por meio da autoridade que as positivou; assim, existem normas hierarquicamente superiores que definem o funcionamento das normas inferiores dentro do sistema, estabelecendo critérios de validade para que elas sejam consideradas aplicáveis. Para Kelsen (1998, p. 50), os ordenamentos jurídicos são sistemas dinâmicos, pois as normas que a integram derivam de uma norma fundamental que serve como garantia de unidade a todas as demais, ocupando a posição mais elevada em uma hierarquia de normas. Portanto, para que o ordenamento jurídico seja considerado um sistema, é necessário que as normas estejam em relação de coerência entre si e com a norma fundamental. Entretanto, às vezes, pode ocorrer de duas normas serem incompatíveis, nesse caso, é necessário que uma delas ou ambas sejam eliminadas. O sistema normativo, portanto, visa à exclusão das contradições que aparecerem entre as normas, proporcionando, assim, uma ordem entre elas. Quando há incompatibilidade entre duas normas, pode-se dizer que ocorreu uma antinomia. Conforme Norberto Bobbio:

> Para que ocorra a antinomia, são necessárias duas condições que, porquanto óbvias, devem, contudo, ser explicitadas: 1) As duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento. [...] 2) As duas normas devem ter o mesmo âmbito de validade. [...] podemos definir a antinomia jurídica como aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e com o mesmo âmbito de validade. (BOBBIO, 2011, p. 92, 93).

Segundo Alf Ross (2000), as antinomias incidentes sobre as regras jurídicas podem ser de três tipos: total–total, total–parcial e parcial-parcial. Essa classificação parte da análise – efetuada pelo intérprete do ordenamento -, que avalie se essas normas têm o mesmo âmbito de validade (pessoal, espacial, temporal e sobre o objeto regulado), com comandos contraditórios. Norberto Bobbio (2011) elenca, além desses definidos por Ross, outros significados de antinomias, dentre eles, as antinomias de princípio, nas quais duas normas de valores entram em contradição, como os valores da liberdade e da segurança:

> No sentido de que a garantia da liberdade geralmente prejudica a da segurança, e a garantia da segurança tende a restringir a liberdade; em consequência, um ordenamento que se inspire em ambos os valores, diz-se que repousa sobre princípios antinômicos. (BOBBIO, 2011, p. 94, 95).

Relativamente ao conflito entre regras jurídicas, Norberto Bobbio (2011) indica que existem três regras gerais fundamentais que visam a solucionar os problemas das antinomias que são os critérios cronológico, hierárquico e da especialidade. No primeiro critério, ante o choque entre regras, o aplicador do Direito deverá optar pela regra posterior – revelando-se o conflito de regras jurídicas no tempo, no qual a regra anterior é revogada. No segundo, a solução para a antinomia encontra-se no fato de que o conteúdo da norma hierarquicamente superior – que pertença ao âmbito das normas constitucionais, por exemplo – deve ser preferido ao das normas inferiores, para garantir a unidade e o funcionamento sistêmico do ordenamento jurídico. Finalmente, o terceiro critério indica ao hermeneuta que uma norma especial prevalece sobre uma norma geral, já que a primeira estabelece especificidades à regra geral, regulando casos de exceção ou de particularidades de um determinado instituto jurídico, sem que seja eliminada a norma geral. Note-se que esses critérios foram incorporados pela Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 (LICC) – hoje Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

2.2 Direitos humanos e fundamentais

De acordo com George Marmelstein,

> Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico. (MARMELSTEIN, 2009, p. 20).

George Marmelstein (2009) destaca que reconhecer que os direitos fundamentais têm importância axiológica com capacidade de fundamentar e legitimar todo o ordenamento jurídico implica reconhecer que "esses direitos representam um "sistema de valores" com força suficiente para afetar a interpretação de qualquer norma jurídica". Os valores contidos nesses direitos podem ser considerados conflitantes, pois estão inseridos em uma sociedade pluralista e democrática na qual deve ser respeitada a diversidade ideológica, de forma que os interesses de todos os grupos sociais sejam respeitados e tratados de maneira igualitária. O exemplo dado por George Marmelstein (2009), que é também o assunto do qual iremos tratar ao longo deste artigo, é o da colisão de direitos, caso em que o jurista deverá utilizar a ponderação garantida pelo princípio da proporcionalidade. Para saber se determinado direito é ou não fundamental, basta verificar se ele possui uma proteção especial fornecida pela Constituição, de forma implícita ou explícita. George Marmelstein (2009) diferencia direitos do homem de direitos fundamentais, dizendo que os primeiros são valores ético-políticos que ainda não foram positivados, ou seja, estão em um estágio pré-positivo, e os segundos são direitos do homem já positivados.

George Marmelstein (2009) explica a evolução dos direitos fundamentais a partir da ideia desenvolvida por Karel Vasak, um jurista theco, que ficou conhecida como "teoria das gerações dos direitos". Essa teoria sustentava que os direitos fundamentais estariam divididos em três gerações. A primeira geração seria a dos direitos civis e políticos, baseados na liberdade e tiveram origem com as revoluções burguesas; a segunda geração seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, fundamentados na igualdade e originados pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais causados por

ela; e a terceira geração seria a dos direitos de solidariedade, especialmente o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, baseados na fraternidade que se fortaleceu após a Segunda Guerra Mundial, especificamente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948.

2.3 Princípio da proporcionalidade no caso Mayara Petruso

Claudemir Lopes Bozzi e Roberto de Paula (2010) [2] dizem que existem três fases que caracterizam a formação da ideia de normatização dos princípios. Na primeira fase, na jusnaturalista, os princípios eram considerados como mero reconhecimento de uma dimensão valorativa correspondente ao conceito de justiça e calcados em uma esfera abstrata e ideal, não adentrando na esfera do mundo do ser, excluindo, dessa forma, a normatividade desses princípios. A segunda fase, concedida no positivismo, tem como característica principal a não consideração dos princípios como sendo ideias ou ideais, mas passam a serem inseridos nos códigos, como fontes normativas subsidiárias. A terceira e última fase é formada no pós-positivismo jurídico e defende que os princípios, entendidos em sua dimensão normativa, são dotados de eficácia formal e material. Claudemir Lopes Bozzi e Roberto de Paula falam em sua obra que,

> Na perspectiva pós-positivista, a aplicação do direito ao caso concreto deixa de ser estática, meramente formal pela estreita moldura da subsunção, pois os valores inseridos nos textos legais passam a ser dotados de plena normatividade, do modo que a solução do caso concreto deve estar, sobretudo, em consonância com os princípios inseridos, implícita ou explicitamente, no ordenamento jurídico. A determinação da conduta a ser seguida e a solução do caso concreto passam a levar em conta valores, consubstanciados em princípios. BOZZZI E DE PAULA (2010, p. 8).

O princípio da proporcionalidade se consubstancia em uma garantia fundamental que se converte em verdadeiro direito fundamental no contexto do Estado Democrático de Direito.[3] Sergio Guerra (2005) diz que esse princípio é de grande importância para o cotidiano, pois serve como um princípio de ponderação dos princípios garantidores dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988[4]. Esse princípio será utilizado em situações em que há necessidade de compatibilização das normas no plano abstrato e nas situações concretas em que existe conflito de normas cuja solução depende do juízo de proporcionalidade. [5]

Tem-se, como exemplo, o conflito entre os direitos fundamentais da liberdade de expressão e o da proteção à honra. A liberdade de expressão diz respeito ao direito fundamental presente no art. 5º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, em que está presente o seguinte enunciado: "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato". Dessa forma, todos têm o direito de dizer o que pensam, porém, muitas vezes, essa manifestação de pensamento pode afetar o direito de outrem, como o direito à proteção da honra, um dos direitos fundamentais da personalidade, previsto no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal em que está escrito o seguinte: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Assim, o princípio da proporcionalidade será utilizado para resolver o conflito entre esses dois direitos fundamentais, compatibilizando-os sem precisar excluir um ou outro. É necessário, portanto, que haja uma harmonização entre esses direitos sem violar os dois ou um deles.

Para solucionar esse conflito, é necessário, portanto, analisar o caso concreto. Em função das particularidades do caso é que se poderão submeter os direitos envolvidos a um processo de compatibilização pelo qual será possível chegar a uma solução. Helena Nunes Campos (2004) [6] diz que é por meio do princípio da proporcionalidade "... que se permite fazer o sopesamento dos princípios e direitos, bem como dos interesses e bens jurídicos em que se expressam, quando se encontrarem em estado de contradição..." para solucionar a colisão entre eles, maximizando o respeito de todos os envolvidos no conflito. Desse modo, não será necessária a exclusão de um direito em detrimento do outro, o que ocorrerá é um processo de harmonização entre os direitos conflitantes.

Helena Nunes Campos diz, ainda, que

> Afinal, poderá em certos casos ter maior peso a honra e a vida privada e, em outros, a liberdade de expressão. Como saber? Não há. Porque somente diante de um caso concreto, de uma hipótese fática e real é que se poderá dizer qual prevalecerá. O princípio da proporcionalidade traduz a busca do equilíbrio e harmonia, da ponderação de direitos e interesses à luz do caso concreto como melhor forma de aplicação e efetivação destes mesmos direitos. CAMPOS (2004), p. 28.

Dessa forma, não ficam dúvidas de que, para saber qual direito fundamental prevalecerá na solução do conflito, é preciso que seja analisado o caso concreto. O princípio da proporcionalidade busca o equilíbrio, a harmonia e a ponderação de direitos e interesses discutidos no caso concreto como forma de alcançar o melhor modo de aplicação e de efetivação desses direitos.

Como foi destacado no tópico anterior, para saber qual a solução encontrada para um conflito entre direitos fundamentais, por meio do princípio da proporcionalidade, é preciso analisar o caso concreto, por isso será estudado, no presente tópico, um caso no qual ocorreu um conflito entre o direito fundamental da liberdade de expressão e o da proteção à honra.

No ano de 2010, na época das eleições no Brasil, após Dilma Roussef ter vencido para Presidência da República, a universitária Mayara Petruso postou mensagens preconceituosas a respeito dos nordestinos, na rede social *Twitter,* por causa do maior número de votos destinados à presidente eleita ter sido dessa região do Brasil. Uma das mensagens dizia o seguinte: "Nordestino [sic] não é gente. Faça um favor a SP: mate um nordestino afogado.". A autora das mensagens foi condenada pela Justiça por preconceito contra nordestinos, apesar de ela alegar que não tem preconceito, que foi "coisa de momento" e que não tinha o intuito de ofender alguém.

Mayara Petruso foi condenada a um ano, cinco meses e

quinze dias de reclusão por mensagem preconceituosa e por incitação à violência contra nordestinos. Entretanto, a pena foi convertida em prestação de serviço comunitário e pagamento de multa. [7]. Por causa da grande repercussão que essa mensagem teve em todo Brasil e até em outros países e do grande número de pessoas que tiveram sua honra ofendida, o princípio da proporcionalidade não absolveu a jovem, mas tal princípio foi utilizado como critério de aplicabilidade da pena.

Além de sua condenação à pena de prestação de serviço comunitário e ao pagamento de multa, Mayara Petruso sofreu algumas consequências por seus atos, como ter sido demitida do escritório de advocacia onde atuava como estagiária, ter deixado a faculdade de Direito, ter sido agredida verbalmente por muitas pessoas, tendo de se esconder, e por alguns de seus familiares, inclusive seu pai, terem ficado contra ela, entre outras dificuldades pela quais ela passou por causa do crime por ela cometido.

Dessa forma, foi utilizado o princípio da proporcionalidade no caso descrito, como critério de aplicação da pena, como uma forma de equilibrar os direitos fundamentais da liberdade de expressão e da proteção à honra, pois não existe liberdade absoluta, e o que Mayara fez foi passar dos limites dessa liberdade de expressão.

3. METODOLOGIA DA PESQUISA

Quanto aos objetivos, esta pesquisa pode ser classificada como exploratória, pois houve uma pesquisa bibliográfica, visto que o conteúdo do presente artigo foi pesquisado em livros e artigos da internet, e o estudo de um caso concreto que foi objeto de estudo deste trabalho.

Quanto à forma de abordagem, foi utilizada a pesquisa qualitativa, pois o presente artigo foi feito de forma descritiva e as informações obtidas não podem ser quantificáveis, ou seja, não são analisadas por meio de estatísticas.

Além desses tipos de pesquisas utilizados neste artigo, foram feitas pesquisas históricas, visto que foram analisadas as fases históricas de evolução do princípio da proporcionalidade e dos direitos fundamentais.

4. ANÁLISE DOS RESULTADOS

Os dados a respeito do caso de Mayara Petruso foram coletados da internet, em sites de notícias e em artigos. O conteúdo a respeito do princípio da proporcionalidade foi extraído de livros e de artigos disponibilizados na internet.

Chegou-se ao dado de que o princípio da proporcionalidade foi utilizado no caso de Mayara Petruso como forma de aplicação da pena para, desse modo, equilibrar os dois direitos fundamentais em conflito (o direito fundamental da liberdade de expressão e o da proteção à honra).

Mayara Petruso ultrapassou os limites do princípio fundamental da liberdade de expressão, de forma que seus atos ofenderam muitos nordestinos. Por isso, foi necessária a utilização do princípio da proporcionalidade no caso acima, para que houvesse uma harmonização entre os direitos conflitantes.

5. CONCLUSÃO

Apesar de o ordenamento jurídico ser uma unidade, não podendo, portanto, haver divergências entre as normas que a compõem, infelizmente, às vezes, ocorrem conflitos entre os direitos fundamentais e seus princípios, como o da liberdade de expressão e o da proteção à honra.

Para solucionar esses conflitos, pode ser utilizado o princípio da proporcionalidade que tem como finalidade harmonizar e equilibrar os princípios fundamentais em colisão. Como exemplo, foi explicado como esse princípio foi utilizado no caso de Mayara Petruso que usou o seu direito fundamental da liberdade de expressão de forma ilimitada, ofendendo, dessa forma, a honra dos nordestinos contra os quais a jovem praticou o crime de racismo. O que ocorreu, nesse caso concreto, foi um abuso da liberdade de expressão, direito fundamental que não é absoluto.

Como foi observado no tópico anterior, o princípio da proporcionalidade foi utilizado, nesse caso, como critério de aplicação da pena, como forma de equilibrar os dois direitos fundamentais que estão em conflito (o da liberdade de expressão e o da proteção à honra). Claudemir Lopes Bozzi e Roberto de Paula (2010) afirmam que o princípio da proporcionalidade é uma garantia fundamental utilizada em um Estado Democrático de Direito. Assim, dizem esses autores:

> É forçoso admitir que o princípio da proporcionalidade se consubstancia em uma garantia fundamental, convertendo-se em verdadeiro direito fundamental no contexto do Estado Democrático de Direito, até porque é inútil se pensar na ideia de equilíbrio e proporção no seio de um estado autoritário e totalitário, visto que, essencialmente a característica sectária das decisões neste último se dá em virtude da ausência de ponderação, sopesamento e adequação das medidas expostas ou impostas. BOZZI E DE PAULA (2010), p. 11.

O princípio da proporcionalidade é, portanto, um direito fundamental e deve ser utilizado sempre que houver conflito de normas. Os direitos fundamentais, segundo George Marmelstein (2009), "são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito". Esses direitos fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico, por sua importância axiológica. [8]

Constitucionalmente, os direitos fundamentais não são hierarquizados, ou seja, não há um direito fundamental superior a outro, dessa forma, não deve haver conflito entre eles, já que estão no mesmo patamar de igualdade. Entretanto, muitas vezes, ocorrem conflitos entre eles, por isso o princípio da proporcionalidade deve ser utilizado da forma adequada para solucionar essa colisão, de forma que um direito não seja prejudicado em razão do outro.

Claudemir Lopes Bozzi e Roberto de Paula (2010) dizem que o princípio da proporcionalidade é um direito fundamental processual que está previsto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, § 2º. Eles afirmam que

> Embora a função hermenêutica insita no bojo do princípio da proporcionalidade, destaca-se, aqui, a consideração acerca de um direito fundamental em sua realidade mais ampla, isto é, de um direito fundamental processual, que, adentra no ordenamento jurídico pela

> "porta da frente" da Constituição Federal de 1988, por meio do art. 5º, ainda que não tenha o legislador constitucional feito menção explícita ao princípio da proporcionalidade. Entretanto, do espírito da constituição, se infere que, como princípio ordenador do direito, a ideia de proporção tem em sua essência o papel de preservar direitos fundamentais consoante o que prevê o § 2º, art. 5º: "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (...)". BOZZI E DE PAULA (2010), p. 11.

Desse modo, o princípio da proporcionalidade tem grande importância para a Constituição Federal e para os direitos fundamentais quando se trata de resolução de conflitos entre normas ou princípios fundamentais. Portanto, esse método deve ser cada vez mais usado no Direito a fim de resolver com mais facilidade e igualdade, nos casos concretos, esses problemas de colisões entre direitos.

6. REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** São Paulo: Edipro, 2011.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais.** São Paulo: Editora Atlas, 2009.

BOZZI, Claudemir Lopes, DE PAULA, Roberto. **O princípio da proporcionalidade no pensamento de Willis Santiago de Guerra Filho**. Disponível no site: <http://www.diritto.it/docs/30460-o-princ-pio-da-proporcionalidade-nopensamento-de-willis santiago-de-guerra-filho>. Acesso em: 13 março, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça.** São Paulo: Edipro, 2000.

CAMPOS, Helena Nunes. **Princípio da proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais.** São Paulo: Revista de pós-graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2004.

GUERRA, Sergio. **O princípio da proporcionalidade na pós-modernidade.** Salvador/Bahia: Revista Eletônica de Direito do Estado, 2005.

CARNIO, Henrique Garbellini. **Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade: apontamentos a partir da teoria alemã da proporcionalidade.** Uniaraxá, Araxá: Revista Jurídica, 2011.

LOPES, Ana Maria D`Ávila. **Os direitos fundamentais como limites do poder de legislar.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

(Endnotes)

1

2 Claudemir Lopes e Roberto de Paula, em sua obra intitulada "O Princípio da Proporcionalidade no pensamento de Willis Santiago de Guerra Filho", irão descrever as três fases que deram formação à teoria dos princípios e como estes foram inseridos no ordenamento na contemporaneidade. Além disso, eles explicam como os princípios passaram de meros ideais para normas postas e transformadas em normas jurídicas principais. E essa migração dos princípios jurídicos para o ordenamento constitui o centro das constituições modernas. Ver: LOPES E DE PAULA (2010), p. 8.

3 Henrique Garbellini Carnio, em sua obra intitulada "Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade: Apontamentos a partir da teoria alemã da proporcionalidade", defende que o princípio da proporcionalidade é um direito ou garantia fundamental da mesma forma que o da isonomia. Ele diz ainda que o princípio da proporcionalidade está embutido do princípio da isonomia. Ver: CARNIO (2011), p. 3.

4 Ver obra de Sergio Guerra, intitulada "O princípio da proporcionalidade na Pós-Modernidade". GUERRA (2005), p. 6.

5 Ver: LOPES E DE PAULA (2010), p. 12.

6 Ver: artigo publicado por Helena Nunes Campos, intitulado: "Princípio da proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais", nos Cadernos de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie no ano de 2004, p. 28. Nesse artigo, Helena Nunes fala sobre o princípio da proporcionalidade e como ele é utilizado nas soluções de conflitos entre direitos fundamentais, sem precisar excluir um deles em favor do outro, pois a Constituição Federal é uma unidade na qual não é admitida hierarquia jurídica entre as normas que a compõem.

7 Ver site: http://noticias.r7.com/brasil/noticias/condenacao-de-estudante-que-ofendeu-nordestinostera-efeito-educativo-nas-redes-sociais-20120517.html.

8 Na obra de George Marmelstein, intitulada "Curso de direitos fundamentais", é descrita a evolução dos direitos fundamentais e suas fases. Além disso, é explicado de forma bastante clara sobre os conteúdos ético (aspecto material) e normativo (aspecto formal) desses direitos. O conteúdo ético dos direitos fundamentais são os valores básicos para uma vida digna em sociedade, dessa forma, "eles estão intimamente ligados à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder." O conteúdo normativo engloba os valores que o povo formalmente reconhece como sendo merecedores de certa proteção normativa especial, ainda que de forma implícita. Esse reconhecimento ocorre quando esses valores passam a serem normas jurídicas, ou seja, positivadas. MARMELSTEIN (2009), p. 18.

ENSINO JURÍDICO EM DEBATE: ANÁLISE DA CÁTEDRA"TÓPICOS ESPECIAIS EM DIREITO I"

João Paulo Cláudio Almeida[4]*
*Fayga Silveira Bedê***

"Melhor uma cabeça bem feita do que bem cheia."
Montaigne

SUMÁRIO: RESUMO. 1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEÓRICO. 2.1 Contexto Geral. 2.2 Debate Teórico. *2.2.1 Direito e Literatura.* **3 METODOLOGIA**. 3.1 Revisão de Bibliografia. 3.2 Observação Participante. **4 ANÁLISE DE RESULTADOS. 5 CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS**

RESUMO

Este artigo pretende investigar as possíveis contribuições trazidas pela disciplina de "Tópicos Especiais em Direito I" para o processo de desenvolvimento intelectual e performático dos alunos do Curso de Direito do Centro Universitário Christus. Partindo do pressuposto de haver um déficit cultural crescente nos alunos egressos do Ensino Médio (o que foi comprovado pela pesquisa de campo), busca-se demonstrar o quanto a cátedra em análise se faz necessária no quadro geral da formação do alunado, pois contribui decisivamente para o desenvolvimento, não apenas do conhecimento, mas também de habilidades e competências discursivas. Aqui não se tem como pretensão a busca das razões pelas quais vários dos discentes da cátedra em questão chegam ao Centro Universitário Christus com tais debilidades, tal temática é tangenciada pela pesquisa, mas não aprofundada, pois tem-se como cerne analítico a investigação da importância da disciplina em análise quanto à transformação de nossos alunos. Mais ainda, analisa-se a metodologia dessa disciplina, ou seja, a utilização, desde elementos didaticamente considerados como tradicionais, como ditados e apresentação de seminários, passando por métodos didáticos ultramodernos, por meio de elementos performáticos e lúdicos, tal como o "Jardim de Epicuro", consistindo não apenas em declamação de cartas, bem como visando ao aperfeiçoamento da colocação da voz e da postura. Já o Júri Simulado, em que os alunos defendem casos, visando, principalmente, à desenvoltura e à oratória, e, por fim, o sarau de poesias, enfocando expressão oral, bem como a pesquisa realizada pelos alunos à procura de autores consagrados, nacional e internacionalmente.

Palavras-chave: Ensino Jurídico. Novas Metodologias. Competências e Habilidades discursivas. Arte. Literatura.

4 *Formado em História pela Universidade Federal do Ceará e Acadêmico do Centro Universitário Christus (Unichristus). Pesquisador de Iniciação Científica da Disciplina "Tópicos Especiais em Direito I".

**Doutora em Sociologia (UFC). Mestre em Direito do Estado (UFPR). Graduada em Direito (UFC). Editora-Responsável pela revista Opinião Jurídica. Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Christus.

1 INTRODUÇÃO

Que o ensino jurídico vem passando por um longo período de crise, todo mundo já sabe, sendo necessário, no entanto, o aprofundamento das reflexões sobre tal problema. Por crise entende-se a sua extrema dificuldade em obter os resultados esperados, ou seja, a formação de profissionais de Direito capazes de um pensamento crítico e reflexivo sobre o mundo que os cerca. Destarte, a análise da disciplina "Tópicos Especiais em Direito" contribuiu para se constatar que grande parte dos ingressos no Curso de Direito possuem importantes defasagens intelectuais que podem dificultar o bom andamento de sua formação, como limitado conhecimento quanto a uma cultura geral, dificuldade de interpretação textual, de escrita e de expressão oral. Claramente, apenas um semestre não é o bastante para solucionar todas essas deficiências: não se está aqui a propor nenhum messianismo.

O presente artigo não pretende analisar as razões pelas quais os alunos não desenvolveram uma cultura geral adequada, mais precisamente, a expressão escrita e oral, e a intepretação por meio da formação de uma bagagem humanística fortemente pautada pela leitura. Essa problemática é por demais complexa para ser tratada conjuntamente com a temática a que se propõe o presente estudo.

Central para a elaboração da pesquisa foi o interesse em constatar de que forma a disciplina "Tópicos Especiais em Direito I" pode contribuir para a potencialização de habilidades e competências até então adormecidas ou mesmo se consegue atingir satisfatoriamente quaisquer de seus objetivos.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Contexto Geral

O mundo vem passando por um intenso processo de modificações, sendo fortemente contestados conceitos e/ou formas de pensar que agora são tidos como ultrapassados. De fato, o mundo moderno, das certezas, da solidez, das ideologias mais bem definidas, da leitura "linear" [1] e da prevalência da segurança em relação à liberdade, passa por uma transição em direção à um "Admirável Mundo Novo"[2], caracterizado pelas incertezas, pela liquidez[3] das relações, pelo surgimento de uma miríade de novas ideologias, pela leitura superficial e pela prevalência da liberdade em detrimento da segurança, engendrando o que, para muitos, é caracterizado como pós-modernidade.

> O rótulo genérico abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. A era da velocidade . A imagem acima do conteúdo. O efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial. Vive-se a angústia do que não pôde ser e a perplexidade de um tempo sem verdades seguras. Uma época aparentemente *pós-tudo:* pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana.[4]

Observando esse conjunto de transformações e objetivando preparar melhor os novos juristas, o Ministério da Educação e do Desporto criou a Portaria n.1886/94, que contemplou as disciplinas propedêuticas no Curso de Direito, a fim de romper com o ensino tecnicista, instaurado ao longo do período do governo de Juscelino Kubitscheck (1956-1961), passando pelo governo Civil-Militar (1964-85). Sabemos que o ensino tecnicista teve sua importância, pois o Brasil passava por um forte período de industrialização, urbanização e ampliação do mercado de trabalho, o que requeria um novo modelo de advogado – embora também possamos desenvolver a ideia de que, devido ao momento histórico conservador da Ditadura Militar, não seria interessante fomentar um ensino crítico, mas tal temática não faz parte do nosso objeto.

Mais ainda, para complementar a Portaria n.1886/94, foi criada a Resolução Nº 9, de 29 de setembro de 2004, que estabelece, entre vários outros importantes pontos:

> Art. 3º. O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da Ciência do Direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania. I - leitura, compreensão e elaboração de textos, atos e documentos jurídicos ou normativos, com a devida utilização das normas técnico-jurídicas;II - interpretação e aplicação do Direito;
>
> VI - utilização de raciocínio jurídico, de argumentação, de persuasão e de reflexão crítica;VII - julgamento e tomada de decisões;
>
> [...]Art. 5º O curso de graduação em Direito deverá contemplar, em seu Projeto Pedagógico e em sua Organização Curricular, conteúdos e atividades que atendam aos seguintes eixos interligados de formação:
>
> I - Eixo de Formação Fundamental, tem por objetivo integrar o estudante no campo, estabelecendo as relações do Direito com outras áreas do saber, abrangendo dentre outros, estudos que envolvam conteúdos essenciais sobre Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia.

Não apenas seguindo as exigências do MEC, a UNICHRISTUS – à época "Faculdade Christus" – propôs-se a criar a disciplina de "Tópicos Especiais em Direito I", indo além do proposto pelos órgãos responsáveis. Dois sentimentos nortearam o ato da instituição: compromisso e preocupação. Compromisso, pois foi pioneira no Brasil quanto à inauguração da cátedra em análise. Preocupação, à medida que foi constatada a necessidade de tentar preencher algumas lacunas intelectuais dos alunos ingressos, pois uma grande quantidade dos que debutavam no mundo acadêmico possuíam sérios problemas quanto à leitura, à escrita e dificuldades de expressão e comunicação, de modo geral.

Dessa forma, objetivava-se combater a falência funcional, é claro, mas principalmente a falência sistêmica. A falência funcional é a dificuldade dos cursos jurídicos em formarem profissionais gabaritados para atuarem nas mais diversas áreas, além da ampliação da eficiência em exames, como o da OAB. Já a falência sistemática se refere, como ensinado por Daniel Torres de Cerqueira e Roberto Fragale Filho, " à incapacidade dos cursos de Direito no Brasil em formarem bacharéis capacitados a analisarem o Direito à luz dos novos fenômenos sociopolíticos, como é o caso da globalização, [..] ou na esfera de defesa dos assim chamados Direitos Difusos."[5]

Desde o momento inicial da elaboração da presente pesquisa, tinha-se como certeza que a disciplina em análise não se propunha miraculosamente a resolver todas essas questões, mas sim buscava formas de "disparar" no imaginário dos alunos o interesse e a consciência de que a Literatura, a História, a Psicologia, as artes em geral, não são simples diletâncias, mas sim ferramentas fundamentais para a formação intelectual do jurista, tornando-o mais bem preparado para o *metier* de Têmis.

2.2 Debate Teórico

O pensador Michel Montaigne afirmava que: "Saber de cor não é saber; é reter aquilo que foi entregue à guarda da memória."[6] Realmente, tal análise é de suma importância quando tratamos da contemporaneidade, em que as mudanças sociais ocorrem de forma mais veloz, se comparadas ao período moderno, sendo necessário ao Direito tentar melhor compreendê-las a fim de sobrepujar os novos desafios decorrentes do ambiente pós-moderno.

Sabemos que Sociedade e Direito estão em interação dialética, ou seja, há um processo de interinfluência. Assim, a partir de novas dinâmicas fáticas, como a dos homoafetivos, que exigiu uma posição do sistema jurídico pátrio, o qual lhe ofereceu em resposta a aprovação da união homoafetiva, em 2011.

Caso o sistema jurídico seja inerte, no sentido de não reagir às novas dinâmicas sociais, acaba por perder credibilidade. No caso exposto, de complexidade hermenêutica agravada pelo ponto de vista político-religioso, não foi seguida a letra da lei (no caso, o Art. 226, § 3º/ CF – "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o **homem e a mulher** (grifo nosso) como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento"), mas sim o recurso a uma hermenêutica baseada nos novos valores da sociedade brasileira (ou, ao menos, de muitos setores dela).

Nessa breve digressão, buscamos ilustrar que o texto da lei não mais suporta a estática da realidade social, ou seja, os sentidos das palavras e/ou dos conceitos podem ser múltiplos ou mesmo mudarem ao longo da História, basta, por exemplo, ser observada a polissemia da palavra "Direito", que pode representar, tanto o fenômeno social, como a ciência jurídica, ou mesmo podendo conotar justiça. Um bom exemplo da possibilidade da modificação do sentido pode ser visto na palavra "rival", que, por um longo tempo, designou pessoas que moravam em lados opostos do rio, mas que depois passou a significar inimigo.

Entretanto, não foram em si as palavras "homem" ou "mulher" que mudaram de significado - embora muito se pode discutir do ponto de vista antropológico e psicológico, mas isso extrapolaria os limites da presente pesquisa – o que poderia

gerar a sua relativização e, consequentemente, a aprovação da união homoafetiva, mas sim diversos segmentos da sociedade que amadureceram (mudanças ou surgimento de novos valores), quanto à concepção de que ser diferente não deve excluir direitos. A relação dialética entre o sistema jurídico e a sociedade faz que esses dois sistemas passem por modificações, ou seja, cada vez mais, a Constituição 'busca" a sua legitimação quando abre espaço para "a sociedade livre dos intérpretes"[7], e, como consequência, as pessoas passam a ver a Carta Magna como parte integrante da vida delas, fortalecendo a sensação de serem ativas na construção da nação.

Peter Härbele defende:

> Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.
>
> [...]
>
> Uma teoria constitucional que se concebe como ciência da experiência deve estar em condições de, decisivamente, explicitar os grupos concretos de pessoas e os fatores que formam o espaço público (Öffentlichkeit), o tipo de realidade de que se cuida, a forma como ela atua no tempo, as possibilidades e necessidades existentes.[8]

Härbele defende a necessidade da abertura do ciclo de intérpretes, bem como da necessidade de saber adequadamente analisar a realidade existente, sabendo observar a historicidade dos tempos, a fim de melhor efetivar os direitos, e, por isso mesmo, tornando-se central o ato de interpretar. Por isso mesmo é que a presente pesquisa vislumbrou como acertada a metodologia da disciplina Tópicos Especiais em Direito I, pois, ao buscar contribuir para uma formação humanística geral do estudante de Direito, por meio de várias atividades artísticas, etc, acaba por contribuir para a formação de mais um sujeito ativo da "sociedade aberta dos intérpretes da Constituição".

Miguel Reale, grande mestre do Direito, em sua Teoria Tridimensional do Direito defendeu que:

> a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um *fato* subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um *valor*, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma *regra* ou *norma,* que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor;
>
> b) tais elementos ou fatores (*fato, valor e norma)* não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta;
>
> c) mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já vimos que o Direito é uma realidade histórico-cultural) de tal modo que a vida do Direito resulta da integração dinâmica e dialética dos três elementos que a integram.[9]

Qual foi uma das grandes habilidades que fortemente contribuiu para que Miguel Reale chegasse a essa conclusão? Foi a abrangência de sua mundividência que o levou à percepção de que a sociedade vai modificando-se, e, se o sistema jurídico não conseguir adequadamente incorporar tais transformações, acabará por entrar em colapso. Assim, Realeal não concordou que Direito fosse apenas fato que gerasse norma, friamente falando, o que o levou a enriquecer esse sistema com a incorporação de um terceiro elemento, o valor.

Esse terceiro elemento seria "uma ponte" entre fato e norma. Claramente, Miguel Reale estava a dar um passo à frente em relação à demonstração de que os valores não apenas estavam contidos no Direito, mas também no sentido de que não havia nenhum problema quanto a isso.

Tanto Härbele como Miguel Reale expandiram os horizontes do Direito, sendo isso possível pelo fato de esses autores não restringirem o estudo do Direito apenas à abordagem técnica, mas sim por buscarem ir além, modernizando a ciência jurídica por meio de suas visões, que, em alguns pontos, complementam-se, levando à conclusão, por ex., de que, se há uma necessidade de expandir o círculo hermenêutico, é claro que esses novos intérpretes acabarão por fornecer ao sistema jurídico novas experiências, necessidades e valores.

2.2.1 Direito e Literatura

Como mais um exemplo de como a interação entre direito e literatura e o aprimoramento da interpretação são profícuos ao jurista, para isso, mais uma vez, transcreve-se as palavras do mestre Miguel Reale:

> Conhecem os senhores evidentemente a personalidade extraordinária do poeta Dante Alighieri. O 'divino poeta' [...] referindo-se ao Direito, escreveu estas palavras que devem ficar esculpidas no espírito dos juristas, pela apreensão genial daquilo que o Direito existe de substancial: 'O Direito é uma proporção real e pessoal, de homem para homem, que, conservada, conserva a sociedade; corrompida, corrompe-a'.
>
> [...] Notem como o poeta viu coisas que, antes dele, os juristas não tinham visto, oferecendo-nos uma compreensão do Direito, conjugando os conceitos de *proporção e socialidade.*[10]

Olhar fixamente é importante, mas, algumas vezes, olhar ao redor faz toda a diferença, daí a grande lição que Miguel Reale dá aos juristas: estes não devem ficar fechados em suas zonas de conforto, pois é necessário beber de outras fontes, ver outras paisagens, escutar outras lições, para assim voltar depois com outro olhar para o objeto de estudo ou, ao menos, voltar com um olhar mais aguçado.

Observando o pensamento do jurista Ronald Dworkin, percebe-se que ele não somente defende que os profissionais

do direito deveriam complementar o seu arcabouço teórico com outras áreas, mais vai ainda mais além. Basta observar a seguinte ideia: "Proponho que podemos melhorar nossa compreensão do Direito comparando a interpretação jurídica com a interpretação de outros campos do conhecimento, especialmente a literatura."[11], ou seja, o jurista irá desenvolver-se mais ainda quando supera o estágio da memorização, chegando ao pensamento interpretativo e reflexivo. Ele criou uma categoria comumente chamada de *interpretação estética*.

A interpretação estética dworkiana defende a concepção de que a ação do intérprete deve buscar a melhor interpretação possível, a que vai demonstrar a "alma" do texto, desnudando os seus significados.

> Deste modo, podemos agregar a perspectiva estética dworkiana na interpretação jurídica. Se a literatura propõe que interpretemos uma obra de tal modo que possamos apreender o que há de melhor em si, projetando-a como 'a melhor obra de arte', o interprete jurídico, por sua vez, também detém tal possibilidade de enxergar a norma jurídica como "obra de arte", interpretando-a de um modo que a mesma revele o melhor de si.[12]

Ao encontro do defendido na presente pesquisa, Carlos Magno Spricigo Venerio defendeu que:

> Ainda quanto ao método, a associação da literatura e direito no processo de ensino-aprendizagem ainda se apresenta como um campo a ser explorado, certamente com resultados extremamente promissores quanto ao pleno desenvolvimento de um novo operador jurídico. Posner afirma que, se obras literárias não permitem um aprendizado sobre questões operacionais do direito vigente, podem, de modo importante, ajudar a refletir sobre questões inerentes ao pensamento jurídico.[...] Na disciplina de IED (Introdução ao Estudo do Direito), a pertinência da utilização de Direito e Literatura me parece ainda mais evidenciada e necessária. Num primeiro viés, ao proporcionar aos alunos afeitos à leitura uma forma alternativa (indireta) de abordagem do seu objeto de estudo, ampliando e enriquecendo as perspectivas de análise e compreensão do direito. Num outro prisma, pode tornar-se ferramenta importante no aperfeiçoamento da relação que o estudante tem com a linguagem escrita e culta, contribuindo diretamente com o desenvolvimento de competências que lhe serão exigidas como futuro profissional da área jurídica.[13]

Quando mais bem preparado o jurista, maior a possibilidade de que a interpretação da norma seja mais bem fundamentada, agregando mais elementos ao texto, o que amplia a possibilidade de que haja a solução dos problemas no caso concreto.

3 METODOLOGIA DA PESQUISA

3.1 Revisão de Bibliografia

Foi realizada revisão de literatura tendo como objetivo perceber como outros estudiosos estão tratando o problema do déficit que os alunos possuem no que se refere à cultura geral, bem como buscou-se observar as técnicas e ferramentas que desenvolveram para resolver tal problema.

Por esse meio, foi-se percebendo que muitos intelectuais do Direito já versam sobre a importância da interdisciplinaridade, trazendo para o Direito elementos de outros ramos do conhecimento, colhendo alguns de seus elementos, tendo como fim uma melhor interpretação, a exemplo de Ronald Dworkin, com a sua "interpretação estética", ou mesmo trazendo elementos das ciências sociais, como defendeu Peter Härbele.

Nacionalmente falando, temos grandes nomes que valorizam a arte como elemento importantíssimo na formação do jurista, basta acompanhar o percurso de Lenio Luiz Streck, apresentador do programa "Direito e Literatura" e, mais ainda, frutífero intelectual que produz constantemente livros sobre Hermenêutica, nos quais tece importantes análises sobre interpretação, de grande relevância para a pesquisa.

3.2 Observação Participante

Um segundo passo na pesquisa foi justamente participar dos eventos propostos pela disciplina, a chamada observação participante, de onde foram retiradas importantes observações que serão tratadas no artigo.

4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

Em meio à observação participante foi possível constatar o quanto a disciplina em questão busca desenvolver a habilidade interpretativa de seus discentes, pois, perceptivelmente, um dos cernes das atividades é justamente a tentativa de ampliar – dentro do exíguo tempo de 2 horas/aula semanais – o universo interpretativo, ou mesmo de buscar disparar uma capacidade de autocrítica nos alunos, a fim de de que eles próprios busquem ao máximo desenvolver habilidades e competências discursivas.

Para muitos dos alunos, o recital de poesias e o "Jardim de Epicuro"[14] pareciam, à primeira vista, não possuir correlação com a atividade do jurista e se propuseram a realizar a atividade por questões práticas, ou seja, para resolver um "problema" e assim conseguirem a tão desejada nota. O que não desconfiavam é que existia por trás dessa obrigação uma atividade pedagógica exaustivamente pensada e testada, pois seria o gatilho que desencadearia uma série de acontecimentos. Vejamo-los.

Para participar do recital, o aluno teve de fazer uma pesquisa, seja na internet, seja em livros, objetivando encontrar algum texto que considerasse interessante para ser recitado e assim obtivesse a nota desejada. No entanto, há outra importante questão aqui, o fato de o aluno não querer -ao menos com boa parte das turmas foi assim-, por questão de pudor, vaidade ou respeito humano, apresentar-se de uma forma qualquer, o que, claramente, contribui para o início do caminhar de um desenvolvimento performático.

Ao fazer a pesquisa, os alunos passaram a ler vários textos , das mais variadas fontes, dos mais variados autores. É feita tal afirmação pois, no mínimo, a pessoa busca recitar um texto que lhe comoveu, que tem alguma ligação consigo e foi compreendido. Nesse passo da pesquisa, a estratégia da professora Fayga Bedê foi justamente dar a possibilidade ao aluno de ser conquistado pela leitura, no caso, pela literatura, e, mesmo não sendo conquistado, com certeza, ocorreu uma ampliação do seu universo simbólico.

Na atividade "Jardim de Epicuro", a maior parte da turma participou mais como observadora, quando os alunos puderam, muitos pela primeira vez, presenciar, sentir e, por que não?, refletir sobre arte e, mais ainda, puderam perceber o quão impactante os recém-ingressos na UNICHRISTUS – para a formação dos alunos, por meio das atividades que realizam, pois, possivelmente, poderão utilizar as habilidades e competências desenvolvidas quando forem cursar várias outras disciplinas, por exemplo, Constitucional I e Hermenêutica.

O valor agregado pela disciplina pôde ser demonstrado pelo fato de os alunos terem, comprovadamente, evoluído em suas habilidades e competências, como oratória e performance quando observada a diferença de atuação do 2º Júri em relação ao 1º Júri (quanto a vários alunos observados).

5 CONCLUSÃO

Com a presente pesquisa, foi possível constatar a importância da disciplina "Tópicos Especiais em Direito I" para a formação dos alunos ingressos, pois, decisivamente, corrobora para a ampliação dos horizontes intelectuais deste, ou seja, foi observado que tal cátedra realmente supre algumas necessidades dos discentes.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **180 anos do ensino jurídico no Brasil.** Campinas: Millennium, 2007.

BARROSO, L. R. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Forum, 2013

BAUMAN, Zigmund; MAY, Tim. **Capitalismo parasitário**: e outros temas contemporâneos. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

CARR, Nicholas. **A Geração Superficial**: o que a internet está fazendo com os nossos cérebros. Tradução Mônica Gagliotti Fortunato Friaça. Rio de Janeiro: Agir, 2011.

CERQUEIRA, Daniel Torres de ; FILHO, Roberto Fragale (Orgs). **O ensino jurídico em debate**: o papel das disciplinas propedêuticas na formação jurídica. Campinas: Millenium, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios.** São Paulo: Martins Fontes 2005.

Direito & Literatura: Discurso, imaginário e normatividade. Núria Frabris Editor, 2010

HÄRBELE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista de "procedimental" da Constituição. Sérgio Antônio Fabris Editor. Tradução: Gilmar Mendes, 2002

LANOT, Frank. **Dicionário de cultura literária**: 100 citações & 100 personagens célebres. Ed. Difel, 2007.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** Ed. Saraiva. 2002. 27ª edição

(Endnotes)

1 CARR, Nicholas. A Geração Superficial: O que a internet está fazendo com os nossos cérebros. Tradução Mônica Gagliotti Fortunato Friaça. Rio de Janeiro: Agir, 2011. Quando o autor fala de leitura linear se refere à forma de leitura desenvolvida com o advento da prensa de Gutemberg, ou seja, o autor defende que esse tipo de leitura é feita sob uma ótica contemplativa e reflexiva, portanto mais substancial. Diferentemente da ótica com o advento da internet, pois a leitura passa a ser não mais reflexiva, mas sim algo bem mais superficial pautado em estímulo e resposta.

2 Alusão ao grande livro de Aldous Huxley que, na minha concepção, ao lado de 1984 e Laranja Mecânica, completa uma tríade de distopias, ou seja, fazem uma leitura nem tão otimista do futuro.

3 BAUMAN, Zigmund; MAY, Tim. Capitalismo parasitário: e outros temas contemporâneos. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2010. p.34. "Abandonar padrões muito rígidos, ser condescendente com a falta de critérios, satisfazer todos os gostos sem privilegiar nenhum deles, promover a inconsistência e a "flexibilidade" (nome politicamente correto para a frouxidão de caráter) e exaltar a instabilidade e a incoerência, esta é, portanto, a estratégia justa (a única razoável?) hoje".

4 BARROSO, L. R. O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 2013, p. 100

5 CERQUEIRA, Daniel Torres de ; FILHO, Roberto Fragale (Orgs). O ensino jurídico em debate: o papel das disciplinas propedêuticas na formação jurídica. 2007, introdução.

6 In. LANOT, Frank. Dicionário de cultura literária: 100 citações & 100 personagens célebres. 2007, p. 271.

7 HÄRBELE, Peter. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista de "procedimental" da Constituição.2002, sem paginação. Nesse estudo é defendido que não apenas os integrantes dos quadros do Estado, ou mesmo os juristas profissionais, são legítimos intérpretes da Constituição, mas sim "todos" os que fazem parte da sociedade. Dessa forma, ele propõe que a norma realmente não existe por si própria, mas sim quando recebe uma interpretação, pois assim ela é adequada ao tempo histórico vivido.

8 HÄRBELE, Peter. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista de "procedimental" da Constituição. 2002, p. 15 e 19.

9 REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 2002. 27ª edição, p.65.

10 REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 2002. 27ª edição, p.60.

11 DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípios. 2005, p. 217.

12 FACHIN, Melina Girardi. Rafael Corrêa.Direito & Literatura: O Discurso Literário como proposta pedagógica do saber jurídico. IN. Direito & Literatura: Discurso, imaginário e normatividade. 2010, p. 392.

13 VENERIO, Carlos Magno Spricigo. A Introdução ao Estudo do Direito. In. CERQUEIRA, Daniel Torres; FILHO, Roberto Fragale (Orgs). O Ensino Jurídico em Debate, 2006. Pags 9 e 10.

14 Em tal evento, os alunos, tanto antigos como atuais, recitaram cartas de personalidades famosas, tal como a de Napoleão para Josefina. Destarte, nesse evento, buscou-se melhorar as qualidades dos alunos quanto à expressão oral, à performance, etc, bem como contribuiu para o enriquecimento de fatos históricos.

ALIENAÇÃO PARENTAL: GUARDA COMPARTILHADA – PROBLEMA OU SOLUÇÃO?

DANIELLA SOARES CAVALCANTI DE LIMA[5], autora*
*ANTONIA MONICA ARAGÃO MORAES[6**], coautora*
*ROBERTA MADEIRA QUARANTA***, orientadora*

SUMÁRIO:

1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEÓRICO. 2.1 EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÌDICO. 2.1.1 Família na Constituição Federal de 1988. 2.2 CONCEITO DE ALIENAÇÃO PARENTAL. 2.2.1 Distinção da alienação parental e da síndrome da alienação parental (SAP). 2.3 CONCEITO DE GUARDA COMPARTILHADA 2.3.1 A guarda compartilhada como problema. 2.3.2 A guarda compartilhada como solução. 2.4 O PODER JUDICIÁRIO E A ALIENAÇÃO PARENTAL. 3 METODOLOGIA. 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

RESUMO

A alienação parental surgiu com o crescente número de divórcios, geralmente litigiosos, situação propícia para sua ocorrência, mormente diante dos conflitos afetivos existentes. A partir da evolução do direito de família, o divórcio criou força na sociedade, passando a ser permitida a extinção do vínculo matrimonial sem maiores trâmites burocráticos ou atendimento de prazos legais, resultando em um grande número de casais que resolveram legalizar o término da relação conjugal. A partir desse cenário, começaram a aparecer casos em que a prole de um casal, cujo rompimento do vínculo matrimonial havia ocorrido, passou a apresentar sintomas de rejeição em relação a um dos genitores, tendo sido observado com isso o surgimento crescente do fenômeno da alienação parental. Para este artigo, foram utilizadas as pesquisas bibliográfica, documental e legal, bem como os métodos de procedimento histórico e comparativo. Após muitos anos e com o consequente agravamento dos casos de alienação parental, foi editada uma lei com o objetivo de regular e punir a sua ocorrência, qual seja a Lei nº 12.318/10. A alienação parental denota a vulnerabilidade da criança perante um dos genitores, que passa a exercer o poder familiar para induzi-la a criar ideias distorcidas do outro genitor, afastando-a do convívio com este e retirando a figura base que este representa, criando um abismo na relação paterno-filial que, muitas vezes, se torna irreversível. Ao analisar a frequente ocorrência da Alienação Parental em concorrência com o direito positivado e a postura do Poder Judiciário frente às demandas, nota-se que há uma deficiência na identificação do problema de forma efetiva e inicial, que possibilite a reversão do caso, para que possam ser reduzidos os efeitos psicológicos causados à criança, restaurando os vínculos entre os filhos e o genitor alienado. De outra sorte, caso haja demora na detecção do problema, bem como ineficácia em seu combate, poderá trazer imensos prejuízos à vida dos envolvidos, principalmente às crianças e aos adolescentes, mais vulneráveis nessa relação jurídica.

Palavras-chave: Divórcio. Alienação Parental. Poder judiciário. Criança.

---

5 *Aluna do Centro Universitário Christus, atualmente cursando o 6º semestre de Direito. O presente artigo é destinado à conclusão do Projeto Iniciação Cientifica, com supervisão e orientação da professora Mestre Roberta Madeira Quaranta.

**Aluna do Centro Universitário Christus, atualmente cursando o 6º semestre de Direito. O presente artigo é destinado à conclusão do Projeto Iniciação Cientifica, com supervisão e orientação da professora Mestre Roberta Madeira Quaranta.

6 ***Professora do Centro Universitário Christus, formado em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), e ainda mestre em Direito Constitucional pela mesma universidade . Defensora Pública do Estado do Ceará.

1 INTRODUÇÃO

O início de uma vida em comum, a dois, envolve decisões como a de ter filhos. Assim, a maioria dos casais, ao assumirem um matrimônio, planejam ter filhos. Porém, é natural que, devido à convivência, algumas situações levem ao estopim do casamento, ocasionando um desgaste, resultando no fim da relação marital. Entretanto, o objeto maior do presente artigo, indubitavelmente, é a discussão acerca de como a separação dos pais irá repercutir na vida dos filhos menores de idade, bem como os possíveis danos psicológicos que estes poderão sofrer.

A partir desse fato, começam a surgir problemas advindos do rompimento do enlace afetivo, uma vez que o término das relações amorosas nem sempre se dá de forma amigável. A alienação parental, dessa forma, é provocada, na maioria dos casos, pelo genitor detentor da guarda, pois, muitas vezes, este é acometido pelos sentimentos de vingança e ódio, o que o leva à prática da alienação parental contra o outro genitor.

A problemática ora trazida à baila não é nova, mas, com o crescente número de divórcios, acaba por aumentar a incidência do fenômeno da alienação parental. Ademais, por ser de âmbito subjetivo, há maior dificuldade em provar o que se aduz e, por vezes, o Poder Judiciário não consegue detectar essa prática de forma ágil e eficaz, resultando em inúmeros prejuízos para as pessoas envolvidas.

A partir dos conflitos existentes entre os pais, resultam os atos de alienação parental, sendo alvo os filhos, crianças ou adolescentes, e o genitor alienado. A doutrina majoritária tem entendido que o uso da guarda compartilhada é um mecanismo hábil a evitar a prática da alienação parental, mas esse entendimento não é pacífico. Com efeito, para alguns estudiosos do tema, a concessão da guarda compartilhada, como fator inibidor da alienação parental, deve ater-se para o atendimento de alguns requisitos, como separação consensual e relacionamento amigável entre os genitores, eis que, só assim, esse método terá total eficácia.

É imprescindível que a prática da alienação parental seja verificada desde logo para que a criança não venha sofrer traumas futuros nem mesmo ser manipulada pelo alienador, uma vez que, na maioria dos casos, o cônjuge detentor da guarda, muitas vezes motivado pela vingança, acaba por inventar histórias infundadas, ideias falsas, tudo no intuito de colocar o filho contra o cônjuge alienado. Isso dificulta o

Poder Judiciário de exercer a sua função, em virtude de não detectar de imediato o que é verdade e mentira.

Com o presente artigo, procuramos esclarecer algumas dúvidas referentes à alienação parental, como se dá seu surgimento e desenvolvimento, as melhores formas de ser detectada a prática, bem como analisar a guarda compartilhada como uma solução ou um problema, uma vez que há posicionamentos divergentes quanto ao tema. E, também, mostrar o papel do Poder Judiciário na descoberta do problema e na solução.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1. Evolução histórica da família no ordenamento jurídico

A família está inserida no meio social desde os primórdios da humanidade, entretanto, foi passando por inúmeras modificações até chegar ao seu conceito e à sua estrutura atual. Na Roma Antiga, família era sinônimo de autoridade; era regida pelo patriarca, o qual decidia sobre a vida dos filhos e da esposa, sendo esta totalmente subordinada ao seu marido.

Desse modo, Carlos Roberto Gonçalves aduz que:

> O pater exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas com manus com os seus descendentes. A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O ascendente comum vivo mais velho era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz.[1]

Aos poucos, progressivamente, a realidade foi sendo modificada, pois, ainda em Roma, a autoridade do patriarca foi sendo diminuída, passando a mulher e os filhos a terem mais autonomia, mesmo que pequena diante da conjuntura do "pater familias".[2]

A família era constituída exclusivamente por meio do casamento, ou seja, da união entre homem e mulher. E, na Idade Média, o único casamento existente era o religioso, uma vez que o direito canônico imperava naquele tempo.

A instituição familiar brasileira sofreu inúmeras influências, principalmente do direito canônico, culminando no modelo em que atualmente é conhecida, embora os laços com a igreja tenham sofrido considerável afrouxamento. A família pode ser constituída por meio da união de duas pessoas, não se restringindo somente ao conceito de casamento nem necessariamente devendo haver diversidade de sexo dos seus membros para que esteja apta a gerar efeitos no âmbito do direito das famílias. [3]

Entretanto, há uma diversidade de estilos de família, podendo existir a monoparental, que é constituída por qualquer dos pais e seus descendentes; a homoafetiva, representada pelo vínculo entre duas pessoas do mesmo sexo; a anaparental, quando o núcleo familiar pode ser integrado por pessoas que não guardam vínculo parental consanguíneo, dentre outros tais, como as famílias pluriparental, paralela e eudemonista.[4]

2.1.1Família na Constituição Federal de 1988

O ordenamento jurídico brasileiro é regido pela Carta Magna de 1988, a qual determina que o Estado tem a obrigação de proteger a entidade familiar, o que é uma evolução indiscutível, uma vez que, no direito romano, o Estado não exercia nenhum papel com relação à salvaguarda da família, pertencendo a autoridade ao patriarca, com exclusividade.

Todavia, houve uma modificação nesta esfera, em que o Poder Estatal protege tal instituto. Assim, o artigo 226, §§ 1° a 8°, da Constituição Federal de 1988, dispõe sobre a família, *in verbis:*

> Art. 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 do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
>
> § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
>
> § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.
>
> § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)
>
> § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.
>
> § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Entende-se, dessa forma, qualquer aglomerado de pessoas que tenham laços afetivos em comum, tendo por objetivo principal a mútua assistência e a comunhão plena de vida, sendo os secundários a procriação e educação dos filhos. Porém, os relacionamentos apresentam algumas dificuldades, podendo gerar conflitos que resultem na dissolução do vínculo matrimonial por meio do divórcio (art. 226, §6°, CF/88), bem como a dissolução da união estável, como já mencionado no dispositivo legal acima.

2.2 Conceito de Alienação Parental

Ao romper a vida conjugal, se um dos cônjuges não conseguir lidar com a separação, surge um sentimento de rejeição cumulado com raiva, resultando em um desejo insaciável de vingança. A partir dessa sensação, estimula-se um processo de destruição e desmoralização do outro cônjuge perante os filhos, o que vem a causar consequências danosas para todos os envolvidos no problema. Assim, a criança ou o adolescente é estimulado a odiar o outro genitor, afastando-se por completo da convivência paterno-filial.[5]

Todos aqueles que, de alguma forma, provêm o bem-estar da criança e do adolescente sofrem com os efeitos da alienação parental, como os pais, os avós e qualquer outra pessoa que seja responsável pela criança, causando interferência no equilíbrio emocional de todos os envolvidos e, consequentemente, a desestruturação do seio familiar.

Nota-se que todo esse conflito surge por causa dos interesses pessoais do casal, deixando de lado realmente o que está em questão, ou seja, o bem-estar da criança que, por lei, deverá ser assistida pelos pais conjuntamente, como previsto na CF/88, art 226, § 5º, o qual preceitua que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

É importante salientar que o que está em questão não são os interesses dos pais, mas sim os das crianças e dos adolescentes, portanto ambos deverão cumprir direitos e obrigações para com os filhos, que é o de garantir o seu bem-estar, saúde, educação, lazer, dentre outros, a fim de proporcionar-lhes uma vida digna.

O tema ganhou força no Brasil com a Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010, a qual teve como propósito o de preservar a integridade física, psíquica da criança e do adolescente, punindo os responsáveis por tal prática. Segundo o art. 2º da referida lei, *in verbis:*

> Art. 2°. Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou o adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ou estabelecimento ou à manutenção de vínculo com este.

É necessário que o abuso seja identificado, bem como os seus agressores, pois, quando a criança passa a ser objeto de uma disputa irresponsável travada pelos pais, no seio familiar, inevitavelmente sofrerá traumas que terão consequências graves na vida dela, como dificuldade para se expressar, isolamento, agressividade, dentre outros. A criança pode tornar-se um adulto frustrado, fracassado, não conseguindo lidar com as diversas situações surgidas no dia a dia.

2.2.1 Distinção da Alienação Parental e da Síndrome da Alienação Parental

Podemos fazer um paralelo com a Alienação Parental, abordando a Síndrome da Alienação Parental (SAP). Tais conceitos, embora se pareçam, são institutos diversos, que não se confundem, uma vez que uma é o complemento da outra. Alienação Parental é a maneira como o genitor detentor da guarda age para desmoralizar o genitor alienado ante a criança. O guardião domina a situação e manipula a criança com o intuito de transformar o outro genitor em um estranho, a fim de que a criança, já tomada pelo ódio, afaste-o do seu convívio.

A Síndrome da Alienação Parental diz respeito aos efeitos emocionais e às condutas comportamentais desencadeados na criança que é ou foi vítima desse processo, ou seja, são as sequelas deixadas pela prática da Alienação Parental em si.

A Síndrome da Alienação Parental (SAP) é termo proposto por Gardner, que foi identificada em 1985 nos processos de separação conjugal, especialmente no momento em que havia certa disputa pela guarda dos filhos, em que o cônjuge detentor da guarda, com pleno domínio da situação, distorcia a imagem do outro genitor, manipulando a criança para que evitasse o contato com este, bem como o desprezo injustificado, criando fortes sentimentos, como ódio, repúdio, ansiedade e temor em relação ao outro genitor.[6]

Segundo Jorge Trindade, a síndrome da alienação parental surge com a separação do casal, necessariamente quando não há um consenso entre os pais a respeito da guarda do filho, e um dos genitores acaba denegrindo a imagem do outro genitor para o filho. Vejamos o seu entendimento a seguir:

> A Síndrome de Alienação Parental é um transtorno psicológico que se caracteriza por um conjunto de sintomas pelos quais um genitor, denominado cônjuge alienador, transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes formas e estratégias de atuação, com objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado, sem que existam motivos reais que justifiquem essa condição. Em outras palavras, consiste num processo de programar uma criança para que odeie um de seus genitores sem justificativa, de modo que a própria criança ingressa na trajetória de desmoralização desse mesmo genitor..[7]

Desse feito, a Síndrome da Alienação Parental consistiria em um procedimento negativo provocado pelo genitor detentor da guarda, a fim de manipular a criança, mediante as mentiras contadas a ela, para que esta passasse a sentir ódio e, com isso, evitar o contato com o outro genitor.

2.3 Conceito de Guarda Compartilhada

Após o divórcio, extingue-se o vínculo matrimonial entre o antigo casal, restando a preocupação quanto aos filhos menores havidos durante o matrimônio. Ocorre que, muitas vezes, os conflitos que culminaram no fim da relação tornam a convivência tão insuportável que acabam por aniquilar uma possível amizade ou, até mesmo, um bom relacionamento entre os genitores, prejudicando os filhos em comum.

A guarda compartilhada foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei N° 11.698 de 2008, que alterou o artigo 1.583 do Código Civil de 2002, como meio de solucionar o problema da guarda, que anteriormente era apenas unilateral, cabendo, na maioria das vezes, à genitora ou a quem revelasse maiores condições para criar a prole.

Assim, a guarda compartilhada é a ação conjunta dos pais, com vistas à tomada de decisões relacionadas a seus filhos e, assim, cumprirem de forma harmônica os deveres dos pais, mesmo que se encontrando separados um do outro, exercendo em plenitude o poder familiar. Essa espécie de guarda é a solução encontrada para diminuir o impacto aos filhos menores do antigo casal com relação à convivência com os pais.

Entretanto, essa modalidade de guarda não se confunde com a guarda alternada, em que o filho não possui uma residência fixa, passando um período com o pai e outro com a mãe. Na

guarda compartilhada, a criança ou o adolescente possui um referencial de casa principal, vivendo com um dos genitores, mas cabendo todas as decisões serem tomadas em conjunto.[8]

Observemos o disposto no artigo 1.583 do Código Civil de 2002, *in verbis:*

> Art. 1.583. A guarda será unilateral ou **compartilhada**.
>
> § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5o) e, **por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns** (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008)**.** (GRIFO NOSSO)

O doutrinador Paulo Lobo afirma que a finalidade da guarda compartilhada é unificar as decisões tomadas em relação aos filhos, permitindo a participação igualitária dos genitores nesse processo, uma vez que, na guarda unilateral, os filhos residirão com um dos genitores, o qual terá exclusivamente a presença daqueles, cabendo ao outro apenas o direito de visita. Com isso, vejamos o posicionamento do jurista:

> A guarda compartilhada tem por finalidade essencial a igualdade na decisão em relação ao filho ou corresponsabilidade, em todas as situações existentes e patrimoniais. Consequentemente, não há impedimento a que seja escolhida ou decretada pelo juiz, quando os pais residirem em cidades, estados, ou até mesmo em países diferentes, pois as decisões podem ser tomadas a distância, máxime com o atual desenvolvimento tecnológico das comunicações.[9]

Assim, a melhor definição de guarda compartilhada é a disposta na redação do artigo 1.583 do CC/02, no qual o texto legal deixa claro que caberá aos pais as decisões relacionadas aos filhos. Atualmente o Judiciário tem adotado esse tipo de guarda como forma mais usual e, apenas em casos de impossibilidade de seu deferimento, recorrido à aplicação do modelo unilateral de guarda.

2.3.1 Guarda compartilhada como problema

A separação de um casal é um momento muito delicado, não só para eles, como também para os filhos advindos da união desfeita, tendo em vista que estes terão uma ruptura no convívio familiar e a introdução a uma nova realidade.

Após o divórcio, muitas vezes, o casal não consegue manter um bom relacionamento, ou ao menos o respeito, e isso acaba por prejudicar a efetivação do objetivo da guarda compartilhada, uma vez que começa a ser desenvolvida a alienação parental, até o aparecimento da respectiva síndrome, trazendo sequelas irreversíveis para criança.

Carlos Roberto Gonçalves entende que a guarda compartilhada não deve ser interposta como solução para todos os casos, sendo contraindicada para alguns, exatamente por prever o conflito existente entre os genitores.[10]

O juiz, ao decretar a guarda compartilhada, em alguns casos, não consegue perceber que ali há resquícios da separação, em que a relação do antigo casal está tomada por sentimentos de raiva e ódio, e, assim, acaba por prejudicar o menor, colocando-o no meio do conflito.

Surge a partir de então a figura da alienação parental, que é utilizada como meio de vingança e punição de um cônjuge com relação o outro. Entretanto, aquele não observa que está utilizando seu próprio filho, causando danos irreparáveis para satisfazer seu ego.

Como a guarda compartilhada permite a participação dos dois genitores na tomada efetiva de decisões que envolvam a prole, um deles começa a mentir e inserir ideias falsas sobre o outro na mente da criança, que acaba aos poucos se afastando do genitor, tornando-se uma pessoa sem referencial, muitas vezes, paterno, o que proporciona vários problemas de ordem psíquica.

Assim, entende-se que a guarda compartilhada acaba por facilitar a prática da alienação parental, no caso de o antigo casal não ter boa relação, trazendo inúmeros traumas psicológicos à criança, pois não há como manter um equilíbrio em meio de tantos conflitos e sentimentos negativos, o que acaba por prejudicar o menor.

2.3.2 Guarda compartilhada como solução

A Lei 11.698/2008 instituiu a ***Guarda Compartilhada,*** determinando explicitamente que essa modalidade poderia ser aplicada pelo Poder Judiciário, inclusive, como meio de se evitar a Alienação Parental (AP) e, por consequente, a Síndrome da Alienação Parental (SAP). Para alguns doutrinadores, a guarda compartilhada seria, como já citado, uma solução para a alienação parental, desde que houvesse um consenso entre o casal, uma relação amigável, para que pudessem compartilhar a guarda da criança ou do adolescente, a fim de evitar traumas físicos e psicológicos irreversíveis futuramente. Assim, dispõe em seu artigo Art. 1.584 da referida lei.

> Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:
>
> **I** - requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;
>
> **II** - decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

Maria Berenice enaltece o seu posicionamento quanto à guarda compartilhada:

> Os fundamentos da guarda compartilhada são de ordem constitucional e psicológica, visando basicamente garantir o interesse do menor. Significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva a pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. A proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual.[11]

Entende-se que, sendo a guarda compartilhada a mais

adequada, os pais estariam exercendo o seu poder familiar de forma mais positiva, visto que ambos continuariam no exercício de suas obrigações, evitando, assim, traumas futuros,eis que a relação dos pais com os filhos deve prevalecer a qualquer tipo de interesse pessoal do casal, deixando de lado os sentimentos de ódio e vingança que sentem um pelo outro em detrimento do bem-estar da criança e do adolescente.

Compartilhar não é dividir o filho ao meio, determinar com quem a criança vai ficar, se com o pai ou com a mãe, mas sim participar do dia a dia, da educação, da escola, do médico, ou seja, compartir a criação da criança.[12]

O não cumprimento dessas obrigações gera para criança e adolescente uma perturbação psíquica, e estes acabam desenvolvendo sentimentos de ódio e repúdio ao alienado.

É necessário que a dissolução do vínculo matrimonial ocorra de forma consensual, amigável, para que sejam preservados os direitos da criança e do adolescente, pois só assim, com os pais participando da criação dos filhos, afastada estaria a prática da alienação parental, propiciando à prole uma continuidade saudável em suas relações parentais.

2.4 Poder Judiciário e Alienação Parental

O Poder Judiciário quase sempre é procurado para resolver os conflitos pertinentes à guarda dos filhos menores, mas também há procura por parte do genitor alienado.

Entretanto, o ocorrido é algo imperceptível no início, e, por estar enraizado nas relações familiares de uma maneira mais específica, o Poder Judiciário não consegue detectar a priori o ocorrido, sendo necessários inúmeros exames periciais para comprovação da alienação.

Com a demora do Judiciário em resolver a situação, a alienação parental vai concretizando-se, dificultando sua inversão e prejudicando a vida da criança por um longo período, pois esta teve sua relação com seu genitor aniquilada.

A prática da alienação parental, muitas vezes envolve falsas ideias referentes a casos de abuso sexual, com intuito de afastar o outro genitor do menor. Partindo dessa premissa, Maria Berenice Dias aduz que:

> A tendência, de um modo geral, é imediatamente levar o fato ao Poder Judiciário, buscando a suspensão das visitas. Diante da gravidade da situação, acaba o juiz não encontrando outra saída senão a de suspender a visitação e determinar a realização de estudos sociais e psicológicos para aferir a veracidade do que lhe foi noticiado. Como esses procedimentos são demorados – aliás, fruto da responsabilidade dos profissionais envolvidos- , durante todo este período cessa a convivência do pai com o filho. Nem é preciso declinar as sequelas que a abrupta cessação das visitas pode trazer, bem como os constrangimentos que as inúmeras entrevistas e testes a que é submetida a vítima na busca da identificação da verdade.[13]

Assim, a falsa afirmação de um ato que jamais ocorrera tende a prejudicar ainda mais a criança ou o adolescente, uma vez que este acredita fielmente no que lhe foi dito, não conseguindo distinguir a realidade dos fatos, criando um sentimento irreversível de ódio pelo genitor alienado.

Nesse contexto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em acertado entendimento, tem decidido:

> DIREITO DE VISITAS. PAI. ACUSAÇÃO DE ABUSO SEXUAL. PEDIDO DE SUSPENSÃO OU DE MANUTENÇÃO DA VISITAÇÃO ASSISTIDA. CABIMENTO. 1. Como decorrência do poder familiar, o pai não guardião tem o direito de avistar-se com a filha, acompanhando-lhe a educação, de forma a estabelecer com ela um vínculo afetivo saudável. 2. A mera suspeita da ocorrência de abuso sexual não pode impedir o contato entre pai e filha, mormente quando existe laudo psicológico sugerindo que as visitas assistidas sejam mais flexibilizadas, para possibilitar a interação entre pai e filha e o restabelecimento do vínculo. 3. As visitas ficam mantidas conforme originalmente estabelecido, com assistência e intermediação de Oficial de Justiça ou membro do Conselho Tutelar, com o que restará assegurada a integridade física e psicológica da menor durante o convívio com o genitor, bem como resguardará este de novas acusações. Recurso provido**.** Agravo de Instrumento Nº 70058059676 (Nº CNJ: 0530594-76.2013.8.21.7000), Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgamento: 26 de fevereiro de 2014.

Ao verificar a alienação parental, o juiz deverá advertir o pai ou a mãe alienador e determinar a guarda para o genitor que demostrar maior responsabilidade e comprometimento com a criança.

É importante que seja verificada, e só após ficar comprovada a prática da alienação parental é que o Juiz poderá determinar algumas medidas protetivas à criança ou ao adolescente e aplicar a punição cabível ao genitor alienador, que, dependendo do caso, poderá o Juiz suspender o poder familiar do guardião alienador e transferir a guarda para o outro genitor. Essa é a penalidade mais grave que pode acontecer.

E assim, visando ao bem-estar da criança e do adolescente, poderá o Juiz em atenção às necessidades do filho decretar a guarda, que poderá ser unilateral ou compartilhada, vai depender do caso em questão. Para muitos, a guarda compartilhada inibi esse abuso, pois o bom relacionamento entre os pais afasta quaisquer indícios da alienação parental, e, com isso, permite o desenvolvimento de uma convivência saudável e equilibrada entre os envolvidos.

Vejamos a seguir o que está previsto no artigo 1.584 e seus seguintes incisos:

> Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:
>
> II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.
>
> § 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.
>
> § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que

possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (NR)

Embora o Poder Judiciário esteja limitado e apresente dificuldades para detectar de maneira ágil a presença da Alienação Parental, tem buscado outras formas de resolver o problema. Em processos de guarda, normalmente, há psicólogos para avaliar o menor como meio de verificar se ali está ocorrendo a prática da Alienação.

A Lei da Alienação Parental, nº. 12.318/2010, determina que, ao detectar a alienação parental, o juiz deverá aplicar algumas sanções, observemos o artigo 6°, I a VII, e parágrafo único:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Hoje, a dificuldade de se aplicar qualquer penalidade em se tratando da alienação parental, judicialmente, é a dificuldade de identificar essa prática, pois, às vezes, o magistrado não consegue logo detectar o mal causado contra a criança e adolescente, e o abuso acaba prolongando-se e tomando grandes proporções.

3 METODOLOGIA

O presente artigo foi elaborado utilizando a pesquisa bibliográfica e a documental, em livros, notícias "*online*", para a construção do referencial teórico. Foi usada também a pesquisa legal, por meio da análise de normas jurídicas do nosso ordenamento pátrio, incluindo a Constituição Federal, o Código Civil e as leis específicas.

4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

Os achados da pesquisa consistem, primeiramente, na abordagem sobre o que é Alienação Parental, vindo, a seguir, tratar dos seus efeitos e da repercussão na vida da criança alienada.

4.1 Alienação Parental

É o ato pelo qual um dos genitores, o que detém a guarda da criança, denigre, desmoraliza a figura do outro genitor, fazendo que a criança crie uma aversão ao genitor alienado. A prática, quando não identificada logo, poderá prolongar-se por muitos anos e tomar grandes proporções, chegando a uma situação de difícil reversão.

A criança é a mais prejudicada, pois ela acaba ficando de um lado para o outro, no meio de uma disputa, sob a influência do genitor detentor da guarda, absorvendo todas as mentiras infundadas que lhes são contadas, com o propósito de afastar do seu convívio a presença do genitor alienado.

4.1.1 Efeitos e repercussão na vida da criança alienada

A criança alienada apresenta grandes dificuldades, como a de se expressar, conviver com outras pessoas, de se impor, além disso, pode tornar-se adulto frustrado, fracassado, ansioso e incapaz.

Os traumas, muitas vezes, são irreversíveis, e a criança passa toda a sua infância alienada, sendo confundida pelo alienador, até chegar o momento em que não consegue mais distinguir o que é verdade e mentira e, futuramente, poderá tornar-se um adulto inseguro com relação ao convívio na sociedade.

Portanto, é preciso que seja identificado logo o abuso e, por conseguinte, sejam aplicadas as punições legalmente cabíveis, a fim de evitar que a criança sofra por longos períodos de sua vida, até chegar ao ponto de não conseguir mais reverter a situação.

5 CONCLUSÃO

Com o desenvolvimento deste artigo científico, foi analisado o que é a alienação parental, como e por que ela ocorre, com qual frequência, quais os efeitos que pode trazer à vida da criança e do genitor alienado, bem como o papel do Poder Judiciário para diminuir essa pratica e resolver os casos que já se efetivaram.

A partir daí, vislumbrou-se a importância do tema para sociedade, em especial para casais separados que disputam entre si a guarda dos respectivos filhos. O objetivo maior deste trabalho é mostrar os males trazidos à criança, bem como a maneira de punir e inibir o alienante. É fundamental que sejam identificados os abusos desde a fase inicial, como forma de prevenir a criança de futuros traumas, pois, quando há disputa pela guarda, o maior prejudicado será a criança ou adolescente envolvido, pois estes, sob a influência do genitor

detentor da guarda, acabam absorvendo todas as mentiras que lhes são contadas, passando, assim, a excluir do seu convívio o outro genitor.

Conclui-se, portanto, que, quando a dissolução do vínculo matrimonial se dá de forma litigiosa, os conflitos entre os genitores começam a surgir, trazendo graves consequências para saúde mental e emocional da prole em virtude dos interesses pessoais daqueles se sobreporem aos interesses destes.

Contudo, entende ser a Guarda Compartilhada a mais adequada para evitar tal prática, porém, para que esse tipo de guarda tenha total eficácia, é preciso que a dissolução da relação se dê de forma consensual e amigável, pois somente quando houver uma boa convivência entre os genitores é que poderá ser afastada a alienação parental.

A guarda compartilhada advém da vontade dos genitores, e, na ausência de um provável acordo entre os pais, poderá o Juiz, sempre que possível, determinar a guarda compartilhada, visando ao bem-estar da criança e do adolescente e o equilíbrio familiar após a extinção do vínculo matrimonial, pois a guarda compartilhada permite que os pais participem conjuntamente do desenvolvimento dos filhos e, por conseguinte, de uma boa convivência familiar.

REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. **Alienação parental**: uma nova lei para um velho problema. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/aliena%E7%E3o_parental_-_uma_nova_lei_para_um_velho_problema.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2014.

ALEMÃO, Kario Andrade; Âmbito jurídico. **Síndrome da Alienação Parental (SAP).** Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11477&revista_caderno=14 > Aceso em: 25 Jan. 2014.

LEITE, Aline Ferreira dias. **A disputa pela guarda dos filhos e a guarda compartilha:** A atuação dos assistentes sociais judiciários, São Paulo, 2010. Disponível em http://www.sapientia.puc.sp.br/tde_busca/arquivo.php?codarquivo=12394 > Acesso em 6 Fev. 2014

DIAS, Maria Berenice; Site da autora, **Síndrome da Alienação Parental, o que é isso?** Disponível em < http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_s%EDndrome_da_aliena%E7%E3o__parental%2C_o_que_%E9_isso.pdf > Acesso em 20 Fev. 2014

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, v. 6, Direito de Família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TRINDADE, Jorge. Síndrome de Alienação Parental (SAP). In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Incesto e Alienação Parental:** realidades que justiça insiste em não ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LOBO, Paulo; Direito Civil – Famílias; 4ª Edição, 2011, Editora Saraiva;

(Endnotes)

1 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, v. 6, Direito de Família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p 31.

2 Ibdem, p 31

3 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p 40

4 Ibdem, p 45 a 47

5 DIAS, Maria Berenice. Alienação parental: uma nova lei para um velho problema. **Maria Berenice Dias**. Publicado em: Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/aliena%E7%E3o_parental_-_uma_nova_lei_para_um_velho_problema.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2014.

6 ALEMÃO, Kario Andrade; Âmbito jurídico. Síndrome da Alienação Parental (SAP). Publicado em: Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11477&revista_caderno=14>. Aceso em: 25 jan. 2014.

7 TRINDADE, Jorge. Síndrome de Alienação Parental (SAP). In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). Incesto e Alienação Parental: realidades que justiça insiste em não ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 102-106

8 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, v. 6, Direito de Família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p 296

9 LOBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p 200.

10 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, v. 6, Direito de Família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p 296

11 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p 395.

12 LEITE, Aline Ferreira dias. A disputa pela guarda dos filhos e a guarda compartilhada: A atuação dos assistentes sociais judiciários, São Paulo, 2010. Disponível em < http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=12394 > Acesso em 6 Fev. 2014

13 DIAS, Maria Berenice; Site da autora, **Síndrome da Alienação Parental, o que é isso?** Disponível em < http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_s%EDndrome_da_aliena%E7%E3o__parental%2C_o_que_%E9_isso.pdf > Acesso em 20 Fev. 2014

ASPECTOS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

JULIANA MOREIRA CHASTINET7, autora*
*PAULO HENRIQUE GONÇALVES PORTELA8**, orientador*

SUMÁRIO:

1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEÓRICO. 2.1 O DIREITO DA CRIANÇA PELA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E NOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. 2.2 ANÁLISE DA CONVENÇÃO SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. 2.3 ANÁLISE DA CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE A RESTITUIÇÃO INTERNACIONAL DE MENORES. 2.4 O FENÔMENO À LUZ DO ORDENAMENTO INTERNO. 2.4.1. Caso Sean Goldman. 3 METODOLOGIA. 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO

O presente artigo tem o escopo de analisar os principais aspectos da retenção ou retirada ilícita de menores do seu país habitual, quando essa violação implica violação dos termos de guarda, tendo como base de estudo a Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças e a Convenção Interamericana sobre Restituição de Menores, bem como tem o escopo de investigar a atuação do Poder Judiciário Brasileiro perante o problema, e a proteção oferecida referente aos direitos e aos interesses superiores da criança. Para tanto, realizou-se uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, voltada à análise da aplicação prática, de caráter qualitativo.

Palavras-Chave: Criança. Sequestro Internacional de Crianças. Direito Internacional Privado. Direitos humanos. Sociedade internacional.

---

7 *Aluna do Centro Universitário Christus, atualmente cursando o 6º semestre de Direito. Orientanda pelo Projeto de Monitoria da Disciplina de Direito Internacional, com supervisão e orientação do professor Mestre Paulo Henrique Gonçalves Portela.

8 **Professor do Centro Universitário Christus, formado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e em Diplomacia pelo Instituto Rio Branco do Ministério das Relações Exteriores. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

1 INTRODUÇÃO

Os seres humanos vivem em uma sociedade cada vez mais globalizada, em que há uma crescente interdependência entre os povos e onde é, portanto, cada vez mais comum a ocorrência de relações sociais particulares e públicas entre entes privados, ligados aos mais diversos ordenamentos jurídicos nacionais.

É nesse contexto que o fenômeno do Sequestro Internacional de crianças ganha evidência, destacando-se com cada vez mais frequência nessa sociedade internacional marcada pela efetiva interligação entre diferentes sujeitos que vivem em países diferentes Vale ressaltar que o sequestro discutido em tela se trata do que em inglês se denomina *"abduction"*, o qual significa a transferência ou a retenção ilícita de um menor em um Estado no qual não constitui sua moradia habitual.

Esse evento advém, principalmente, de relações familiares mal resolvidas, caso em que um dos parentes leva o menor para fora do país sem a autorização do outro pai para isso. Normalmente, nesses casos, há a violação dos termos de guarda, ou seja, das regras referentes ao direito de visita e de guarda, que tende a ser a "unilateral", uma vez que não há a ocorrência de crime, pois o outro genitor possui o direito de visitas à criança.

As principais vítimas desses conflitos familiares são as crianças, pertencentes a todas as faixas etárias, as quais, em grande parte dos casos, perdem o vínculo afetivo para com aquele genitor de quem fora retirada a guarda indevidamente ou aquele que não forneceu a devida autorização, concedendo a permanência da criança em outro país.

O Direito Internacional Privado brasileiro, principal fonte das normas que regulam as relações jurídicas e resolvem conflitos de lei no espaço, tem tido grande peso nas decisões jurisprudenciais mais recentes no que tange ao Sequestro Internacional de crianças, como verificaremos adiante. Outrossim, as convenções internacionais de direitos humanos de que o Brasil faz parte procuram resolver o conflito em questão de forma a proteger os principais direitos dos envolvidos, principalmente no que diz respeito ao melhor interesse do menor.

Dessa forma, é imprescindível que haja a cooperação entre os Estados envolvidos no fato, bem como o acionamento da justiça para resolver o conflito, de forma a ficar resguardado o que há de mais importante: o bem-estar físico e psicológico da criança.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

Para efeitos de melhor compreensão, trabalhar-se-á, a seguir, uma visão jurídica sobre a primordial importância dos direitos das crianças, bem como sobre o fenômeno do Sequestro Internacional com base na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, na Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores e na legislação brasileira atual. Como ilustração de caso prático, serão abordados os aspectos principais sobre o caso Sean Goldman e a atuação dos Estados envolvidos no conflito.

2.1 Declaração Universal dos Direitos Humanos

Proclamada em 1948 por meio da resolução da Assembleia Geral da ONU, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, também conhecida como "Carta Internacional dos Direitos Humanos", traz dispositivos acerca dos direitos inerentes à

dignidade da pessoa humana em suas diversas formas.

Essa declaração adveio de um lento processo histórico dirigido a garantir a igualdade de direitos a todos, bem como a proteção e o respeito à dignidade humana. Pode-se afirmar, dessa forma, que a noção de direitos humanos se constitui em todos os direitos pertencentes ao ser humano que protejam e promovam a dignidade de cada indivíduo único, independente de sexo, idade, nacionalidade, cor ou qualquer outra condição.

O artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos menciona, especificamente, em seu parágrafo 2º, a proteção primordial à criança, *in verbis:*

> Art. XXV (...)
>
> 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social.

A importância com que a criança é tratada se justifica, principalmente, pela sua vulnerabilidade perante os demais indivíduos adultos e a sociedade. A fragilidade natural pertencente às crianças fundamenta-se nos aspectos biológico e psicológico diferenciados, devendo, dessa modo, ser levada em conta como a principal característica que justifica a grande importância dos direitos relativos a menores e por que estes devem ser considerados prioritários acima de quaisquer outros.

É com base nesse princípio da prioridade que se tenta resolver o conflito referente ao Sequestro Internacional de crianças, uma vez que é necessário buscar o melhor interesse da criança e protegê-lo, acima de todas as outras relações possíveis envolvidas no caso. É essa distinta proteção à qual a criança tem direito, com base na sua vulnerabilidade, que torna o conflito delicado e carente de grande atenção, pois é reconhecido que as crianças devem desenvolver-se em ambiente de paz, harmonia e amor para adquirir uma personalidade harmoniosa.

Vale ressaltar que consta especificamente tal proteção assegurada às crianças no artigo 24 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, um dos instrumentos constituintes da Carta Internacional dos Direitos Humanos, senão vejamos:

> ARTIGO 24:
>
> 1. Toda criança terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requerer por parte de sua família, da sociedade e do Estado.
>
> 2. Toda criança deverá ser registrada imediatamente após seu nascimento e deverá receber um nome.
>
> 3. Toda criança terá o direito de adquirir uma nacionalidade.

O referido pacto internacional possui alcance mundial, o que significa dizer que, dentre os direitos civis e políticos assegurados e promovidos em seu texto, encontra-se o citado direito das crianças como um direito conhecido em ampla escala. Uma vez que pouquíssimos são os Estados que não aderiram ao Pacto, não o assinando nem o ratificando, o alcance dos direitos promovidos no teor do acordo são de conhecimento global, o que reforça ainda mais sua suma importância e influência.

É válido mencionar ainda a Convenção sobre os Direitos das Crianças, que entrou em vigor no âmbito internacional em 1990 e foi internalizada no ordenamento brasileiro mediante Decreto Legislativo nº 28, a qual delimita algumas questões importantes referentes às condições das crianças em sede de concordância internacional, conforme os seguintes artigos contidos em seu texto legal:

> Artigo 1:
>
> Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.

Vale ressaltar a importância do supracitado artigo, uma vez que, delimitando o conceito de "criança" no âmbito jurídico internacional, tornou-se mais fácil, bem como deu maior segurança jurídica às decisões dos tribunais julgadores de casos de sequestro internacional de menores e demais fenômenos envolvendo crianças. E, com base nesse teor, vieram os seguintes, também citados por sua suma importância:

> Artigo 3:
>
> 1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.
>
> 2. Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.
>
> 3. Os Estados Partes se certificarão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada. (...)
>
> Artigo 8:
>
> 1. Os Estados Partes se comprometem a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas.
>
> 2. Quando uma criança se vir privada ilegalmente de algum ou de todos os elementos que configuram sua identidade, os Estados Partes deverão prestar assistência e proteção adequadas com vistas a restabelecer rapidamente sua identidade.
>
> Artigo 9:
>
> 1. Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades

competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança.

2. Caso seja adotado qualquer procedimento em conformidade com o estipulado no parágrafo 1 do presente artigo, todas as partes interessadas terão a oportunidade de participar e de manifestar suas opiniões.

3. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.

4. Quando essa separação ocorrer em virtude de uma medida adotada por um Estado Parte, tal como detenção, prisão, exílio, deportação ou morte (inclusive falecimento decorrente de qualquer causa enquanto a pessoa estiver sob a custódia do Estado) de um dos pais da criança, ou de ambos, ou da própria criança, o Estado Parte, quando solicitado, proporcionará aos pais, à criança ou, se for o caso, a outro familiar, informações básicas a respeito do paradeiro do familiar ou familiares ausentes, a não ser que tal procedimento seja prejudicial ao bem-estar da criança. Os Estados Partes se certificarão, além disso, de que a apresentação de tal petição não acarrete, por si só, consequências adversas para a pessoa ou pessoas interessadas.

Artigo 11:

1. Os Estados Partes adotarão medidas a fim de lutar contra a transferência ilegal de crianças para o exterior e a retenção ilícita das mesmas fora do país.

2. Para tanto, aos Estados Partes promoverão a conclusão de acordos bilaterais ou multilaterais ou a adesão a acordos já existentes. (...)

Artigo 35: Os Estados Partes tomarão todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir o sequestro, a venda ou o tráfico de crianças para qualquer fim ou sob qualquer forma.

Este último artigo não tão somente encerra o tópico, mas confirma, junto à Carta de Direitos Humanos, a segurança da integridade da criança perante os fenômenos abusivos contra esta, qualificando aos Estados a responsabilidade de agir a fim de evitar maiores consequências ao bem-estar dos menores.

2.2 Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças

A Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, finalizada na cidade da Haia (Holanda) em 25 de outubro de 1980, tem como principais objetivos o combate ao fenômeno da transferência e da retenção ilícita de crianças em outro país e o respeito aos direitos de guarda parental e de visita dos genitores.

O artigo 1º da Convenção da Haia aduz, expressamente, seus objetivos:

Artigo 1º:

A presente Convenção tem por objetivo:

a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente;

b) fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante.

Como já exposto anteriormente, os direitos das crianças têm importância primordial e especial sobre os demais, devido à necessidade de proteção mais ampla e diferenciada aos menores relativa à sua vulnerabilidade. Desse modo, como protegido e promovido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, os principais interesses da criança são também tema de proteção da Convenção de Haia de 1980, segundo descreve o Professor Paulo Henrique Portela: "A Convenção de Haia fundamenta-se na necessidade de proteger os interesses superiores da criança contra os efeitos prejudiciais que possam resultar da mudança de domicílio ou da retenção ilícitas, que ocorrem quando uma criança é levada indevidamente do país onde normalmente vive para outro (...)."[1]

Sobre o aduzido, dispõe os artigos 3º, 4º e 5º da Convenção, nos seguintes termos:

Artigo 3º

A transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando:

a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; e

b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou em conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido.

O direito de guarda referido na alínea a) pode resultar de uma atribuição de pleno direito, de uma decisão judicial ou administrativa ou de um acordo vigente segundo o direito desse Estado.

Artigo 4º

A Convenção aplica-se a qualquer criança que tenha residência habitual num Estado Contratante, imediatamente antes da violação do direito de guarda ou de visita. A aplicação da Convenção cessa quando a criança atingir a idade de dezesseis anos.

Artigo 5º

Nos termos da presente Convenção:

a) o "direito de guarda" compreenderá os direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança, e, em particular, o direito de decidir sobre o lugar da sua residência;

b) o "direito de visita" compreenderá o direito de levar uma criança, por um período limitado de tempo, para um lugar diferente daquele onde ela habitualmente reside.

Como consta na própria Convenção, esta só se aplica a qualquer criança que tenha residência habitual em um dos

Estados assinantes e cessa quando a criança completar 16 anos. Vale ressaltar que, no que diz respeito ao conceito de "residência habitual", o STJ se manifestou no REsp 1.315.342 – RJ, no seguinte sentido: "A residência habitual, para fins da Convenção de Haia, é aquela em que a criança tinha as suas raízes, estava vivendo em caráter de permanência."[2]

A Convenção ainda aduz que cada Estado signatário deverá designar uma Autoridade Central encarregada pelas obrigações dispostas na carta. No Brasil, essa autoridade é a Secretaria Nacional de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH), como dispõe o Decreto nº 3951/00, que tem o escopo de atuar conforme o regulamento específico da Convenção, devendo praticar atos, como prestar assessoria direta e imediata à presidenta da República na formulação de políticas e diretrizes voltadas para a promoção dos direitos da cidadania, da criança, do adolescente, do idoso e das minorias e à defesa dos direitos das pessoas com deficiência e promoção de sua integração à vida comunitária; exercer as funções de ouvidoria-geral da cidadania, da criança, do adolescente, da pessoa portadora de deficiência, do idoso e de outros grupos sociais vulneráveis, entre outros.

O artigo 7º da presente Convenção dispõe o seguinte:

> Artigo 7º: As autoridades centrais devem cooperar entre si e promover a colaboração entre as autoridades competentes dos seus respectivos Estados, de forma a assegurar o retorno imediato das crianças e a realizar os demais objetivos da presente Convenção.
>
> Em particular, deverão tomar, quer diretamente, quer através de um intermediário, todas as medidas apropriadas para:
>
> a) localizar uma criança transferida ou retida ilicitamente;
>
> b) evitar novos danos à criança, ou prejuízos às parles interessadas, tomando ou fazendo tomar medidas preventivas;
>
> c) assegurar a entrega voluntária da criança ou facilitar uma solução amigável;
>
> d) proceder, quando desejável, à troça de informações relativas à situação social da criança;
>
> e) fornecer informações de caráter geral sobre a legislação de seu Estado relativa à aplicação da Convenção;
>
> f) dar início ou favorecer a abertura de processo judicial ou administrativo que vise o retomo da criança ou, quando for o caso, que permita a organização ou o exercício efetivo do direito de visita;
>
> g) acordar ou facilitar, conforme ás circunstâncias, a obtenção de assistência judiciária e jurídica, incluindo a participação de um advogado;
>
> h) assegurar no plano administrativo, quando necessário e oportuno, o retorno sem perigo da criança;
>
> i) manterem-se mutuamente informados sobre o funcionamento da Convenção e, tanto quanto possível, eliminarem os obstáculos que eventualmente se oponham à aplicação desta.

Conforme exposto no dispositivo, fica em clara evidência a necessidade da cooperação internacional entre os Estados de forma a resolver o fenômeno do sequestro internacional da forma mais pacífica possível, buscando sempre proteger a integridade física e psicológica da criança que acaba por, sempre, sofrer os efeitos prejudiciais advindos de tal fato. O interesse do menor envolvido faz-se primordial, e é sobre ele que devem recair as devidas atenções.

Ciente disso, os dispositivos da Convenção devem ser interpretados de maneira a beneficiar o menor, atendendo ao princípio da prioridade no que tange ao seu melhor interesse, podendo ser a interpretação restritiva, extensiva ou declarativa. Esse entendimento se encontra sedimentado, inclusive, pelo STJ, no julgamento do REsp 1.293.800 – MG.[3]

Dessa forma, a Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças faz expor, em seu teor, os dispositivos sobre a constituição do conflito, bem como a maneira como se devem portar os Estados envolvidos e a forma de procedência para resolvê-lo, levando em consideração, especialmente, os direitos humanos da criança.

2.3 Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores

Com o escopo de assegurar a pronta restituição de menores transportados ou retidos ilegalmente em Estado diverso da sua moradia habitual, é seguro afirmar que a presente Convenção serve como complemento à Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, uma vez que esta delimita em seus dispositivos como se dá o Sequestro Internacional, ao passo que aquela dispõe sobre a maneira de se agir perante o problema.

O Brasil constitui um dos Estados-membro da Convenção, tendo esta sido adotada no ordenamento interno brasileiro por meio do Decreto Legislativo nº 3, em 7 de fevereiro de 1994, caso em que os brasileiros podem utilizar-se de fundamentos à luz dessas normas internacionais para a resolução de conflitos internamente.

No teor do acordo, o artigo 6º diz expressamente que a competência para conhecer a solicitação de restituição de menores cabe às autoridades judiciárias ou administrativas do Estado em que o menor reside habitualmente. No Brasil, o procedimento se perfaz por meio da Autoridade Central Administrativa Federal (ACAF), em que o interessado na restituição do menor deve, primeiramente, se certificar de que o Estado onde se encontra a criança também é signatário da presente Convenção ou da Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Menores e, a partir daí, contatar o ACAF para preencher o formulário com o pedido de restituição. O procedimento correto se encontra detalhado no web site da Secretaria de Direitos Humanos (SDH).[4]

A convenção ainda dispõe sobre a localização do menor e o direito de visita, deixando bem claro a necessidade da cooperação das autoridades centrais ou administrativas dos Estados parte entre si para que seja possível a resolução do fenômeno do sequestro internacional sem maiores consequências para as partes envolvidas e a criança.

2.4 O fenômeno à luz do ordenamento interno

Segundo Nádia de Araujo, antes de o Brasil aderir às convenções internacionais, a problemática do sequestro internacional de

menores não contava com nenhuma legislação referente ao tema. Nas situações em que a criança era retirada do Brasil irregularmente, a parte interessada deveria ingressar na justiça estrangeira sem nenhum suporte do Estado brasileiro.[5]

Atualmente, não há expressamente uma legislação interna que regule os casos de Sequestro Internacional e a forma de sua procedência. Há, no entanto, na Lei da Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu artigo 7º, a previsão de que " lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família." Portanto, por se tratar de casos envolvendo principalmente os direitos de família, pode-se invocar no Brasil a legislação reguladora de tais direitos, bem como a Constituição Federal, o Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre outros dispositivos.

Porém, adverte Paulo Lobo sobre o assunto:

> "Os estatutos legais abrangentes da criança (a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, em vigor no Brasil desde 1990, inclui o adolescente, ou seja, a pessoa desde seu nascimento até aos 18 anos) e do idoso não se esgotam no direito de família, pois constituem microssistemas pluridisciplinares que igualmente sofrem incidência do direito público administrativo, penal, processual). O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA — Lei n. 8.069/1990)4 e o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), como regimes jurídicos integrais dessas pessoas, enquanto tais, têm como destinatários, além da família, o Estado, a sociedade em geral, as comunidades, as empresas, as demais pessoas, definindo seus direitos específicos à saúde, à vida, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, ao trabalho, às medidas e políticas públicas de proteção e atendimento, que não são matérias diretamente relacionadas à família."[6]

A Carta Magna do Brasil garante a proteção integral de crianças por parte dos pais, da sociedade e do Estado, caso em que assegura os direitos básicos à sobrevivência dos menores de acordo com a dignidade da pessoa humana, tendo especial garantia baseada na vulnerabilidade infantil. No Código Civil, os direitos básicos se traduzem no regulamento das formas de pensão alimentícia, tipos de guarda, funcionamento do poder familiar, entre outros.

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre os direitos inerentes aos menores e expressa no seu art. 152, parágrafo único, que " é assegurada, sob pena de responsabilidade, prioridade absoluta na tramitação dos processos e procedimentos previstos nessa lei, assim como na execução dos atos e diligências judiciais a eles referentes", evidenciando, desse modo, que o princípio da prioridade se estende também aos procedimentos especiais que tramitam com escopo em tal lei e nas diversas outras que têm o tendão de acolher os direitos fundamentais dos menores.

2.4.1 Caso Sean Goldman

Pode-se dizer que, no Brasil, o caso concreto mais representativo do fenômeno do Sequestro Internacional foi o do menino Sean Goldman. O conflito teve seu início quando a mãe do garoto, Bruna Bianchi, decidiu vir ao Brasil em uma visita, trazendo o filho em sua companhia com a expressa autorização do pai David Goldman. Sean residia anteriormente nos Estados Unidos, desde o seu nascimento, em 2000, até o ano de 2004, época em que Bruna viajou ao Brasil. Ocorre que, já em terras brasileiras, Bruna comunicou a David o desejo de se separar decidiu permanecer definitivamente no Brasil com o menor Sean.

A permanência de Sean no Brasil havia sido autorizada por David até o dia 18 julho de 2004, e, passando-se essa data, teve-se a constituição do Sequestro Internacional de Sean por parte de Bruna, que, no caso, houve a retenção do menor ilegalmente em país distinto da sua moradia habitual.

David ajuizou uma ação para conseguir a obtenção da guarda do menor, em que não obteve decisão favorável. A guarda definitiva de Sean foi concedida à Bruna, bem como o divórcio unilateral. No ano de 2008, Bruna Bianchi veio a óbito após o nascimento de sua filha, advinda de seu segundo relacionamento; o padrasto de Sean, após a morte da esposa, ingressou na Justiça brasileira pleiteando a guarda do menino com a alegação de "paternidade socioafetiva", caso em que foi concedida de imediato.

Com o apoio da Autoridade Central dos Estados Unidos, David ingressou com o pedido de cooperação internacional contra o Brasil, alegando a ilicitude da permanência de Sean Goldman no país à luz do disposto na Convenção de Haia de 1980, conseguindo obter a guarda do garoto, que deveria permanecer no Brasil até ser ouvido pela Justiça.

Então, em dezembro de 2009, após 5 anos de disputa pela guarda do garoto, o ministro do STF Gilmar Mendes determinou a cassação da liminar que impedia que David ficasse com o menor e decretou que Sean fosse devolvido imediatamente ao pai, caso em que a família brasileira efetuou a entrega do menor a David, definitivamente, em 24 de dezembro de 2009.

O caso em ilustração atingiu enorme repercussão nacional e internacional e, por meio dele, foi possível conhecer-se mais sobre a abdução internacional de crianças e a atuação das autoridades brasileiras e americanas diante do caso. Foi perceptível a sensibilidade da Justiça brasileira em considerar a opinião do menor para decretar uma decisão, que, diante da situação, foi sopesado o melhor interesse de Sean e decidido que David Goldman detinha o poder familiar e de guarda sobre o menino.

3 METODOLOGIA

Para o presente artigo, foi utilizada a pesquisa bibliográfica e a documental, em livros, revistas, notícias "*online*", para a construção do referencial teórico, sendo separadas diversas referências para este. Outro método de pesquisa foi a jurisprudencial, na qual foram separados julgados e notícias sobre sua existência no judiciário brasileiro. Por fim, temos a pesquisa legal, por meio da análise de diversas normas jurídicas do nosso ordenamento pátrio, incluindo a Constituição Federal, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como métodos de procedimento para a construção do artigo, tem-se o estudo de caso, com a análise do caso concreto sobre o Sequestro Internacional do menor Sean Goldman.

4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

A presente pesquisa revelou que o Sequestro Internacional é um fenômeno crescente, sem tanta notoriedade pela sociedade brasileira, mas que vem ganhando mais reconhecimento a cada ano. É seguro afirmar que o motivo disso é o fato de os envolvidos no conflito não saberem reconhecer que o caso se trata de abdução ilícita de menores, o que prova que o fenômeno não é bastante conhecido, ao menos no Brasil.

O caso Sean Goldman serviu para "abrir os olhos" da sociedade brasileira sobre crianças filhas de pais pertencentes a nacionalidades diferentes. A exposição do menor na mídia brasileira foi tamanha que chocou em âmbito nacional e internacional e mostrou que relações familiares conflituosas, como a do caso, devem ser resolvidas da forma mais branda e pacífica possível, pois é imprescindível que os parentes e os Estados envolvidos ajam cooperativamente entre si no intuito de zelar pelo bem-estar físico e psicológico da criança.

Vale dizer também que, nesse caso, foi ferido o já citado artigo 8º da Convenção de Direitos da Criança, no qual os Estados devem comprometer-se a preservar a identidade da criança, bem como a nacionalidade e as relações familiares de interferências ilícitas.

Diante do exposto, pode-se afirmar que conflitos familiares que tenham como consequência o sequestro internacional poderão vir a se desdobrar em diversas outras problemáticas incidentes na relação direta pai-filho, como a alienação parental referente a um dos polos do caso.

Cabe ressaltar, também, a atuação do Poder Judiciário brasileiro relativo aos casos de Sequestro Internacional, a qual evidencia que o Estado brasileiro tem se organizado, jurídica e administrativamente, no intuito de obter a melhor resolução nos casos de abdução de menores.

As jurisprudências dos Tribunais brasileiros mostram que o tema do Sequestro Internacional de crianças tem sido debatido de forma recorrente nos acórdãos, e as decisões mostram-se bastante atuais, situação na qual se prova que o Estado brasileiro vem promovendo políticas para combater o conflito pacificamente, no intuito de obter cooperação internacional no que tange a proteger os direitos fundamentais das crianças envolvidas.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, pôde-se concluir que o Governo brasileiro vem adotando políticas públicas de forma a difundir o conhecimento acerca do Sequestro Internacional de crianças, bem como a melhor forma a se proceder diante do caso concreto, pois cada caso se mostra diferente em seus aspectos principais.

Igualmente, as Convenções Internacionais combinadas à legislação interna que trata dos direitos fundamentais de crianças têm se mostrado efetivas quando invocadas à luz de casos de abdução interparental. Os tribunais brasileiros têm decidido de acordo com o interesse superior da criança, protegendo e promovendo o que dispõe a Constituição Federal.

Portanto, ao tratar o fenômeno do Sequestro Internacional como uma afronta aos direitos humanos fundamentais das crianças, bem como uma violação ao Direito Internacional, o Poder Judiciário está valorizando o melhor interesse do menor e fazendo efetivar o que defende a Carta dos Direitos Humanos e, principalmente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a qual é a principal legislação interna que se encarrega de proteger a dignidade da criança.

Vale ressaltar que não se deve colocar a responsabilidade do fenômeno em peso nas mãos das autoridades brasileiras. As famílias envolvidas no fato, igualmente, devem agir de forma a promover e efetivar o disposto da legislação interna e internacional no que diz respeito aos direitos das crianças.

Dessa forma, faz-se indispensável que, antes de procurarem as Autoridades Centrais dos Estados responsáveis pela solução do caso, os parentes envolvidos no evento devem procurar resolver os conflitos familiares extrajudicialmente, colocando o menor retido ilicitamente como o principal prejudicado no problema e primando pelo seu bem-estar, pondo-o acima de todos os outros conflitos possivelmente concorrentes ao caso.

Em outras palavras, o pai praticante da abdução e o pai vítima do conflito devem procurar chegar a uma solução pacífica para seus conflitos familiares, deixando de lado a mágoa, a raiva e a decepção ocasionalmente existentes e sobrepor o menor como principal assunto a ser discutido, zelando por seu melhor interesse. Dessa forma, em caso de separação dos cônjuges, estes devem acordar sobre a guarda da criança detalhadamente, no intuito de não haver nenhum desentendimento futuro quanto à residência habitual do menor.

Com todo o exposto, fica claro que uma das alternativas plausíveis para se combater o problema é a concordância com a adoção da guarda compartilhada entre os pais, pois ambos podem ter influência na rotina do menor e decidir sobre as questões referentes a ele igualitariamente. É importante, outrossim, a tentativa de uma melhor comunicação entre os pais, podendo-se utilizar de ajuda psicológica na tentativa de resolver os conflitos familiares, no intuito de priorizar sempre, em todos os casos, o menor envolvido.

6 REFERÊNCIAS

ARAUJO, Nadia de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 5ª. ed. Fortaleza: Juspodivm, 2013.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Adoção e Sequestro Internacional. **Secretaria de Direitos Humanos**, Brasília. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/adocao-e-sequestro-internacional/programas>. Acesso em 24 mar. 2014.

REsp 900262/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/6/2007, DJ 08/11/2007; REsp 954.877/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 4/9/2008, DJe 18/9/2008

STJ, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 27/11/2012, T1 - PRIMEIRA TURMA

(Endnotes)

1 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 5. ed. Fortaleza: Juspodivm, 2013, p 787.

2 STJ, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 27/11/2012, T1 - PRIMEIRA TURMA

3 REsp 900262/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/6/2007, DJ 08/11/2007; REsp 954.877/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 4/9/2008, DJe 18/9/2008

4 PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Adoção e Sequestro Internacional. **Secretaria de Direitos Humanos**, Brasília. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/adocao-e-sequestro-internacional/programas>. Acesso em 24 mar. 2014.

5 ARAUJO, Nadia de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 500-501.

6 LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p 39.

ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Jéssica Lima Nunes[9], autor;*
*Wenderkelly Adriano de Sousa[10**], co-autor;*
*Anna Luiza Matos Coêlho[11***], orientadora.*

SUMÁRIO: RESUMO; 1 INTRODUÇÃO; 2 REFERENCIAL TEÓRICO; 2.1 A Família homoafetiva; 2.2 Conceito de homoafetividade; 3 ADOÇÃO; 3.1.procedimentos da adoção; 3.2 Adoção por casais homoafetivos; 4 METODOLOGIA DA PESQUISA; 5 ANÁLISE DE RESULTADOS: A VISÃO DOS TRIBUNAIS NO QUE CONCERNE ÀS ADOÇÕES POR CASAIS HOMOAFETIVOS; 6 CONCLUSÃO.

RESUMO

É inerente à natureza humana agregar-se a grupos, visando à concretização de objetivos em comum. Com o advento das novas famílias, passa-se a discutir a viabilidade, no ordenamento jurídico brasileiro, de adoção por casais homoafetivos. O presente artigo tem como objetivo realizar um estudo da adoção por casais do mesmo sexo. A família constitui o pilar essencial da sociedade e necessita de proteção. A pesquisa a ser apresentada terá como método de abordagem a forma dedutiva. Como resultado da pesquisa, localizamos artigos da Constituição Federal, demonstrando que os filhos adotados terão os mesmos direitos, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. No Código Civil brasileiro, há o reconhecimento da união estável desde 2011 e, em 2013, o Supremo Tribunal Federal reconheceu também o casamento homoafetivo. O Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que deve ser preservado o melhor interesse da criança, ou seja, não se discute a espécie da família. A relação afetiva entre casais do mesmo sexo não torna o ambiente inadequado porque essa interpretação estaria ofendendo a dignidade da pessoa.

Palavras-chave: Família. Adoção. Homoafetivo.

9 *Acadêmica do segundo ano do Curso de Direito do Centro Universitário Christus, integrante do Programa de Iniciação Científica.
10 **Acadêmica do segundo ano do Curso de Direito do Centro Universitário Christus, integrante do Programa de Iniciação Científica.
11 ***Mestra em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará, professora de Graduação em Direito do Centro Universitário Christus.

1 INTRODUÇÃO

A adoção por casais homoafetivos é um tema que vem se tornando cada vez mais frequente no dia a dia das relações entre pessoas e que necessita ser discutido para o conhecimento de novas possibilidades de proteção pelo Estado no que se refere às famílias, base da sociedade. Poderá ser visto, no decorrer deste trabalho, que, diante de análise jurídica e doutrinária, torna-se plenamente possível a adoção por pares homoafetivos.

Quando se trata de decisões dos tribunais, a adoção por homoafetivos também passou por transformações e foi conquistando seu espaço, até conseguir efetivamente a adoção conjunta por um casal homoafetivo. Esse fato foi alcançado depois de muitas lutas por direitos, que foram, aos poucos, encaixando-se na legislação, contribuindo para que pessoas homossexuais possam, sem nenhum impedimento, compartilhar dos mesmos direitos de qualquer indivíduo.

O presente projeto tem como escopo realizar um estudo da adoção de crianças por casais homoafetivos. Nesse sentido, busca-se averiguar a previsão, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, do direito à adoção, notadamente aos pedidos realizados por casais homoafetivos. Esse artigo visa a explorar questionamentos como esses e irá fazer uma abordagem acerca dos principais problemas desse tema, tomando por base o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da isonomia entre as pessoas.

Além disso, será possível analisar a compatibilidade da legislação brasileira com relação à adoção pleiteada por casais do mesmo sexo e demonstrar que não há necessidade de critérios diferenciados para adoção de crianças por casais homoafetivos.

O trabalho está organizado da seguinte forma: no capítulo dois, será feita uma análise do conceito e da evolução do instituto familiar, incluindo os novos modelos de família, elencando algumas das espécies; no capítulo três, serão observados um panorama histórico da adoção, os procedimentos e a adoção específica por pares homoafetivos; no capítulo quatro, vai-se expor a metodologia utilizada; no capítulo cinco, será tratada a visão dos Tribunais, quanto às decisões de adoção para esses casais; e, finalizando o trabalho, no capítulo seis, será feita uma conclusão.

2 REFERÊNCIAL TEÓRICO

2.1 A Família homoafetiva

O Brasil não se destacou quanto ao reconhecimento legal da família homoafetiva, porém já faz parte dos países que asseguram os mesmos direitos de uma união heteroafetiva. De acordo com Paulo Bezerra[1], a Argentina[2] foi o primeiro país da América Latina a tornar legal o casamento homoafetivo legalizado, seguindo, assim, vários outros países europeus que já apoiam a causa.

Por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal, em 2011, legalizou a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Já em 2013, a Resolução n. 175 veio dispor "sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo"[3]. Com isso, podemos perceber que, o Brasil vem se adequando aos novos parâmetros familiares e já busca efetivar o direito dessas novas famílias.

Para que possamos analisar a possibilidade da adoção por casais homoafetivos, necessário se faz averiguar o conceito de família e compreender o que esta significa.

Etimologicamente, o termo família deriva do latim *famili*[4], que significa, em uma primeira acepção, "o grupo de pessoas do mesmo sangue" e, em uma segunda acepção, é conceituada como "uma unidade sistemática constituída pela reunião de gêneros".

O conceito de família vem passando por diversas transformações desde sua origem no Direito Romano. As modificações foram ocorrendo no Brasil, durante todo o século XX, e culminaram com o advento da Constituição Federal de 1988 – CF/88, quando se expandiu o conceito dessa instituição jurídica.

Nesse contexto, as diversas transformações que foram ocorrendo ocasionaram várias espécies de família. Maria Berenice Dias elencou as espécies, a saber, a família matrimonial, a monoparental, a informal, a parental, a pluriparental e a homoafetiva.

A família matrimonial veio da tentativa de o Estado e a Igreja regulamentarem as relações sociais. As únicas relações afetivas aceitáveis pelo Cristianismo são as que derivam do casamento entre homem e mulher, para gerar filhos. Essa cultura fez com que, no início do século XX, o legislador reconhecesse somente como união a decorrente do matrimônio. Sendo assim, a família matrimonial é a formada por meio do casamento entre homem e mulher e pelos seus descendentes.

A Constituição Federal de 1988 – CF/88, em seu art. 226, §4º, reconheceu como entidade familiar "a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes"[5]. Quando um dos pais é o titular da entidade familiar, os doutrinadores denominam-na de monoparental.

Juridicamente, a relação informal (aquela formada pelo relacionamento afetivo entre um homem e uma mulher como se casados fossem) e os filhos dessa relação não possuíam direitos. Porém, a atual Constituição Federal reconheceu, em seu art. 226, §3º[6], as uniões informais denominando-as de união estável.

Para Maria Diniz, os filhos vivem apenas com um dos pais por motivo de "viuvez, separação judicial, divórcio, adoção unilateral, não reconhecimento de sua filiação pelo outro genitor, 'produção independente' etc"[7].

Em virtude de a Constituição Federal reconhecer a união matrimonial, a estável e a monoparental, as famílias não são somente as constituídas pelo casamento, mas também por pessoas que sejam ou não parentes, formando, assim, a família parental ou anaparental. Maria Dias afirma que "a convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito, impõe o reconhecimento da existência de entidade familiar batizada com o nome de família anaparental"[8].

Outra espécie de família é a pluriparental ou mosaico, que é aquela advinda geralmente do recasamento e em que o casal se une com os filhos de outro casamento e, às vezes, com filho em comum formando uma nova família, sendo permitida a adoção pelo companheiro da mãe, podendo o enteado, conforme a Lei nº 11.924/09[9], agregar o nome do padrasto.

Ao mencionar a família pluriparental, Maria Berenice Dias:

> A especificidade decorre da peculiar organização do núcleo, reconstruído por casais onde um ou ambos são egressos de casamentos ou uniões anteriores. Eles trazem para a nova família seus filhos e, muitas vezes, têm filhos em comum. É a clássica expressão: os meus, os teus, os nossos...[10].

A família homoafetiva ou união homoafetiva é aquela derivada do relacionamento de pessoas de mesmo sexo. Maria Berenice Dias destaca que "A constitucionalização da família implica assegurar proteção ao indivíduo em suas estruturas de convívio, independentemente de sua orientação sexual"[11], e essa proteção é reforçada quando a Magna Carta, em seu art.1º, III ,[12] destaca o respeito à dignidade da pessoa humana.

2.2 Conceito de homoafetividade

Como já analisado acima, sabemos que família pode ser definida por duas ou mais pessoas que mantenham vínculo afetivo.

Analisando o termo homoafetivo pela sua etimologia, segundo Antônio da Cunha[13], constatamos que homo vem do grego *homó* que significa igual, semelhante, e afetivo deriva de afeto, que, conforme Aurélio Ferreira,[14] vem do latim *affectu,* significando afeição, simpatia, amor, amizade e sentimento.

Por sua vez, Paulo Vecchiatti[15] aduz que "a homossexualidade é o sentimento de amor romântico por uma pessoa do mesmo sexo; não constitui doença, desvio psicológico, perversão, nem nada do gênero". Pode-se afirmar que homoafetividade se resume a laços, vínculos, criados entre duas pessoas, que compactuam de sentimentos recíprocos e vivem uma relação sendo ela conjugal ou não.

Vale ressaltar que, após as antigas civilizações greco-romanas, surgiu o Império Romano, em que essas relações já passam a ser vistas com menos aceitação. Segundo Paul Veyne[16], a homossexualidade era repudiada, porém, quando um cidadão tinha um negro na condição de passivo no ato sexual, tal ato era bem visto e aceito, mas não sendo desse modo era considerada prática monstruosa.

Ao fim do Império Romano, com a chegada de Justiniano, em 533 a.C, as relações entre pessoas do mesmo sexo passaram a ser punidas severamente, com o discurso de que essa prática era condenada por Deus. Posteriormente, ascendeu o Cristianismo, que revolucionou, até os dias de hoje, os vínculos homoafetivos. A partir de então, o sexo passou a ser apenas meio para reproduzir, para gerar filhos.

> Durante muito tempo, até meados do século 14, [...] os católicos assistiram horrorizados à conversão ao protestantismo de diversas pessoas após a Reforma de Lutero. E, com o humanismo renascentista, os valores clássicos – e, assim, o gosto dos antigos pela forma masculina – voltaram à tona. Pintores, escritores, dramaturgos e poetas celebravam o amor entre homens. Além disso, entre a nobreza, que costumava ditar moda, a homossexualidade sempre correu solta[17].

Assim, percebe-se que não é de agora que existem relações homoafetivas, pois elas já perduram há séculos, atravessando inúmeras civilizações e povos, sobrevivendo a imposições da Igreja e lutando, cada vez mais, para adquirir direito e conquistar seu espaço tão igual quanto ao das relações heteroafetivas.

3. ADOÇÃO

Um ser humano sem um lar não pode ser alguém que se considere viver com plena dignidade, pois viver com dignidade inclui ter carinho, afeto, cuidados e proteção em um seio familiar.

Muitos documentos históricos previam sobre a prática da adoção. "Se um homem adotar uma criança e der seu nome a ela como filho, criando-o, esse filho crescido não poderá ser reclamado por outrem", diz o art. 185 do Código de Hamurabi.

A Bíblia menciona a adoção praticada entre os povos hebreus, nas palavras de Eunice Granato, "Moisés, quando salvo das águas do Nilo, foi adotado por Térmulus, filha do faraó" [18]. Já na Grécia, a adoção visava ao melhor interesse do adotante e não do adotado. Por sua vez, em Roma, a adoção era para quem não poderia ter filhos de forma natural.

De acordo com Silvo Venosa[19], em Roma, também havia o instituto da adoção, mas, nessa sociedade, as pessoas clamavam pela perpetuação de suas famílias, e, quando isso não era possível concretizar de forma natural, ou seja, pela filiação biológica, as pessoas faziam adoção.

Diante desse panorama histórico, constatamos que adotar é uma prática que vem acompanhando a evolução da história, cabe agora adentrarmos nos primeiros registros da adoção no Brasil.

> Antes do advento do Código Civil de 1916, a adoção era regida esparsamente, de forma não sistematizada, sendo que somente com o advento do mesmo é que o ordenamento brasileiro veio disciplinar o instituto da adoção como sendo o instituto destinado a dar filhos de forma fictícia. [20]

O Código Civil de 1916 dispõe, em seu art. 377, "a adoção produzirá seus efeitos ainda que sobrevenham filhos ao adotante, salvo se, pelo fato do nascimento, ficar provado que o filho estava concebido no momento da adoção"[21]. Essa primeira menção sobre a adoção mostrava uma visão muito fechada se comparada à atual dimensão dos efeitos de uma adoção.

O Brasil precisou de sessenta e um anos[22] para evoluir com relação ao conceito de adoção e conseguir que, nesse procedimento, fosse resguardado o melhor interesse da criança e que o adotado adquirisse os mesmos direitos de um filho consanguíneo. Em uma concepção atual, para Maria Dias[23], "Adoção é um ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia está condicionada à chancela judicial. Cria um vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica".

Afirma-se, então, que a adoção é um instituto que visa a colocar uma criança ou um adolescente em uma família substituta, tornando-os detentores dos mesmos direitos, das mesmas garantias e dos mesmos deveres os quais possui um filho biológico.

3.1 Procedimentos da adoção

O processo adotivo é regido de acordo com os ditames jurídicos e há todo um sistema para que possa ser realizada uma adoção.

> Ninguém questiona que o ideal é crianças e adolescentes crescerem junto a quem lhes trouxe ao mundo. Mas há uma realidade que precisa ser arrostada sem medo. Quando a convivência com a família natural se revela impossível ou é desaconselhável, melhor atende ao interesse de quem os pais não desejam ou não podem ter consigo, ser entregue aos cuidados de quem sonha reconhecê-lo como filho. [24]

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA -, (Lei 8.069/1990), com a Lei 12.010/2009, comumente designada como Nova Lei da Adoção, prescrevem os impedimentos, as regras e as restrições para o processo adotivo.

Independente do estado civil, bastando possuir a maioridade civil, a pessoa estará apta a adotar. Entretanto, a lei veda adoção a avós, a irmãos e a adotantes cuja diferença de idade seja inferior a 16 anos. Assim dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 42, § 1º, 2º, 3º e 4º, sobre os requisitos para adoção:

> Podem adotar os maiores de vinte e um anos, independentemente de estado civil.
>
> § 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.
>
> [...]
>
> § 4º Os divorciados e os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas, e desde que o estágio de convivência e que seja comprovada a existência de vínculo de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão. [25]

Os interessados em adotar devem procurar uma vara de família, em sua comarca, onde serão conduzidos a se inscrever no Cadastrado Nacional de Adoção[26], logo depois, os inscritos serão convocados a participar de entrevistas, que servirão para saber se estes possuem condições para cuidar de uma criança.

Assim esclarece Maria Dias, "O ECA 50 determina que a autoridade judiciária mantenha, em cada comarca ou foro regional, um duplo registro: um de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de candidatos à adoção"[27].

Depois de feito todo o processo de seleção, o Juizado da Infância dará um parecer informando se a pessoa inscrita está apta a adotar e, estando, irá continuar o processo, que inclui estágio de convivência com a criança, sendo este dispensado só em casos previstos em lei; parecer da criança se for pedido pelo juiz, até que se dê o trânsito em julgado do processo. O artigo 46 do ECA preleciona:

> Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.
>
> § 1º O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo.
>
> § 2º A simples guarda de fato não autoriza, por si só, a dispensa da realização do estágio de convivência.
>
> § 3º Em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de, no mínimo, 30 (trinta) dias.
>
> § 4º O estágio de convivência será acompanhado pela

> equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar, que apresentarão relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da medida. [28]

A adoção produzirá alguns efeitos, dentre eles, a condição de filho igual à dos filhos biológicos, como nome, patrimônio, poder familiar, parentesco. A adoção não retroagirá se o pai ou pais adotivos vierem a falecer, pois a família do adotante, a partir da adoção transitada em julgado, passa também a deter poder familiar sobre o adotado.

3.2 Adoção por casais homoafetivos

A adoção é um instrumento que pode melhorar a qualidade de vida daqueles menores que não têm um lar. É um processo burocrático que leva muito tempo até sua efetivação, fazendo que crianças passem toda sua infância sem poder vivê-la plenamente.

Conforme o art. 19, §2º, do ECA, o prazo para as crianças permanecerem em seus abrigos é de, no máximo, dois anos.[29] Entretanto, a realidade não é essa, a preferência de alguns pais adotivos por determinada idade, tipo de pele ou de sexo, muitas vezes, faz as crianças passarem toda sua infância esperando por um lar acolhedor.

O Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu as uniões homoafetivas, equiparando os mesmos direitos e deveres dos casais heterossexuais aos casais homossexuais, e que parceiros do mesmo sexo, desde que tenham uma relação duradoura, podem receber herança e pensão alimentícia do parceiro (a) e também adotar [30].

Não há impedimento que casais homoafetivos constituam família com filhos por meio da adoção. Nesse sentido, o julgamento do recurso extraordinário nº 477.55/2011 que aduz: "Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual" [31]. Com base nisso, a adoção por homossexuais é permitida, o que dificulta é o preconceito que ainda existe na sociedade brasileira.

O indeferimento na adoção para casais homoafetivos viola os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, o da não discriminação e o da igualdade, conforme se denota da leitura dos arts. 1º, inc. III, 3º, inc. IV, 5º, *caput*, da CF/88,[32] devendo prevalecer a felicidade do menor, não podendo condicionar a preferência sexual da família que adota.

Estudos apontam que não há incômodo para as crianças que são adotadas por pessoas de mesmo sexo. Conforme argumenta a presidente do Conselho Federal de Psicologia, Ana Bock:

> Os argumentos contrários a decisões deste tipo, de possíveis sofrimentos para as crianças que são adotadas por casais homossexuais, caem por terra quando a sociedade transforma-se e acolhe este tipo de organização familiar. E os possíveis sofrimentos não serão distintos daqueles vividos por outras crianças que apresentam qualquer diferença para com os seus colegas, seja racial, religiosa ou de classe social. [33]

Os filhos adotados e os filhos biológicos estão propícios a terem problemas e conflitos, tanto no meio familiar como convivendo em sociedade, a sofrerem preconceito e a qualquer outro tipo de discriminação. Não é a orientação sexual dos pais que irá determinar certas condutas.

De acordo com o art. 197-C, §2º, do ECA, é recomendável o contato dos candidatos à adoção com a criança ou adolescente os quais se pretende adotar durante a etapa preparatória[34], e, quando possível, é permitido que a criança ou o adolescente deem sua opinião em relação a quem deseja que os adote, mas sempre será ouvido um profissional. Nesse sentindo, explica Dimas Carvalho:

> O estágio de convivência pelo prazo que o juiz fixar é fundamental para verificar se o adotando se adaptou à família e se os adotantes realmente estão preparados para assumir o filho afetivo, sendo imprescindível para demonstrar a convivência do deferimento do vínculo, o que deve ser acompanhado por profissionais especializados e, ao final, apresentar relatório de estudo social, fornecendo subsídios da situação de fato para o Magistrado deferir a cada adoção com segurança. [35]

Como já citado, é bem provável que o ambiente escolhido seja o mais oportuno, pois, se o adotado sentiu-se bem, não há motivos de ser tão criteriosa a escolha da família. E o fato de o adotante ser homossexual não significa que o lar será considerado inadequado. A família sendo bem estruturada e com um ambiente saudável, que ame e dê toda a estrutura para um excelente desenvolvimento emocional, é o que importa para que a criança ou o adolescente sejam cercados de carinho.

4 METODOLOGIA DA PESQUISA

A pesquisa realizada é qualitativa, tendo o método de abordagem a forma dedutiva, e de natureza descritiva. Em relação aos métodos de procedimento, foram realizadas análises comparativas entre os tratamentos dados ao tema pelas diversas fontes do direito, como legislação, doutrina, jurisprudência, artigos, periódicos pertinentes à área.

5 ANÁLISE DE RESULTADOS: A VISÃO DOS TRIBUNAIS NO QUE CONCERNE ÀS ADOÇÕES POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Depois de feito esse estudo, pode-se perceber que tornou-se viável o reconhecimento da união estável e do casamento de homoafetivos, pois a Constituição Federal de 1988 garante a igualdade entre todos sem quaisquer distinções.

A rapidez com a qual vem ocorrendo o avanço na adoção não é a mesma a que esperam os que estão ansiosos por verem seus pedidos serem deferidos, mas vários passos já foram dados, como, em 22.10.2001, quando o Poder Judiciário brasileiro, mediante a decisão do Juiz de Direito Marcos Brant, da Comarca de Santa Luzia-MG, deferiu o pedido de guarda de uma criança ao companheiro de seu pai[36].

Em outro caso, uma mulher pleiteava a guarda do filho de sua falecida companheira, sendo deferida no ano seguinte, em 08.1.2002, perante a decisão do Juiz de Direito, Leonardo Gomes da 1ª Vara da Infância e Juventude do Rio de Janeiro. [37]

O primeiro marco para a adoção por homoafetivos foi deferido

em 2006, quando o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul concedeu a adoção de duas crianças a um casal de mulheres que não tinham nenhum vínculo sanguíneo com a criança adotada[38]. Essa decisão foi importante porque antes os casais homoafetivos só poderiam adotar se um deles fosse genitor (a) da criança.

Após essa decisão, a justiça vem concedendo mais adoções aos casais homoafetivos, vários outros casos obtiveram êxitos. Essas decisões contribuem para a efetivação da dignidade da pessoa humana e para uma tentativa de diminuir o preconceito e, consequentemente, o melhor interesse do menor.

O caso citado refere-se ao primeiro casal homoafetivo constituído por duas mulheres, já o primeiro casal masculino homoafetivo que conseguiu a adoção de uma criança no Brasil foi Dorival Pereira de Carvalho e Vasco Pereira da Gama Filho, no ano de 2006, da cidade de Catanduva, estado de São Paulo, que conquistou a adoção de Theodora, de quatro anos à época da adoção.

Seguindo instruções do advogado, o casal decidiu entrar apenas um com o pedido de adoção, que, no caso, foi Vasco da Gama. Após a conquista da adoção unilateral por Vasco, Dorival entrou na Justiça para conseguir também colocar seu nome na certidão de nascimento de Theodora, conquistando ambos o direito de Pai da então filha. [39]

> APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70013801592, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/04/2006). [40]

Outro em caso que também foi deferida a adoção foi de João Diogo, adotado pelo casal Francisco Wellington da Silva e William Ferreira Neri em 2013. João Diogo tem paralisia cerebral e é cuidado por Wellington desde quando tinha dois anos, pois pediu aos pais permissão para cuidar da criança, porque, à época da adoção, estava com seis anos, desde então, Wellington pleiteava a adoção de João, que foi concedida pela justiça de Minas Gerais em 2013, contendo, na Certidão de Nascimento do garoto, o nome do casal, Wellington no campo reservado à mãe e William no campo destinado ao pai.[41]

6 CONCLUSÃO

Como foi apresentado durante este trabalho, o conceito de família passou por uma longa evolução e, devido a esse fato, várias espécies foram surgindo, como a família homoafetiva. O direito ao casamento dessas famílias só teve seu reconhecimento em 2013. Entretanto, desde 2011, essas relações foram legalizadas com o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas. Após a legalização, tanto os casais heterossexuais como os homossexuais passaram a possuir os mesmos diretos, dentre eles, a adoção.

A adoção se faz presente desde as mais antigas civilizações, inclusive no livro mais antigo, a Bíblia. Na contemporaneidade, a adoção visa a proporcionar um ambiente adequado e saudável ao adotado fazendo com que este se sinta acolhido por sua nova família, independente de como ela seja.

A adoção por homossexuais passa pelo mesmo procedimento que qualquer outro que queira adotar, porém, muitas vezes, esses casais veem uma barreira diante da dificuldade e do preconceito criado pela sociedade que ainda acredita que crianças sofrerão preconceitos por serem adotadas por casais homoafetivos.

É a própria sociedade que permite uma discriminação, tornando o deferimento da adoção mais demorado, mas os avanços na jurisprudência demonstram que a visão do Poder Judiciário está mudando em relação à concessão de adoção por pares homoafetivos.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, Paulo Renato. Como é tratada a união homoafetiva na Argentina. **Blog Cena Jurídica.** Disponível em: <http://blog.tribunadonorte.com.br/cenajuridica/como-e-tratada-a-uniao-homoafetiva-na-argentina/516>. Acesso em 17 mar. 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 mar. 2014.

BRASIL. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Presidência da República.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 26 mar. 2014.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de jul. 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 26 de mar. 2014.

BRASIL. Lei 11924, de 17 de abril de 2009. Altera o art. 57 da Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta. **Presidência da República.** Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/legislacao-1/leis-ordinarias/2009#contet>. Acesso em: 27 mar. 2014.

BRASIL. Resolução 175 de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre

pessoas de mesmo sexo. **Conselho Nacional de Justiça.** Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf >. Acesso em: 30 mar. 2014.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito de família**: direito civil. 2. ed. Belo Horizonte; Del Rey, 2009.

CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**: 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. O lar que não chegou. **Maria Berenice Dias**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3_-_o_lar_que_n%E3o_chegou.pdf>. Acesso em 21 mar. 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 25º ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v.5

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção**: doutrina e prática. Curitiba: Juruá, 2006.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: Direito de Família, 4º edição. São Paulo: Forense, atualizada, 2010, vol. 5.

OLIVEIRA, Hédio Silva Junior. O princípio da igualdade e os direitos de igualdade na Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, n 38, 168-191, jan./mar. 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Direito de Família, 18º edição. São Paulo: ed. Forense, 2010 vol. 5.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: direito de família. 28. ed. Atualizado por Francisco José Cahali; de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 6.

SUTIL, Fernando Martins. Perspectivas para o grupo LBGT. **Revista Eletrônica de Divulgação Científica da Faculdade Don Domênico**, Guarujá, ed. 4, jan. 2011. Disponível em < http://www.faculdadedondomenico.edu.br/novo/revista_don/artigo4_ed4.pdf>. Acesso: 26 mar. 2014.

VECCHIATTI, Paulo Roberto. **Manual da Homoafetividade:** da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. São Paulo: Método, 2008.

VENOSA, Silvio Salvo**. Direito Civil**: Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2003.

(Endnotes)

1 BEZERRA, Paulo Renato. Como é tratada a união homoafetiva na Argentina. **Blog Cena Jurídica.** Disponível em: <http://blog.tribunadonorte.com.br/cenajuridica/como-e-tratada-a-uniao-homoafetiva-na-argentina/516>. Acesso em 17 mar. 2014.

2 A Argentina legalizou a União homoafetiva em 15 de junho de 2010, sendo o país pioneiro na América Latina, e décimo país no mundo.

3 BRASIL. Resolução 175 de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. **Conselho Nacional de Justiça.** Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/ resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf >. Acesso em: 30 mar. 2014.

4 CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário etimológico:** Nova Fronteira da língua portuguesa. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001, p. 415.

5 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 mar. 2014.

6 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 mar. 2014.

7 DINIZ, Maria Helena**. Curso de Direito Civil Brasileiro.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.11, v.5.

8 DIAS, Maria Berenice**. Manual de Direito das Famílias:** 6. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.46.

9 BRASIL. Lei 11924, de 17 de abril de 2009. Altera o art. 57 da Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta. **Presidência da República.** Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/legislacao-1/leis-ordinarias/2009#contet>. Acesso em: 27 mar. 2014.

10 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**: 6. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.49.

11 DIAS, Maria Berenice**. Manual de Direito das Famílias**: 6. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.199.

12 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 mar. 2014.

13 CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa**. 2. ed; Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001, p. 415.

14 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995, p. 55.

15 VECCHIATTI, Paulo Roberto. **Manual da Homoafetividade:** da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. São Paulo: Método, 2008, p. 110-111.

16 VEYNE, Paul. A homossexualidade em Roma. In: ARIÉS, Philippe e BEJIN, André. (orgs.) **Sexualidades Ocidentais:** contribuições para a história e para a sociologia da sexualidade. São Paulo: Brasiliense, 1985, p. 39-40.

17 SUTIL, Fernando Martins. Perspectivas para o grupo LBGT. **Revista Eletrônica de Divulgação Científica da Faculdade Don Domênico**, Guarujá, 4. ed. jan. 2011. Disponível em < http://www.faculdadedondomenico.edu.br/ novo /revista_don/ artigo4_ed4.pdf>. Acesso: 26 mar. 2014.

18 GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção**: doutrina e prática. Curitiba: Juruá, 2006, p. 35.

19 VENOSA, Silvio Salvo**. Direito Civil**: Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2003, p. 253.

20 RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: direito de família. 28. ed. Atualizado por Francisco José Cahali de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 336, v. 6.

21 BRASIL. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados

Unidos do Brasil. **Presidência da República.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 26 mar. 2014.

22 Período compreendido em 1916 a 1977, as primeiras leis no Brasil que se mencionava a adoção foi no Código Civil de 1916, em seguida veio a Lei 3.133/1957, que revogou os artigos 368, 369, 372, 374 e 377 do código civil de 1916, tornando ainda mais limitado o processo adotivo, após essa lei, apenas em 1977, com a lei do divorcio (Lei 6.515/1977), que foi introduzida a igualdade de direitos sucessórios entre filhos biológicos e pais civis. Após esse período também foram promulgadas leis como o Código de Menores, que é a Lei n° 6.697/1979 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, que é a lei 8.069/1990. E mais recente ainda, temos a Lei 12.010/2009, que em seu art. 1º aduz, "esta Lei dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente".

23 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 434.

24 DIAS, Maria Berenice. O lar que não chegou. **Maria Berenice Dias**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3_-_o_lar_que_n%E3o_chegou.pdf>. Acesso em 21 mar. 2014.

25 BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Presidência da República.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 26 de mar. 2014.

26 É um banco de dados, criado pelo Conselho Nacional de Justiça, onde estão cadastradas todas as crianças e adolescentes disponíveis para adoção e onde toda pessoa que deseja adotar deve se inscrever para entrar na lista de espera por uma criança ou adolescente. Esse sistema foi criado para que diminuísse a burocracia no processo de adoção.

27 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 452.

28 BRASIL. Lei 8.069, de 13 de jul. 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Presidência da República.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 26 de mar. 2014.

29 BRASIL. Lei 8.069, de 13 de jul. 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Presidência da República.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 26 de mar. 2014.

30 STF, ADI 4277, Rel. Ministro Ayres Britto, julgado em 5.5.11, p. 5 e 6. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 29 mar. 2014.

31 STF, RE 477554-AgR/MG-Minas Gerais, Rel. Ministro Celso de Melo, julgado em 16.08.2011, DJe-164. De 26-08-2011.

32 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 mar. 2014.

33 JORNAL do Conselho Federal de Psicologia: Pelo direito à adoção. Brasília: AG, 2005.

34 BRASIL. Lei 8.069, de 13 de jul. 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 26 de mar. 2014.

35 CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito de família:** direito civil. 2. ed. Belo Horizonte; Del Rey, 2009. p. 347.

36 Número do processo indisponível, por se tratar de processo que tramitou em segredo se justiça.

37 Número do processo indisponível, por se tratar de processo que tramitou em segredo se justiça.

38 TJRS, 70013801592/RS-Rio Grande do Sul, Rel. Des Luiz Felipe dos Santos Brasil, julgado em 5/4/2006 e public 16/4/2006.

39 LAVEZO, Marco. Primeiro casal homossexual a adotar criança no País fala sobre dia dos pais. G1, 12 ago. 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/sao-jose-do-rio-preto-aracatuba/noticia/2012/08/primeiro-casal -homossexual-adotar-crianca-no-pais-fala-sobre-dia-dos-pais.html>. Acesso em 25 mai. 2014.

40 TJ, Apelação Cível Nº 70013801592/RS, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos ,Sétima Câmara Cível. Julgado em 05/04/2006. Disponível em: http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20004490/apelacao-civel-ac-70039044698- rs/inteiro-teor-20004491. Acesso em 25 mai. 2014.

41 SANTOS, Gabi. Justiça autoriza adoção de criança por casal homossexual. **Hoje em Dia.** 25 jul. 2007. Disponível em: <http://www.hojeemdia.com.br/minas/justica-autoriza-adoc-o-de-crianca-por-casal-homossexual-1.150438>. Acesso em 26 mai. 2014.

O DIREITO À PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Taís Tavares Vieira Pessoa[12]
Antônio Torquilho Praxedes[13]

1. Introdução; 2. Referencial Teórico; 2.1 A falsa dicotomia entre o público e o privado; 2.2. A regulamentação da privacidade e da intimidade; 2.3 A privacidade na era da informação; 3. Metodologia; 4. Análise dos Resultados; 5. Conclusão; 6. Referências.

RESUMO

A organização da vida em sociedade pressupõe a regulamentação de condutas, para que haja um equilíbrio entre a vida privada e a pública. Entretanto, no atual estágio das relações intersubjetivas, mediadas pelos recursos tecnológicos de comunicação em massa, as populações vivem sob a constante ameaça de uma mistura entre as esferas do público e do privado, pelo contínuo esfacelamento do segundo espaço, em detrimento do primeiro. No cotidiano midiático, diversos programas de entretenimento televisionado propõem o que se convencionou chamar de reality shows, nos quais os participantes são escolhidos dentre pessoas do público em geral para, num ambiente fechado com circuito de câmeras de filmagem, serem registrados todos os aspectos de sua convivência. No âmbito público, é crescente a instalação de câmeras de vigilância em espaços públicos Para compor a presente pesquisa, foi utilizada a pesquisa bibliográfica, que reuniu um conjunto de obras literárias e técnicas, abrangendo a literatura ficcional e a científica - desde a Ética ao Direito Constitucional. O objetivo da pesquisa é averiguar se existe a hipótese do comprometimento dos dados sigilosos que envolvam a intimidade e a vida privada dos cidadãos e, em caso afirmativo, que medidas podem ser tomadas para regulamentar o ambiente de comunicações em massa que se estrutura a partir da internet. A título de conclusão preliminar, foi identificado um comprometimento do direito fundamental de intimidade, assegurado tanto a nível de direito constitucional fundamental, quanto em nível de direitos humanos, conforme estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Intimidade. Literatura

12 Aluna do 7° semestre do Curso de Direito do Centro Universitário Christus. taistavaresvp@gmail.com.

13 Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra (Portugal), pesquisador e professor das disciplinas de Teoria Geral do Direito e Hermenêutica Jurídica e aplicação do Direito no Curso de Direito do Centro Universitário Christus. Coordenador e professor do curso de pós-graduação (lato sensu) em Direito e Processo Constitucional, e coordenador executivo do curso de pós-graduação em Processo Civil Individual e Coletivo, no Centro Universitário Christus. antoniopraxedes@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

A organização da vida em sociedade pressupõe a regulamentação de condutas, para que haja um equilíbrio entre a vida privada e a pública. Entretanto, no atual estágio das relações intersubjetivas, mediadas pelos recursos tecnológicos de comunicação em massa, as populações vivem sob a constante ameaça de uma mistura entre as esferas do público e do privado, pelo contínuo esfacelamento do segundo espaço, em detrimento do primeiro. Os últimos episódios que envolvem essa temática levaram milhões de pessoas ao descrédito, no que toca à proteção aos direitos de privacidade e intimidade.

No livro 1984, de George Orwell, toda a sociedade é vigiada pelo "Grande Irmão", um ditador que queria controlar todos. A obra deu origem ao *reality show* Big Brother, no qual os participantes renunciam o direito à privacidade e passam a morar em uma casa com muitas câmeras. Segundo o artigo 5°, inciso X, da Constituição Federal de 1988:

> Art. 5°. 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 a propriedade, nos termos seguintes:
>
> X. são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Assim, percebe-se que o direito à privacidade é um Direito Fundamental, e, sabendo disso, seria ele totalmente disponível? O que acontece atualmente é a não existência de um parâmetro para a limitação desses direitos, o que pode atingir a dignidade humana, mas qual a definição de privacidade?

Segundo Anderson Schreiber, professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), privacidade "pode ser definida sinteticamente como direito ao controle da coleta e utilização dos próprios dados pessoais"[1]; entretanto nem sempre foi assim. Somente a partir da década de 1960, com o avanço tecnológico, as informações pessoais passaram a ser mais utilizadas, por isso o professor afirma em seu livro:

> Em uma sociedade caracterizada pelo constante intercâmbio de informações, o direito à privacidade deve se propor a algo mais que àquela finalidade inicial, restrita à proteção da vida íntima. Deve abranger também o direito da pessoa humana de manter o controle sobre os seus dados pessoais.[2]

Com isso, é possível perceber que a privacidade abrange muito mais do que a tranquilidade das pessoas. Com o importante crescimento do fluxo de informações, não apenas as pessoas "socialmente relevantes" passaram a ser vítimas da invasão à privacidade, mas uma parte maior da população. O Estado, por exemplo, passou a utilizar as informações pessoais, controlando, assim, a vida dessas pessoas, pois, quanto mais informações sobre elas, mais controle, como afirma Danilo Doneda:

> Em relação ao controle, basta acenar às várias formas de controle social que podem ser desempenhadas pelo Estado e que seriam potencializadas com a maior disponibilidade de informações sobre os cidadãos, aumentando seu poder de controle sobre os indivíduos – não é por outro motivo que um forte controle

> da informação é característica comum aos regimes totalitários.[3]

Entretanto, hoje, muito mais que proteger a vida íntima das pessoas, o direito à privacidade abrange também a proteção de dados pessoais, como aqueles existentes em bancos de dados. Com o advento de tecnologias, como a informática, o acesso a informações ficou maior e mais fácil de ser realizado por qualquer pessoa, não só porque os indivíduos estão contribuindo para isso ao divulgarem fatos em redes sociais, por exemplo, mas porque, devido à facilidade de se registrar informações em computadores a baixo custo está crescendo cada vez mais. O atual caso do *site* Wikileaks[4] demonstra um exemplo disso, pois nele foram divulgados fotos e documentos sem a devida autorização.

É importante ressaltar que os dados genéticos também são protegidos pelo direito à privacidade, pois, por mais que saber de certas informações a respeito do DNA de alguém possibilite a prevenção de doenças, por exemplo, esses dados revelam a "herança biológica" não só de uma pessoa, como de toda a sua "linhagem". Como afirma Gisele Schreiber em sua tese de mestrado "basta a observação simultânea de 30 ou 40 sequências do genoma para identificar qualquer pessoa"[5], e o uso desenfreado e inadequado desses dados por terceiros podem ser utilizados como fonte de preconceito e, possivelmente, de controle.

Um exemplo desse controle abusivo de dados genéticos pode ser observado no livro Admirável Mundo Novo, de Aldous Huxley, no qual é possível observar a criação de uma sociedade perfeita, na qual as crianças são concebidas e geradas em laboratório, e as pessoas possuem suas vontades controladas; isso também caracteriza invasão de privacidade.

No presente artigo, entretanto, será dado ênfase ao direito à privacidade na chamada sociedade da informação, no qual será abordada a diferença entre o direito público e privado, fazendo uma análise histórica destes, bem como a definição do chamado direito à privacidade para, finalmente, ser analisada a proteção dele nessa sociedade e como se dá sua proteção em relação ao avanço tecnológico.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1. A falsa dicotomia entre o direito público e o privado

A organização da vida em Sociedade pressupõe a regulamentação de condutas, para que haja um equilíbrio entre a vida privada e a pública. Entretanto, no atual estágio das relações intersubjetivas, mediadas pelos recursos tecnológicos de comunicação em massa, as populações vivem sob a constante ameaça de uma mistura entre as esferas do público e do privado, pelo contínuo esfacelamento do segundo espaço, em detrimento do primeiro, pois cada vez mais o direito público inter-relaciona-se com o privado[6]

A distinção entre as esferas pública e privada remonta à tradição grega, na qual as questões de interesse de toda a sociedade eram discutidas na praça pública (Ágora); remonta, também, ao surgimento da filosofia antropocêntrica, que substituiu as discussões cosmológicas e mitológicas por debates sobre assuntos do cotidiano: bem coletivo, organização e governo das cidades e assim por diante. Isso significava que os assuntos privados (da vida privada do cidadão grego) eram discutidos no espaço doméstico (*eco* – casa; *noimos* – normas; economia – normas da casa). A participação nas discussões públicas era motivo de orgulho ao cidadão helênico, enquanto a vida privada tinha reduzida significância – ficando ao encargo das mulheres e dos escravos.[7]

Em Roma, essa divisão também ocorreu. Porém, os interesses privados costumavam prevalecer sobre os públicos. Significa dizer que, embora a vida pública também fosse uma preocupação constante, ela estava submetida à satisfação dos interesses dos cidadãos romanos – a esfera pública atende as finalidades de expansão das riquezas dos patrícios[8].

Durante a Idade Média, a dominação político-ideológica da Igreja Romana garantiu a continuidade da tradição do Império Romano no espaço social europeu. Sendo uma instituição extremamente organizada – possuindo ordem ou finalidades, e organização ou meios para a consecução dessas finalidades -, a Igreja preservou a prática de administração dos negócios públicos, fornecendo, inclusive, apoio aos senhores feudais – manutenção do poder e do controle sociais – e organizando a vida privada – por meio das normas de moral, que serviam para orientar os comportamentos das sociedades submetidas a sua tutela[9]. A perpetuação desse modelo de controle da vida privada avançou durante esse período, ajudou à implementação do sistema de produção feudal e perdurou durante o Absolutismo, até que começaram as eras das revoluções sociais na Europa.

Foi no período de domínio do Estado de Direito – que é a configuração jurídica do Estado liberal – que se afirmaram os direitos de primeira dimensão: os civis e políticos, nos quais ficaram traçados os limites do exercício do poder de controle do Estado, separando aos indivíduos, o espaço e o empoderamento necessário para que eles pudessem organizar as suas vidas com a menor interferência possível do governo. Esse Estado Legislativo pressupunha, inclusive, a separação de poderes (ou funções) do Estado, para que houvessem garantias de controle do exercício do poder social e, posteriormente, estabeleceu as regras de escolha de representantes eleitos pelos membros da sociedade para administrar, legislar e julgar [10].

É desse período que surge uma preocupação com a tutela dos direitos civis, inerentes à personalidade, pois que foram derivados da tradição iluminista que se inaugura com Hobbes, Rousseau e ganha seu apogeu moderno em Kant[11]. A teoria kantiana de Direito, como destacado por Norberto Bobbio[12] parte de uma concepção individualista da composição do ordenamento jurídico: o contrato social seria a autolimitação das esferas de autonomia dos indivíduos que desejavam viver e conviver em sociedade, pressupondo o exercício da liberdade para, assim, construir as regras do Direito[13].

Como se vê, é no apogeu do contratualismo moderno que ressurge a delimitação entre as esferas pública e privada, confundindo-se com o marco regulatório do Estado de Direito. O Estado Liberal, de Direito, ou Estado Legislativo se encarrega da criação de regras comuns a todos, interferindo na vida dos indivíduos apenas para garantir a segurança e para fazer valer as suas próprias leis e os contratos entre os particulares – esta última intervenção, executada através do

Estado-juiz. Assim, garante-se um espaço onde irá florescer a noção jurídico-política de privacidade e intimidade[14].

Com o aprofundamento desse modelo, surgem as primeiras legislações e jurisprudências relativas à privacidade e à intimidade. Uma das peças doutrinárias mais importantes nesse aspecto é o artigo produzido pelos juristas Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, da Universidade de Harvard, em *paper* produzido em dezembro de 1890[15].

Portanto, é preciso traçar comentários acerca da regulamentação da privacidade e da intimidade dos indivíduos, partindo das discussões acadêmicas incipientes, até o seu pleno desenvolvimento posterior, conforme se verá, a seguir.

2.2. A regulamentação da privacidade e da intimidade

Os direitos da personalidade, que tiveram suas primeiras construções na segunda metade do século XIX, surgiram com o propósito de resguardar o homem do próprio homem, por ser necessário que fosse garantida a proteção de direitos imprescindíveis ao ser humano, muitos juristas passaram a defender não só a proteção do homem contra o Estado.

Se esses direitos surgiram como uma tentativa de impedir o Estado de avançar sobre os negócios privados, ele foi se desenvolvendo para abranger outras áreas, regulando outros espaços sociais, por exemplo: a família, no qual o pátrio poder era responsável pela designação das funções familiares, educação dos filhos, gerência doméstica e assim por diante; no trabalho, cabendo ao empregador um poder tutelar e de subordinação, controlando a prestação do trabalho por parte dos indivíduos que, livremente, aderiam às empresas; nas associações de tipo variado, nos quais os associados produziam suas normas de gerência interna das associações, como os sindicatos, aquelas destinadas à recreação e desporto, e assim por diante. Esse modelo avançou e se consubstanciou em uma prática jurídica tradicional, estando incorporada até hoje nas democracias ocidentais.

Esses direitos, que são considerados "atributos essenciais da pessoa humana, cujo reconhecimento jurídico resulta de contínua marcha de conquistas históricas"[16] estão presentes na Constituição Federal, em seu artigo 5°, fazendo parte, portanto, do rol de direitos fundamentais. No inciso X do referido artigo, está garantida a inviolabilidade da vida privada, da honra, da imagem e da intimidade. No inciso LXXII do mesmo artigo, há um remédio constitucional, o *habeas data*, referente ao direito de conhecimento sobre informações presentes em bancos de dados ou registros de entidades governamentais e de caráter público, bem como a possibilidade de utilização desse remédio para a retificação de dados. O Código Civil de 2002 também aborda esse direito em seu artigo 21, no qual se encontra uma repetição do que já havia sido mencionado na Constituição Federal de 88, garantindo a inviolabilidade da vida privada e ao interessado a possibilidade de o juiz tomar as providências necessárias para impedir ou cessar atos contrários a essa norma.

Inicialmente, o direito à privacidade, que pode ser definido como o "direito de manter o controle sobre as próprias informações"[17], identificava-se com o direito à intimidade e com a proteção à vida íntima do indivíduo, podendo, inclusive, ser equiparado ao direito de propriedade, como afirma Stefano Rodotá, citado por Schreiber, "não se entra na propriedade, não se entra na vida privada"[18]. Pode-se afirmar que o exercício desse direito é puramente subjetivo: compete ao indivíduo estabelecer que parte de sua vida privada será compartilhada no espaço social e que parte dessa privacidade será reservada a uma esfera mais íntima, mais restrita – familiar, por exemplo.

Mas a grande problemática em torno da privacidade e da intimidade desponta no atual estágio das sociedades ocidentais. Isso quer dizer que, com o passar das décadas, a tecnologia e a facilidade do recolhimento, armazenamento, processamento e divulgação das informações aumentaram o fluxo de dados na sociedade, e a função da proteção ao direito à privacidade passou a ser maior que somente a proteção à vida íntima, sendo vista, também, como o direito de controlar os dados pessoais e impedir a circulação indesejada.[19] O autor Carlos Nelson Konder demonstra a evolução do significado desse direito quando afirma em seu trabalho que:

> Persistir na ideia de que a privacidade limita-se a impedir o Estado de invadir nossos sótãos em busca do retrato de Dorian Gray é menosprezar a amplitude desse direito e deixar desprotegido o controle das informações que já não se encontram mas sob a alçada do seu titular.[20]

Diz-se isso em razão de estar popularizado o uso de microcomputadores pessoais nas residências de milhões de pessoas – no Brasil e no mundo. Essa popularização ocorreu em função do barateamento dessas máquinas e, ainda, pela inserção desses equipamentos na vida produtiva dos trabalhadores – o que gerou uma demanda pelo aprendizado e domínio da tecnologia da informação. Ainda, os equipamentos também são utilizados para o lazer: as redes sociais são o local onde crianças, jovens e adultos compartilham informações sobre suas vidas pessoais, familiar e profissional, por meio de opiniões, fotos e outros objetos digitais. Surge, nesse momento, uma preocupação com a disseminação dessas informações, no que respeita à utilização inapropriada e sem prévia autorização dos usuários e, acima de tudo, no desconhecimento dos direitos dos usuários sobre sua privacidade e intimidade, e os danos que essa manipulação de informações pode causar, como se verá adiante, em tópico específico.

Outrossim, com a ampliação do direito à privacidade, os dados pessoais, as características físicas e o código genético passaram a fazer parte do rol de proteção, e a expressão invasão à privacidade passou a abranger também as informações pessoais, pois a facilidade na coleta dessas informações exige uma proteção além dos limites físicos, tendo que resguardar a pessoa nos diversos ambientes que atua. Além disso, faz parte desse rol o chamado "direito de não saber", que se caracteriza como "o direito de desconhecer certas informações a seu respeito que sejam de conhecimento de terceiros"[21]. Esse último caso pode, inclusive, ter sua violação considerada um ato ilícito, visto que a descoberta inesperada deve ser reprimida, e a pessoa que lesou a privacidade deve indenizar o dano decorrente desse fato.

Contudo, o desafio atual é a efetividade do direito à personalidade, pois esse direito, como qualquer outro, está sujeito a ponderações, podendo fazer algum direito contrário

ao da privacidade prevalecer, por ele ser merecedor de igual proteção jurídica. Um bom exemplo sobre isso é dado por Paulo Luiz Neto Lôbo que afirma:

> O direito à imagem diz respeito a toda forma de reprodução da figura humana, em sua totalidade ou em parte. (...) Quando a divulgação ou exposição do retrato, filme ou assemelhado danifica a reputação da pessoa efigiada, viola-se também o direito à honra e, quase sempre, a intimidade. (...)O direito à imagem é um dos principais alvos de tensão ou colisão com a liberdade de imprensa, constitucionalmente garantida. Os limites são tênues e há tendência para abuso dessa liberdade, que, como todas as garantias constitucionais, não é absoluta.[22]

Assim, é importante saber que o problema maior não é coleta não autorizada dessas informações, mas sim o uso desenfreado delas ao serem coletadas, pois os dados pessoais não podem ser tratados como bens patrimoniais, os quais, uma vez fornecidos aos destinatários, podem ser alienados ou utilizados livremente, devendo, portanto, ser resguardados. Isso se aplica, também, a informações coletadas por meios tecnológicos na chamada sociedade da informação, como será discutido a seguir.

2.3. A privacidade na era da informação

Com a evolução dos meios de comunicação, combinada com a ampliação da intitulada sociedade da informação e da informática, a invasão da privacidade foi levada ao seu extremo não apenas pelo Estado, como pelas pessoas e empresas, no final do século XX e começo do XXI[23]. Konder conceitua a chamada sociedade da informação dizendo:

> Significativamente denominada 'sociedade da informação', essa comunidade se calca na virtualização dos bens sob a forma de dados minimamente processados e organizados para serem utilizados e transferidos[24].

O primeiro a utilizar as informações pessoais foi o Estado. O interesse surgiu devido à necessidade de conhecer profundamente a população para que se tivesse uma administração eficiente e, devido ao alto investimento que teria de ser feito para que fosse realizada a coleta, os organismos privados não tinham interesses nesses dados Tal situação mudou após o desenvolvimento de tecnologias que baixaram os custos e expandiram o horizonte de possibilidades de utilização desses dados, como a informática, aumentando, assim, o interesse dos órgãos particulares[25].

Nos dias que correm, ambos os entes passaram a utilizar a internet para prestar serviços. O que é preciso compreender desse fenômeno é que, se, no início, os vultosos investimentos estatais em informatização e a coleta de dados pessoais resultaram em enormes bancos de dados dos cidadãos - para os mais diversos fins -, as empresas logo tomaram a frente na exploração dessa atividade, com vistas à coleta de informações para suas campanhas de vendas / *marketing*. Isso quer dizer que o barateamento dos equipamentos, que beneficiou os trabalhadores e suas famílias, para a aquisição de *personal computers* e sua adequação às novas exigências relacionadas à produtividade, criou novas oportunidades para aumentar a lucratividade das empresas.

Os entes privados, por exemplo, utilizam a "rede como principal meio de comunicação e processamento de informações, transformando a prática empresarial"[26]. A utilização dos recursos tecnológicos pelo Estado pode ser visto nas denominadas "infraestruturas críticas do país"[27] como os serviços de água, telefonia, energia, entre outros, o que acaba permitindo a exploração dessas informações por indivíduos mal intencionados[28]. Diversas práticas são utilizadas para a coleta de dados: desde salas virtuais de bate-papo, passando por redes sociais e toda forma de diversão *on line*, chegando até à instalação de programas não solicitados (*adwares*, *cookies* etc), o mercado digital dispõe de uma variedade enorme de ferramentas direcionadas à captura de informações dos internautas.

Assim, devido à supervalorização dada atualmente à informação, considerada por muitos um mecanismo de poder e geração de riquezas, uma *guerra informacional* pode ser desencadeada, bem como pode surgir uma nova doutrina sobre a chamada era da informação[29].

O conceito de informação pessoal diz respeito a certo fato, que revela algum aspecto objetivo, vinculado a um indivíduo. Em 1981, o Conselho Europeu, definindo o referido termo, afirmou que informação pessoal é "qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou susceptível de identificação"[30]

O pesquisador Bruce Schneier, citado por Tatiana Malta Vieira em sua tese, afirma que tudo o que ocorre no mundo analógico pode, também, acontecer no digital. Delitos como estelionato, furto, fraude, danos materiais e invasão de privacidade são práticas do "mundo real" que podem e são praticadas também no "mundo virtual"[31].

Entretanto, é importante não deter o avanço tecnológico, o que deve ser feito é a proteção efetiva do direito à privacidade, visto que aquele não deve ser detido, como mostra a afirmação de Bruno Lewicki abaixo:

> "Os avanços tecnológicos não podem, nem devem, ser pura e simplesmente detidos, e isto nos levará a conviver com níveis de vigilância cada vez maiores. Nossa Sociedade parece gradativamente incapaz de deliberar sobre o grau de vigilância que deseja para si mesma; (...) Será progressivamente maior o recurso ao conceito da proporcionalidade: as câmeras, por exemplo, podem ser incontornáveis, mas é preciso saber se há consonância entre o que elas filmarão e o motivo que justifica o registro, o que será feito com as imagens, entre outras questões. Fora disso, na ausência de regras, o que se tem é a barbárie, que é o contrário – a submissão – do direito."[32]

Quando se passa a discutir esse tema, é importante que seja feita uma reflexão sobre o impacto que a tecnologia pode causar à privacidade e que, se utilizada de forma mais consciente, ela pode ser uma "aliada na defesa do direito fundamental à privacidade" pois, na chamada sociedade da informação, não são estabelecidas fronteiras físicas "traçadas em nível jurídico, político e territorial"[33],visto que o fluxo de informações é bastante intenso.

3 METODOLOGIA DA PESQUISA

A pesquisa foi estruturada de forma exploratória, na qual foram investigadas as seguintes obras: "Admirável mundo novo"[34] e "1984"[35]. A partir dessas duas obras, fez-se uma pesquisa bibliográfica que se pudessem detectar os elementos objetivos da pesquisa, a partir do exame dos dois objetos acima destacados. Assim, na delimitação do tema, relativamente à privacidade e à intimidade, procurou-se um liame entre a ficção e a realidade, para poder se compreender porque esses dois autores são considerados visionários, quando se trata do tema pertinente a este trabalho.

Portanto, o trabalho é investigativo, a partir da constatação de que há questões jurídico-sociais inerentes às obras literárias estudadas, conforme se depreendeu da bibliografia técnica utilizada na fundamentação teórica acima explanada.

4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

O trabalho mostrou que, a partir da leitura de obras literárias escritas em séculos passados, é possível a análise de temas bastante atuais, como a invasão da privacidade na presente era da informação.

A invasão dessa privacidade, atualmente, está cada vez maior e, com a pesquisa realizada para o presente artigo, foi concluído que a proteção a ela deve ser mais valorizada, sem, entretanto, afetar o avanço tecnológico, devendo-se utilizar o princípio da proporcionalidade quando estes entrarem em conflito.

5 CONCLUSÃO

Após toda a análise das referidas obras literárias, doutrinárias, artigos e legislações, pode-se concluir que o direito à privacidade na chamada era da informação está sendo invadido cada vez mais.

Faz-se necessário que seja realizada uma conscientização da forma correta de como os dados pessoais devem ser utilizados, para que a intimidade seja resguarda e que, ao mesmo tempo, seja garantido o avanço tecnológico, bem como o uso consciente das informações adquiridas por meio dele, para que não haja o chamado conflito entre direitos fundamentais.

6 REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 5.ed. São Paulo: Edipro, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11.ed. São Paulo: Malheiros: 2013.

Convenção para proteção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de carácter pessoal. **Conselho Europeu**. Disponível em: < http://www.direitodainformatica.com/legislacao-informatica/proteccao-das-pessoas-tratamento-de-dados-de-caracter-pessoal/> Acesso em: 12 abr. 14.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ECHTERHOFF, Gisele. **O direito a privacidade dos dados genéticos.** Orientadora: Jussara Maria Leal de Meirelles. 2007.

FONSECA, Rodrigo Machado. O direito e a dicotomia entre o público e o privado. **Arcos**. 02 abr. 2002. Disponível em: < http://www.arcos.org.br/artigos/o-direito-e-a-dicotomia-entre-o-publico-e-o-privado/>. Acesso em: 12 abr. 2014.

HOBSBAWN, Eric. **A Era das Revoluções**. 25.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009.

HUXLEY, Aldous**. Admirável Mundo Novo**. São Paulo: Globo Editora, 2010.

KONDER, Carlos Nelson. **Privacidade e corpo: convergências possíveis**. Pensar, fortaleza, v.18, n.2, p.354/400,maio/ago. 2013.

KONDER, Carlos Nelson**. Privacidade e corpo: convergências possíveis**. Pensar, fortaleza, v.18, n.2, p.354/400,maio/ago. 2013.

LEWICKI, Bruno. **Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada**. RTDC – Revista Trimestral de Direito Civil, v. 27, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Autolimitação do direito a privacidade**. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 34, 2008, p. 93-104.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à História da Filosofia**. 13.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

MULHOLLAND, Caitlin. O direito de não saber como decorrencia do direito à intimidade. **Civilistica.** Ano 1, n. 1, 2012**.** Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2012/08/Direito-de-nao-saber-civilistica.com-1.-2012.pdf> Acesso em: 12 abr. 14.

ORWELL, George. **1984**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**.ed.2. São Paulo: Atlas, 2013.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O Direito à privacidade na Sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação.** 2007. 297f. Tese (Pós-Graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília/DF, 2007.

WARREN, Samuel D; BRANDEIS, Louis D. **The Right to Privacy**. in: 4 Harvard Law Review 193 (1890). Disponível em: < http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>

www.wikileaks.org

(Endnotes)

1 SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 137.

2 Ibid. p. 135-136.

3 DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.p.14.

4 www.wikileaks.org

5 ECHTERHOFF, Gisele. **O direito a privacidade dos dados genéticos.** Orientadora: Jussara Maria Leal de Meirelles. 2007.p.70.

6 FONSECA, Rodrigo Machado. O direito e a dicotomia entre o público e o privado. **Arcos**. 02 abr. 2002. Disponível em: < http://www.arcos.org.br/artigos/o-direito-e-a-dicotomia-entre-o-publico-e-o-privado/>. Acesso em: 12 abr. 2014.

7 MARCONDES, Danilo. **Iniciação à História da Filosofia**. 13.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

8 Ibid.

9 HOBSBAWN, Eric. **A Era das Revoluções**. 25.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009.

10 BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11.ed. São Paulo: Malheiros: 2013.

11 BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 5.ed. São Paulo: Edipro, 2012. Cap. 02.

12 Ibid.

13 Ibid.

14 BONAVIDES, Paulo. Op. cit.

15 WARREN, Samuel D; BRANDEIS, Louis D. **The Right to Privacy**.in: 4 Harvard Law Review 193 (1890). Disponível em: < http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm> .

16 SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**.ed.2. São Paulo: Atlas, 2013.p.13.

17 RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

18 RODATÀ, 2005 apud SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**.ed.2. São Paulo: Atlas, 2013.p.135.

19 MULHOLLAND, Caitlin. O direito de não saber como decorrencia do direito à intimidade. **Civilistica**. Ano 1, n. 1, 2012. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2012/08/Direito-de-nao-saber-civilistica.com-1.-2012.pdf> Acesso em: 12 abr. 14.

20 KONDER, Carlos Nelson. **Privacidade e corpo: convergências possíveis**. Pensar, fortaleza, v.18, n.2, p.354/400,maio/ago. 2013.

21 Ibid

22 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Autolimitação do direito a privacidade**. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 34, 2008, p. 93-104.

23 Ibid.

24 KONDER, Carlos Nelson. **Privacidade e corpo: convergências possíveis.** Pensar, fortaleza, v.18, n.2, p.354/400,maio/ago. 2013.

25 DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.p.12/15.

26 VIEIRA, Tatiana Malta**. O Direito à privacidade na Sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação.** 2007. 297f. Tese (Pós-Graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília/DF, 2007.

27 Ibid.

28 Ibid.

29 Ibid.

30 Convenção para proteção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de carácter pessoal. **Conselho Europeu**. Disponível em: < http://www.direitodainformatica.com/legislacao-informatica/proteccao-das-pessoas-tratamento-de-dados-de-caracter-pessoal/> Acesso em: 12 abr. 14.

31 SCHNEIER, 2001 apud VIEIRA, Tatiana Malta. **O Direito à privacidade na Sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. 2007. 297f. Tese (Pós-Graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília/DF, 2007.

32 LEWICKI, Bruno**. Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada**. RTDC – Revista Trimestral de Direito Civil, v. 27, 2006, p. 211-219.

33 VIEIRA, Tatiana Malta. Op cit.

34 HUXLEY, Aldous. **Admirável Mundo Novo**. São Paulo: Globo Editora, 2010.

35 ORWELL, George. **1984**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

A SAÚDE MENTAL À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A SITUAÇÃO DOS EX-PACIENTES DO HOSPITAL PSIQUIÁTRICO MIRA Y LOPEZ

Venâncio Camurça Magalhães Júnior14
Gabrielle Bezerra Sales15

Sumário: RESUMO. 1 APROXIMAÇÕES. 2 REFERENCIAL TEÓRICO. 2.1 Histórico da doença mental. 2.2 Doença Mental no Brasil. 2.3 A experiência da Saúde Mental no Município de Fortaleza: Os ex-pacientes do Hospital Psiquiátrico Mira y Lopez. 3 METODOLOGIA. 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS

RESUMO

A doença mental é um ente sempre presente em diversas culturas e diversas épocas. Nesse contexto, a cultura ocidental internalizou a prática de segregar e apartar o sujeito portador de deficiência mental da sociedade, trancafiando-o em manicômios, sem o cuidado mínimo, sem a mínima atenção. Essa prática reinou majestosa até meados do século XX, quando surgiu, na Europa, principalmente, o movimento de Reforma Psiquiátrica e, com ele, anseios por mudanças no tratamento dos pacientes internos. Buscavam-se, e ainda se buscam, o tratamento digno e a visão do paciente como sujeito de direitos, não como coisa. Vários hospitais psiquiátricos foram fechados e substituídos por redes assistencialistas, conferindo tratamento mais humano ao doente. No presente trabalho, visa-se a analisar um breve histórico da anomalia mental e as consequências do movimento de antipsiquiatria no Brasil, mais especificamente no município de Fortaleza, no Hospital psiquiátrico Mira y Lopez, e a importância dos Centros de Atenção Psicossocial como via alternativa ao tratamento da doença mental.

Palavras-chave: Doença mental. Desinternação. Mira y Lopez. Dignidade.

14 Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Christus (Unichristus); aluno pesquisador do Projeto de Iniciação Científica da mesma instituição e membro do Grupo de Estudos em Bioética e Biodireito.

15 Professora Universitária e Coordenadora Geral do Curso de Direito da Unichristus; Doutora em Direito pela Universidade de Ausgsburg (Alemanha); Doutoranda em Bioética na Universidade do Porto (Portugal); Autora da obra *Teoria da Norma Constitucional* e organizadora das obras Constituição em Foco: vinte anos da Constituição Federal de 1988 e *Entre o ser e o ter: uma atualização jurídico-conceitual do Direito de Propriedade.*

1 APROXIMAÇÕES

Durante um largo período no Medievo, mais especificamente a partir dos séculos VI e VII, a lepra [16] foi um mal epidêmico em toda a Europa. Esse mal se difundiu devido ao contato do homem europeu com o Ocidente, por meio das Guerras Santas, as chamadas Cruzadas, que legavam tal acometimento aos cavaleiros cruzados, e, por conseguinte, a toda a Europa. Criou-se, então, uma cultura de medo ao redor da figura da lepra e do homem leproso. "As deformidades físicas causadas pela lepra chocavam o homem medieval, para quem o corpo nada mais era do que um reflexo do espírito"[1]. Para se ver livre dessa doença, surgiu o costume segregatício de encarceramento e exclusão social, trancafiando o leproso longe de qualquer convívio humano.[2]

> Os dispositivos que a Idade Média criou para superar a desestruturação trazida pelo advento da lepra, excluindo os leprosos do convívio social e encerrando-os em um universo à parte, o qual despertava, ao mesmo tempo, medo, desconfiança e ódio, tiveram uma enorme aceitação social. Assim, a segregação e o confinamento que se cristalizaram em torno dos leprosos, apareceram, por muito tempo, no tratamento que a sociedade ocidental dispensou aos seus párias; além disso, a própria medicina ocidental os incorporou como base da ação terapêutica, em que o isolamento dos doentes passou a ser uma via obrigatória para a cura.

Com a diminuição dos casos de lepra – não pelo seu tratamento, mas sim pela ruptura do homem europeu com o Oriente –, ficou a vacância no posto de mal a se temer, de doença a se segregar. Nesse contexto, surge a loucura, herdando todos os estigmas e sendo tratada com a mesma truculência com a qual outrora se tratou a lepra. Os leprosários desativados foram, então, reativados e transformados em manicômios, e o doente mental eleito como novo sujeito maléfico e impuro, não merecendo o contato com a sociedade.

Os mentalmente vulneráveis eram tratados da pior maneira possível, eram esquecidos e tinham silenciado seu caráter desviante em tais instituições que muito se assemelhavam a zoológicos, sendo o louco a besta enjaulada e reprimida. Perdurou, durante séculos, essa cultura segregativa, arraigando, na mente da coletividade, a necessidade de se internar o louco, mais para livrar a sociedade desse 'mal' que para tratá-lo. Nesse sentido, o homem louco era objeto do modelo manicomial.

Porém, com a Revolução Francesa, médicos, entre eles Pinel, propõem uma reformulação do tratamento manicomial, estabelecendo uma maior humanização no tratamento e um modelo de hierarquia e obediência dentro dos hospícios. Contudo, na prática, pouco se alterou no modo como se dava o trato ao doente mental, persistindo até os dias atuais o tratamento desumano ao humano enclausurado.

Surgiu, em meados do século XX, um movimento de Reforma Psiquiátrica, que propunha a retirada do paciente dos limites do hospital psiquiátrico, onde ele ficava internado em condições subumanas, e colocá-lo de volta à sociedade e à

16 A lepra é uma doença contagiosa crônica causada pelo *Mycobaterium leprae*, também conhecido como Bacilo de Hansen [...]. A transmissão da lepra se dá, principalmente, por via respiratória, mediante contato com pessoas portadoras do bacilo, dependendo o desenvolvimento da doença da suscetibilidade da pessoa infectada.

PINTO, Paulo Gabriel Hilu da Rocha. O estigma do pecado: a lepra durante a Idade Média. **Revista Physis**, Rio de Janeiro , v. 5, n. 1. P 131-144. 1995 .

família. O doente passa a ser tratado em Redes de Assistência extra-hospitalar, visando a seu pleno desenvolvimento mental e tratamento menos invasivo. No modelo extra-hospitalar, tem-se o paciente como sujeito de direitos e visa-se a sua recuperação.

O presente trabalho tem por intuito analisar a dinâmica das redes de tratamento existentes no município de Fortaleza-CE, mais especificamente, e conhecer a condição na qual se encontram os pacientes desospitalizados e desinstitucionalizados, como é o caso dos ex-pacientes do Hospital Mira y Lopez.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Histórico da doença mental

A doença mental é tão antiga quanto o próprio homem. Em todas as sociedades e em todos os tempos, ela se faz presente, lembrando-nos da fragilidade da mente humana, da presença do desconhecido dentro de nós mesmos. Cada sociedade tratou de modo diferente tal acometimento, umas reprimindo, outras exaltando. Nem todas as culturas a trataram como algo negativo, desviante ou doentio. A exemplo, citam-se os índios da Califórnia. Para eles, o acometimento de uma pessoa ao estado de transe é algo que se estima.

> [...] o transe, uma anormalidade psiquiátrica em nossa cultura, entre os povos primitivos é amplamente prezado.
>
> Entre os Shasta, grupo indígena da Califórnia, o transe faz parte do processo de conversão de uma mulher em xamã (isto é, simultaneamente curandeiro e mago).[3]

Considera-se "loucura" aquilo que uma dada sociedade classifica como tal, não algo universalmente aceito e válido para todas as sociedades e para todas as épocas. Louco é aquele que não é normal. Pode parecer uma conclusão óbvia, mas a própria noção de normalidade é uma convenção social. *Norma* – termo que origina a palavra *normal* –, em latim, significa esquadro, aquilo que se mantém em um justo meio termo, aquilo que serve para endireitar.[4]

A própria sociedade escolhe e delimita as características aceitas e consideradas boas à coletividade para ser o padrão de normalidade. Tudo fora desse esquadro se considera louco, anormal, desviante. "Nesse sentido, normalizar é impor uma exigência a uma existência que possui um caráter diversificado, irregular [...]. E, ao se propor desse modo, a própria norma cria a possibilidade de sua negação."[5]

> Com efeito, os termos segundo os quais se procura dar uma definição da loucura são, explícita ou implicitamente, sempre relacionais. Isto é, designa-se louco o indivíduo cuja maneira de ser é relativa a uma outra maneira de ser. E esta não é uma maneira de ser qualquer, mas maneira normal de ser. Portanto, será sempre em relação a uma ordem de "normalidade", "racionalidade" ou saúde que a loucura é concebida nos quadros da "anormalidade", "irracionalidade" ou "doença".[6]

Com essa relação dualística e excludente, ao se considerar algo como normal, preferível, benéfico e positivo, considera-se, consequentemente, seu revés como patológico, mal, impróprio, perigoso à sadia vida em coletividade, algo a ser expurgado do mundo social. Mesmo assim, cada um só existe a partir da existência do outro, não existindo normalidade sem o anormal e não existindo anormalidade sem as delimitações do normal.

> Em outras palavras, o anormal é uma virtude inscrita no próprio processo de construção do normal e não um fato ou uma entidade autônoma que definiríamos pela identificação de um conjunto de propriedades delimitadas e imutáveis. O anormal é uma relação: ele só existe na e pela relação com o normal. Normal e anormal são, portanto, inseparáveis. E é por isso que é tão difícil definir a loucura em si mesma.[7]

Da mesma forma, escreve-nos o filósofo francês Michel Foucault, em sua obra, *História da loucura:*

> A loucura torna-se uma forma relativa à razão ou, melhor, loucura e razão entram numa relação eternamente reversível que faz com que toda loucura tenha sua razão que a julga e controla, e toda razão sua loucura na qual ela encontra sua verdade irrisória. Cada uma é a medida da outra, e nesse movimento de referência recíproca elas se recusam, mas uma fundamenta a outra.[8]

Durante a Idade Média, a doença mental se espalha como uma epidemia em toda Europa. Para tentar conter esse crescimento, surge a figura da Nau dos Loucos, navios que cruzavam a Europa, de porto em porto, aos quais se entregavam os desviantes com o intento de higienizar as ruas das grandes cidades, de expurgar os loucos dos grandes centros urbanos, para além dos muros da cidade. Daí se intensifica o caráter subalterno do louco. Esses barcos levavam os anormais para uma viagem sem volta, sem destino e sem visibilidade. Vagavam de porto em porto, sem rumo, sem destino, nunca com porto final a atracar.

> A navegação entrega o homem à incerteza da sorte: nela, cada um é confiado a seu próprio destino, todo embarque é, potencialmente, o último. É para o outro mundo que parte o louco em sua barca louca; é do outro mundo que ele chega quando desembarca. [...] É um prisioneiro no meio da mais livre, da mais aberta das estradas: solidamente acorrentado à infinita encruzilhada.[9]

A partir do século XVII, começa-se a política de internamento massivo do doente mental nos hospícios, antigos altares sagrados da lepra, onde se enclausuravam os acometidos de tal doença. Com a diminuição da lepra, esses leprosários, espalhados em grande número por toda a Europa, servem de bastilha aos "loucos". Cresceu a cultura de internação do louco, porém sem muita cientificidade.

> É sabido que o século XVII criou vastas casas de internamento; não é muito sabido que <u>mais de um habitante em cada cem da cidade de Paris viu-se fechado numa delas</u>, por alguns meses [...]. A partir de Pinel, Tuke, Wagnitz, sabe-se que os loucos, durante um século e meio, foram postos sob o regime desse internamento, e que um dia serão descobertos nas salas do Hospital Geral, nas celas das "casas de força"; percebe-se também que estavam misturados com a população das Workhouses ou Zuchthdusern. Mas nunca aconteceu de seu estatuto nelas ser claramente determinado, nem qual sentido tinha essa vizinhança que parecia atribuir uma mesma pátria aos pobres, aos desempregados, aos correcionários e aos insanos. E

> entre os muros do internamento que Pinel e a psiquiatria do século XIX encontrarão os loucos; é lá — não nos esqueçamos — que eles os deixarão, não sem antes se vangloriarem por terem-nos "libertado". A partir da metade do século XVII, a loucura esteve ligada a essa terra de internamentos, e ao gesto que lhe designava essa terra como seu local natural. (Grifo nosso)[10]

O doente mental era retirado das ruas e do convívio com os ditos normais, sob o pretexto de proteger a ele próprio e à sociedade. Dentro dos hospitais havia o pior modo de tratamento e alocação possíveis. Eram tratados como animais, como seres sem racionalidade ou entendimento do mundo a sua volta.

> A doença mental, objeto constituído pela sociedade como ausência de razão, sempre sugeriu que o doente mental não praticava condições de praticar a convivência social e a liberdade. A institucionalização considerada por séculos e diferentes grupos sociais como a única possibilidade de "proteção", afastou os loucos e alienados do convívio social para tratar e, portanto, restituir a racionalidade e a liberdade de escolha. A assistência ao indivíduo considerado louco e alienado esteve marcada historicamente pelo processo de afastamento e reclusão.[11]

Tratavam os doentes, não lhes expurgando a doença, e sim arrebatando o aspecto humano de seus seres, extraindo-lhes a essência, a alma humana, deixando apenas o corpo puramente animal; e esse animal irracional sem o mínimo resquício humano em si, produto do tratamento brutal e degradante recebido nas instituições que deveriam curá-los, era entregue aos maus-tratos, ao desrespeito, ao insalubre e à violação. Não se fazia necessário o tratamento, pois eram animais e, como tal, tinham intrínsecas a si a violência e a brutalidade. Não havia, dentro dos hospícios, homens doentes, e sim bestas selvagens.

> Na redução à animalidade, a loucura encontra ao mesmo tempo sua verdade e sua cura: quando o louco se torna um animal, esta presença do animal no homem que constituía o escândalo da loucura desaparece: não que o animal se tenha calado, mas é que o homem se aboliu. No ser humano que se transforma em besta de carga, a ausência de razão segue a sabedoria e sua ordem: a loucura é então curada, pois se alienou em algo que é nada mais nada menos que sua verdade. [12]

Ao fim do século XVIII, o médico francês Philippe Pinel considerou a loucura, antes tratada como uma doença física, doença mental. Buscou-se uma humanização ao tratamento do doente, e o internamento ganhou um valor terapêutico. Para ele, eram necessários ao tratamento: 1) isolamento para romper com o foco permanente de influências da vida social; 2) estabelecimento de uma ordem asilar; e 3) relação de subordinação e respeito entre o médico, seus auxiliares e o interno.[13]

2.2 Doença mental no Brasil

Apesar das várias tentativas de diversos médicos, dentre eles, Pinel, os manicômios continuaram sendo cruéis com o paciente. O tratamento era feito com métodos mais invasivos possíveis, como os eletrochoques e a lobotomia[17]. O modelo hospitalar consistia em desumanizar o ser humano, tirando sua identidade e pessoalidades, tornando-o igual aos demais, não se levando em conta suas necessidades e limitações pessoais. Continuava o paciente sendo um objeto, não um ser a se tratar. Muitas vezes, sua doença era mais vantajosa que sua cura, movimentando, dessa forma, o mercado de fármacos e de venda de órgãos, quando da morte de tais pacientes.

> É dentro deste contexto histórico que se encontra o doente mental hospitalizado, agora sujeito de estudo. Eles constituem uma população específica, com perda da sua autonomia e vulneráveis não só em decorrência da própria doença que os afeta, mas também pela situação de abandono que muitas vezes se encontram. Existe uma dificuldade, muitas vezes rechaço para tê-los dentro do meio familiar. Ora indivíduos institucionalizados, com famílias omissas, situação de abandono praticamente colocam este doente numa realidade diferente, inclusive permissiva para pesquisas diversas. Muitas formas de tratamento e inovações foram introduzidas naquela época tais como Insulinoterapia de Sakel, eletroconvulsoterapia de Ugo Cerletti, entre outros métodos de tratamento. A fundamentação teórica para estes procedimentos seria que uma desmontagem da estrutura psíquica proporcionaria uma reconstrução sadia.[14]

Pouco se mudou, desde a Revolução Francesa aos dias atuais, no tratamento psiquiátrico. Permaneceram os tratamentos cruéis e desumanos, que mais se assemelhavam a punições corporais, a castigos, por sua natureza desviante e por sua não adequação às limitações e regramentos sociais.

> Os avanços no tratamento científico dado às doenças mentais ocorrido no século XIX, advindos de sua explicação psicológica e não apenas fisiológica, sobretudo após o surgimento da psicanálise, com Sigmund Freud (1856-1939), não impediram que ainda hoje subsistam tratamentos que violam direitos fundamentais dos pacientes e, mesmo que estes não mais sejam submetidos a lobotomia, continuam sendo tratados de maneira desumana e degradante pelos donos de manicômios e hospitais psiquiátricos, os quais muitas vezes recebem vultosos repasses do poder público, sem falar no significativo estímulo da indústria de medicamentos, interessada em repassar as drogas mais novas produzidas pelo mercado de psicofármacos.[15]

No Brasil, tal afirmativa pode ser exemplificada pelo Hospital Colônia, situado em Barbacena, Minas Gerais, fundado em 1903.[16] A ele todos os desafetos sociais – vadios, bêbados, mendigos, presos políticos, mulheres grávidas antes do casamento, pessoas diagnosticadas com tristeza, loucos – eram entregues e passavam por um longo processo de desumanização. Eram esquecidos, maltratados, mal

17 A lobotomia é um tipo de neurocirurgia, ou cirurgia realizada no cérebro, conhecida como psicocirurgia. A ideia da psicocirurgia é que formas graves de doenças mentais podem ser tratadas mudando-se o funcionamento do cérebro. Os médicos acreditavam que, cortando as ligações que os lobos frontais, ou córtex pré-frontal, tinham com o resto do cérebro, eles conseguiriam acalmar as emoções dos pacientes e estabilizar suas personalidades sem acabar com sua inteligência e funções motoras. Fonte: http://saude.hsw.uol.com.br/neurocirurgia-lobotomia.htm

alimentados. A única "coisa" que crescia naqueles muros estéreis era a solidão, o abandono, a sensação de que o inferno era real e certo. Conhecidamente real e certo.

> [...] Pelo menos 60 mil pessoas morreram entre os muros do Colônia. Tinham sido, a maioria, enfiadas nos vagões de um trem, internadas à força. [...] Cerca de 70% não tinham diagnóstico de doença mental. Eram epiléticos, alcoolistas, homossexuais, prostitutas, gente que se rebelava, gente que se tornara incômoda para alguém com mais poder. Eram meninas grávidas, violentadas por seus patrões, eram esposas confinadas para que o marido pudesse morar com a amante, eram filhas de fazendeiros as quais perderam a virgindade antes do casamento. Eram homens e mulheres que haviam extraviado seus documentos. Alguns eram apenas tímidos. Pelo menos trinta e três eram crianças. Homens, mulheres e crianças, às vezes, comiam ratos, bebiam esgoto ou urina, dormiam sobre capim, eram espancados e violados. Nas noites geladas da serra da Mantiqueira, eram atirados ao relento, nus ou cobertos apenas por trapos. Instintivamente faziam um círculo compacto, alternando os que ficavam no lado de fora e no de dentro, na tentativa de sobreviver. Alguns não alcançavam as manhãs. [17]

Com o intuito de coibir tais abusos a direitos tão fundamentais, como a vida íntegra, a dignidade, a liberdade, iniciou-se, na segunda metade do século XX, na década de 60, um movimento de aintipsiquiatria, com o intento de modernizar e adequar o tratamento das pessoas com deficiência[18], garantindo-lhes direitos, tratando-as não mais como meros objetos ou animas, e sim como seres humanos, dotados de personalidade, direitos e garantias. Era, então, um movimento com caráter humanista.

> A aniquilação do indivíduo portador de problemas mentais em seus mais elementares direitos de cidadania gerou o questionamento do modelo tradicional, em nível técnico, à luz da experiência científica contemporânea, e deu origem ao movimento pela reforma da legislação psiquiátrica.
>
> O objetivo é respeitar os direitos humanos do doente mental, submetendo-o a um novo complexo de intervenções em que a preocupação com a pessoa humana dele é a central.[18]

O termo antipsiquiatria diz respeito aos movimentos de luta contra a teoria e a prática tradicional da psiquiatria, que consistia no encarceramento e na exclusão social do doente mental. Esses movimentos encontraram em médicos como Ronald Laing (1927-1989), David Cooper (1931-1986) e Aaron Esterson (1923-1999) seus principais defensores.

Na Itália, o movimento antipsiquiátrico encontrou suporte no médico psiquiatra Franco Basaglia (1929-1980), o qual, em 1961, assumiu a direção do Hospital Psiquiátrico de Gorizia. A partir de então, ao entrar em contato com a condição do hospital e dos pacientes, percebeu que eram necessárias transformações profundas tanto no modelo de assistência psiquiátrica quanto nas relações entre a sociedade e a loucura. Basaglia "não pretendia acabar com a psiquiatria, mas considerava que apenas a psiquiatria não era capaz de dar conta do fenômeno complexo que é a loucura." [19] Por suas imensas lutas na área psiquiátrica, o médico inspirou, em 1973, a criação da Lei 180, em vigência até hoje na Itália. A norma que leva seu nome estabeleceu a abolição dos hospitais psiquiátricos.[20]

> Muitos representantes da antipsiquiatria se opõem, de modo geral, à existência dos hospitais psiquiátricos, já que, segundo eles, o doente mental deve ficar em contato com a sociedade. Esta teoria teve muita influência na Itália, país que, em 1978, decretou o fechamento de todas as clínicas psiquiátricas, apesar de algumas delas continuarem funcionando até hoje. De acordo com o modelo italiano, os doentes devem ser tratados por suas famílias ou em hospitais públicos.

No Brasil, a antipsiquiatria teve como um dos expoentes o psiquiatra Antônio Soares Simone. Em julho de 1979, desembarcou no Brasil o psiquiatra Franco Basaglia para uma série de visitas a manicômios brasileiros. Ao saber disso, Antônio Soares Simone levou o colega italiano a uma visita no Hospital Colônia. Horrorizado com o que viu, Basaglia torna público, na imprensa nacional e internacional, a situação daqueles pacientes.[21]

> As declarações do psiquiatra repercutiram dentro e fora do país. Até o New York Times se interessou pela tragédia da loucura mineira. Simone, no entanto, foi processado pelos hospitais psiquiátricos, e a cassação de seu diploma chegou a ser cogitada pelo Conselho Regional de Medicina (CRM). Trinta e dois anos depois do episódio, ele diz ter cumprido a sua função médica.[22]

Fazia-se necessária a existência de uma lei que regulamentasse a saúde mental e impulsionasse o processo nascente de reforma psiquiátrica. Essa necessidade foi alimentada pelos movimentos sociais mineiros, que são conterrâneos do maior hospício do país e não se calaram frente aos abusos lá cometidos.

O Deputado Federal e professor universitário Paulo Delgado foi o grande defensor para a implementação de uma lei que defendesse os direitos dos mais vulneráveis psicologicamente, dando voz aos historicamente calados e esquecidos.

> A ideia de ser o porta-voz de um grupo historicamente silenciado seduziu o político que, desde a época de estudante, demonstrava interesse pelo tema da reforma psiquiátrica, por influência do trabalho de Franco Basaglia. [...] O deputado apresentou, em 1989, no Congresso Nacional, o Projeto de Lei 3.657, propondo a regulamentação dos direitos da pessoa com transtornos mentais e a extinção progressiva dos manicômios no país. Até aquele momento, ainda prevalecia no país o Decreto Presidencial 24.559, baixado por Getúlio Vargas, em 1934. A resolução previa o recolhimento de pacientes a hospitais psiquiátricos "mediante simples atestado médico", que poderia ser solicitado por qualquer pessoa que tivesse interesse em internar alguém.[...] Mesmo enfrentando resistência

18 O conceito científico de doença hoje pode ser encontrado na própria Convenção da ONU (Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência): "Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas." MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas**. Sidney Madruga. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 33.

> entre a classe médica, famílias de doentes e colegas parlamentares, Delgado consegui aprovar seu projeto, em 1990, na Câmara dos Deputados, por meio de acordo de lideranças, constituindo-se na primeira lei de desospitalização em discussão no parlamento latino-americano. [23]

Após longas lutas pela reforma psiquiátrica, o Legislativo brasileiro promulgou a Lei n. 10.216, de 6 de abril de 2001[24], que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas com transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Tal lei foi considerada um avanço legislativo, visto que garantia direitos aos doentes mentais, direitos esses que não eram anteriormente assegurados.

Dentre esses direitos, podemos destacar o acesso ao melhor tratamento, consentâneo às necessidades dos portadores de transtornos; tratamento com humanidade e respeito, visando ao benefício à saúde do doente e a sua reinserção na família, no trabalho e na comunidade; proteção contra qualquer forma de abuso, dentre outros. Além disso, previu tacitamente tal lei a responsabilidade do Estado no desenvolvimento de saúde mental, na assistência e na promoção de ações de saúde aos portadores de transtornos, com a participação da sociedade civil e do círculo familiar.[25]

> A norma que propõe um modelo de atenção à saúde mental aberto e de base comunitária, completou uma década de vigência em 2011, dividindo opiniões. Os críticos da proposta afirmam que ela não instituiu mecanismos claros para a progressiva extinção dos manicômios, provocando desospitalização em massa sem a implantação de uma rede extra-hospitalar capaz de atender à demanda. Para os defensores da reforma, a lei impôs um novo rumo ao processo de reestruturação do setor. [26]

É crescente, em pequenos e graduais passos, a substituição dos leitos em hospitais psiquiátricos pelo uso da rede de cuidados intensivos, a rede extra-hospitalar. Essa extraída dos pacientes dos hospitais e dos manicômios não significa a desassistência a eles, pelo contrário, significa uma mudança paradigmática no tratamento desses pacientes, inserindo-os novamente na sociedade e assistindo o seu tratamento como necessário.

> Atualmente, a rede extra-hospitalar ganha força. Dados recentes do Ministério da Saúde apontam para 1.502 CAPS cadastrados em todo Brasil e o desenvolvimento dos Serviços Residenciais Terapêuticos (SRTs) como o programa "De Volta para Casa", direcionado às pessoas com longa permanência em hospital psiquiátrico, além de projetos para a geração de renda, entre outros. Essas iniciativas conferem cidadania civil e política Àqueles que necessitam de cuidados na rede de saúde mental.[27]

Porém, ainda impera majoritariamente o modelo hospitalar devido a séculos de cultura arraigada na mente da sociedade. Tem-se a noção leiga de que o "louco" representa um mal à sociedade, devendo dela ser excluído, segregado em uma instituição como se cumprisse uma pena por seu caráter desviante.

> Em 2004, uma inspeção nacional realizada nos hospitais psiquiátricos brasileiros pela Comissão Nacional de Direitos Humanos do Conselho Federal de Psicologia e do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil encontrou condições subumanas em vinte e oito unidades [...]. (A inspeção) revelou que, de norte a sul do país, ainda prevalecem métodos que reproduzem a exclusão, apesar dos avanços conquistados com a aprovação de leis em favor da humanização das instituições de atenção à saúde mental e da consolidação de instrumentos legais comprometidos com os direitos civis dos pacientes psiquiátricos. Nessas unidades foram encontrados cenas fortes, instrumentos de contenção e muitos, muitos cadeados, além de registros de mortes por suicídio, afogamento, agressão ou a constatação de que, para muitos óbitos, simplesmente, não houve interesse em definir as causas. O alerta para o risco de reprodução "bruta e silenciosa do modelo manicomial" foi então dado pelos presidentes dos dois conselhos, à época, Marcos Vinícius de Oliveira Silva e José Edísio Simões Couto.
>
> [...]
>
> E apesar dos equívocos e acertos na construção de um novo paradigma para a saúde pública, a loucura ainda é usada como justificativa para a manutenção da violência e da medicalização da vida. É como se a existência pudesse ser reduzida à sua dimensão biológica e para todos os sentimentos existisse um remédio capaz de aliviar sintomas e de transformar realidade em fuga.[28]

Muito se sabe da precariedade do serviço hospitalar no que diz respeito ao tratamento do doente psiquiátrico e a sua reinserção na sociedade. Nos hospitais psiquiátricos, impera o desrespeito aos direitos mais básicos do doente. A reforma psiquiátrica surge como uma alternativa ao tratamento tradicional dado – ou suprimido – aos pacientes, fazendo-o sentir-se importante e capaz, bem como quebrando preconceitos há muito estruturados na sociedade.

2.3 A experiência da Saúde Mental no Município de Fortaleza: os ex-pacientes do Hospital Psiquiátrico Mira y Lopez

Fez-se crescente, nos últimos tempos, a influência da reforma psiquiátrica no município de Fortaleza, capital do Ceará. Segundo nos conta, em entrevista, a Assessora Técnica da Célula de Atenção em Saúde Mental da Secretaria Municipal de Saúde, Vanúsia de Lima Monteiro, dos sete hospitais psiquiátricos que funcionavam em Fortaleza, apenas três continuam com pacientes internos (Hospital de Saúde mental de Messejana, Hospital Nosso Lar e Hospital Psiquiátrico São Vicente de Paulo), ao passo que a rede Assistencial de Saúde Mental de Fortaleza cresce cada vez mais. Hoje existem, em funcionamento, cerca de 20 Centros de Atenção Psicossocial[19], distribuídos entre CAPS Álcool e Drogas, CAPS Gerais e Residências Terapêuticas. Segundo a entrevistada,

19 Os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) são instituições que visam à substituição dos hospitais psiquiátricos - antigos hospícios ou manicômios - e de seus métodos para cuidar de afecções psiquiátricas. Constituem um serviço comunitário que tem como papel cuidar de pessoas que sofrem com transtornos mentais, em especial os transtornos severos e persistentes, no seu território de abrangência. A atenção do CAPS deve incluir ações dirigidas aos familiares e comprometer-se com a construção dos projetos de inserção social. Devem ainda trabalhar com a ideia de gerenciamento de casos, personalizando o projeto de cada paciente na unidade e fora dela e desenvolver atividades para a permanência diária no serviço. Fonte: http://www.abrata.org.br/new/arquivosfolder/CAPS_AD.pdf

não é possível estabelecer um dado preciso tratando sobre o número de usuários do sistema de saúde mental do município em razão de a gestão anterior não trabalhar com estatísticas concretas. Não há dados palpáveis, porém, pelo próprio relato dos pacientes, a rede de atenção psicossocial vem crescendo.

O maior avanço da reforma psiquiátrica, segundo nos fala a entrevistada, foi a mudança paradigmática no tratamento. Antes dela, o paciente era visto como um objeto e tratado como um bicho. Com o advento da Reforma, o paciente passa a figurar como centro, e sua recuperação, como fim. Passa-se a reconhecer o potencial do paciente como sujeito de direitos e deveres. Os antigos hospitais psiquiátricos, com o escopo de 'cuidar' dos pacientes, apenas os maltratavam, torturavam e isolavam.

A Reforma propõe um tratamento em que o paciente interaja com a sociedade, a fim de buscar sua reinserção nela. Tem-se uma lógica extramuros, de estar na comunidade, de incentivar o contato afetivo com os seus pares. A reforma psiquiátrica ainda não está plenamente estabelecida "Não podemos dizer que é uma luta ganha. Há possibilidade de retrocesso." A luta manicomial tem uma forte importância ao pressionar os gestores por mudanças, pela real implementação dos direitos dos doentes mentais, gerando, assim, políticas públicas capazes de aperfeiçoar o quadro atual.

Há uma fragilidade no campo da saúde mental no âmbito municipal. Muita dessa fragilidade acontece devido à falta de estabilidade nas relações empregatícias. Segundo a Sra. Vanúsia, não há concurso público para provimento de cargos nessa área, o que dificulta os trabalhos e a implantação de serviços mais profundos, visto a grande rotatividade de funcionários. Há, para o ano de 2015, previsão de concurso público para suprir essa falha administrativa, porém sem confirmação oficial.

Outro grande impedimento ao avanço no tratamento extra-hospitalar é a cultura da internação arraigada na sociedade, tanto para transtornos mentais quanto para usuários de drogas. A sociedade tem medo de lidar com seus "loucos". Medo e despreparo. A coletividade, de modo geral, ainda acredita que o mentalmente debilitado deve estar internado. A família desses pacientes, muitas vezes, não quer receber seus entes com transtornos, seja por medo, seja por preconceito, seja por falta de condições emocionais, psicológicas ou financeiras. Há uma grande dificuldade em se quebrar paradigmas preconceituosos a respeito da natureza do doente. A família argumenta que, para o doente, é melhor a internação, pois, internado, ele recebe medicação e não corre risco. Porém, ao se isolar o doente em uma instituição, a tendência é a cronificação de seu transtorno.

No que tange aos ex-pacientes do Hospital Psiquiátrico Mira y Lopez, prédio histórico demolido em 2013, a entrevistada nos contou que muitos pacientes receberam alta, e outros foram remanejados para Residências Terapêuticas tipo II, que trata dos doentes mentais em um estágio mais debilitado. Em um período de seis meses após o remanejamento, a mudança de comportamento dos pacientes já era notória. A mudança de tratamento causou uma melhora no quadro dos pacientes. Segundo Vanúsia, a mudança está "na forma com que se lida, com que se olha para aquele sujeito. Se não acreditarmos que aquela pessoa, embora com deficiência, tem potencial para estar desenvolvendo, dentro de suas limitações, algo diferente, algo especial, as coisas não mudam. Da mesma forma é conosco. Todos nós temos limitações e, dentro das nossas limitações, precisamos saber reconhecer nosso potencial."

> Oito pacientes de hospitais psiquiátricos de Fortaleza [...] foram transferidos para a Residência Terapêutica da Regional V, no bairro Bom Jardim, a segunda criada pela Coordenação da Área de Saúde Mental da Secretaria Municipal de Saúde (SMS). Aberta neste mês de dezembro, a casa funciona como moradia e oferece ao paciente a possibilidade de voltar a conviver em sociedade.
>
> Destinada a receber pessoas com transtornos mentais graves, que estão por, pelo menos, três anos em internações psiquiátricas e impossibilitadas de retornar as suas famílias, a casa tem uma infraestrutura que proporciona aos moradores qualidade de vida [...]. Além de ser um espaço para morar, os usuários recebem ainda o apoio de uma equipe de profissionais, formada por oito cuidadores. Paralelamente, a atenção em saúde mental desses pacientes continua sendo realizada, seja no Centro de Atenção Psicossocial da Regional V (Caps Geral) ou em postos de saúde, hospitais e demais serviços do Sistema Único de Saúde (SUS) que eles demandarem.
>
> "Agora, os pacientes, antes moradores dos hospitais psiquiátricos Mira y Lopez, São Vicente de Paula e Hospital de Saúde Mental de Messejana, terão uma vida melhor, em um lar acolhedor. A rede de saúde mental de Fortaleza passa também a contar com mais um dispositivo da reforma psiquiátrica", explica a coordenadora da Área de Saúde Mental de Fortaleza, Rane Félix. [29]

A entrevistada também ressalta a qualidade estrutural das casas nas quais se encontram os pacientes. Ela garante, com veemência, que a situação, em comparação ao Hospital Psiquiátrico Mira y Lopes, melhorou significativamente. Não se tem o tratamento ideal ainda, pois, ao se tratar do tema residência terapêutica, trata-se não só na desospitalização, na retirada dos pacientes dos muros dos manicômios, mas também na desinstitucionalização daquele paciente, retirar dele a dependência e a padronização impostas nos hospitais, tornando-o independente e singular, privilegiando sua autonomia e reconhecendo-o como cidadão.

Por questões estruturais, essa desinstitucionalização não está sendo potencializada. Contudo, existe um projeto com acompanhamento de terapeutas ocupacionais, em que, em uma casa, se propõe a prática de atividades diárias a fim de, cada vez mais, dar autonomia àqueles pacientes por muito tempo dependentes de uma instituição. Muitos desses pacientes também saíram do Mira y Lopez sem documentos. Dois já tiveram documentos liberados e estão recebendo benefícios da Prefeitura Municipal.

Quando perguntada sobre as perspectivas futuras na área de saúde mental, a assessora respondeu que não podemos deixar os avanços estagnarem, pois o processo de reforma não está concluído, tem-se muito que lutar para se fazer valer os direitos das pessoas com transtornos mentais. É necessário

descontruir o conceito leigo de loucura por meio de ações que dialoguem abertamente com a sociedade, explicando e esclarecendo-lhe a doença mental. Acrescentou que, até o fim da gestão atual, serão construídas e entregues mais três Residências Terapêuticas para receber os pacientes do Hospital Nosso Lar e do Hospital São Vicente de Paulo.

Por fim, ela nos contou sobre o bloco de carnaval "Doido é tu!" – composto por profissionais da área de saúde mental, pacientes, seus familiares e amigos – que, há vários anos, desfila no carnaval de Fortaleza, trazendo a questão da insanidade para um grau mais leve e divertido, conscientizando, assim, a população de que podemos muito bem conviver com os considerados "loucos".

3 METODOLOGIA

Para a elaboração do presente artigo, utilizou-se pesquisa bibliográfica e documental, principalmente embasada na Constituição Federal, bibliografia a respeito da Reforma Psiquiátrica e do processo de desinternação, bem como de entrevista estruturada com representantes da Célula de Atenção à Saúde Mental da Prefeitura Municipal de Fortaleza. Utilizou-se, também, material bibliográfico referente ao Hospital Psiquiátrico Mira y Lopez e aos CAPS em Fortaleza.

4 ANÁLISE DE RESULTADOS

Assegura a Constituição Federal, em seu artigo 5º, *caput*, ser a vida, a liberdade e a igualdade como direitos fundamentais. Logo em seguida, em seu artigo 6º, elenca a saúde como direito social. Logo, todo cidadão tem como direito humano fundamental assegurado pela Constituição Federal o acompanhamento da saúde, de maneira digna.

De maneira semelhante, a Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), assegura, no parágrafo 3º do seu preâmbulo, que "gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social." e, no parágrafo 2º, esclarece que "a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade." [30]

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), em seu artigo 5º, prescreve que toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral, e que ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. [20]

Novamente na Constituição Federal, em seu artigo 196, apresenta-se que "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."

Logo, cabe ao poder público a implementação de políticas públicas para tratar da questão da saúde, qualquer que seja sua natureza, inclusive a mental. A inobservância do tratamento digno e íntegro dos doentes mentais constitui grave ameaça a direito fundamental constitucional assegurado a todo cidadão.

> O direito à integridade psíquica é um os direitos da personalidade, impondo, assim, a todos o dever de respeitar a estrutura psíquica de outrem, seja por ações diretas ou indiretas, seja em tratamentos psicológicos, seja ainda, em atos repressivos. É preciso resguardar os componentes identificadores da estrutura interna da pessoa, suas convicções, ideia, modo de pensar etc., para que possa haver tutela integral à sua personalidade.[31]

É notório o avanço na área psiquiátrica no município de Fortaleza, principalmente no que tange às redes assistenciais. Porém, estamos, enquanto município, longe de ser modelo. Os CAPS funcionam, mas muitos de forma precária, faltando profissionais especializados, medicamentos, estrutura, leitos. Não achando tratamento adequando nos CAPS, muitos pacientes recorrem aos hospitais psiquiátricos.

> A saúde mental de Fortaleza pede socorro. Com os 14 Centros de Atenção Psicossocial (Caps) funcionando de forma precária - faltam medicamentos, médicos, psicólogos, enfermeiros, auxiliares de enfermagem e farmacêuticos - a opção que resta aos pacientes é recorrer ao Hospital de Saúde Mental de Messejana (HSMM), a única emergência psiquiátrica do Estado.
>
> Desde 2011, o Ceará vem perdendo leitos de internação psiquiátrica. Foram ao todo 403, sendo 80 do Instituto de Psiquiatria do Ceará (IPC), 103 da Clínica de Saúde Mental Doutor Suliano, 160 do Hospital Mira Y López e 60 do Hospital São Gerardo, sem que tenha sido oferecido pelo poder público leitos de retaguarda em hospitais gerais. [32]

A simples redução de leitos não finda o processo de reforma, sendo necessário disponibilizar meios alternativos de tratamento, sob pena de criminalizar, marginalizar e discriminar os deficientes mentais, e/ou não cumprir seu objetivo de desospitalizar o doente e reinseri-lo na coletividade, na família e no mundo social.

Além disso, enquanto sujeitos de direitos, os pacientes devem ter respeitadas sua dignidade, sua vida, sua liberdade, enfim, todos os seus direitos e as prerrogativas fundamentais. A exclusão, na maioria das vezes, não resolve o problema da loucura, até há casos em que esta é agravada. Deve-se garantir direitos a essas pessoas em situação de vulnerabilidade.

> O reconhecimento da dignidade humana das pessoas com deficiência defronta-se com a sua inexorável realidade de exclusão social, política, econômica e cultural. A exclusão dessas pessoas significa verdadeira violação, atentado, a sua dignidade humana, na medida em que só faz crescer a sua invisibilidade ante o meio social, apartando-as cada vez mais deste último. [33]

O ser humano é um ser social. Apartá-lo desse meio significa causar mal a ele. Constituir laços familiares, de amizades, de sociedade é fundamental para o sadio desenvolvimento do ser. Enclausurar os doentes em instituições que mais se assemelham a presídios, onde os doentes mentais pagam penitência por algo que não deram causa, condenados por uma doença vista com os olhos do preconceito, significa quebrar seus laços sociais, piorando, assim, seu estado de

20 Do mesmo modo, assegura o art V da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948): Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

saúde e emocional.

> O antecedente mais remoto da afirmação clara e precisa de que o homem é um ser social por natureza encontra-se no século IV a.C., com a conclusão de Aristóteles de que "o homem é naturalmente um animal político". Para o filósofo grego, só um indivíduo de natureza vil ou superior ao homem procuraria viver isolado dos outros homens sem que a isso fosse constrangido.
>
> Na mesma ordem de ideias e, sem dúvida, por influência de Aristóteles, vamos encontrar em Roma no século I a.C., a afirmação de Cícero de que "a primeira causa da agregação de uns homens a outros é menos a sua debilidade do que um certo instinto de sociabilidade em todos inato; a espécie humana não nasceu para o isolamento e para a vida errante, mas com uma disposição que, mesmo na abundância de todos os bens, a leva a procurar o apoio comum". [34]

Logo, é preciso uma rede de tratamento mais apta a receber e tratar esses doentes, com a participação de profissionais capacitados – como médicos, psiquiatras, terapeutas –, da família e da sociedade civil.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Excluir o dito louco da sociedade não resolve o problema da doença mental. Pelo contrário, o puro cárcere de tais pessoas apenas agrava sua doença. Deve-se citar também que ferem a dignidade da pessoa humana os maus-tratos que muitos manicômios impõem aos seus pacientes.

Vimos que a desospitalização é, por hora, a melhor alternativa ao tratamento do doente, mas a simples redução de leitos não resolve o impasse, sob risco de inserir o doente mental em presídios ou manicômios jurídicos. Faz-se necessário um correto tratamento, fechando hospícios, porém abrindo unidades extra-hospitalares para suprir a demanda de pacientes de determinada região.

A respeito dos ex-pacientes do Mira y Lopez, a condição daqueles que se encontram nos CAPS melhorou e tende a melhorar cada vez mais, desde que se leve o tratamento a sério, que profissionais se dediquem em ressocializar tais pessoas. No decorrer do projeto agora em finalização, apesar das tentativas, não conseguimos entrar em contato com familiares dos ex-pacientes a fim de esclarecer a dinâmica familiar e a relação com o doente. Todavia, é necessário que a família desmistifique os (pré)conceitos acerca da doença e que dê o devido cuidado ao debilitado, pois só assim ele se entende como ser humano, como alguém querido e amado.

Ademais, vale ressaltar que os considerados loucos são seres humanos com uma maior vulnerabilidade social, que merecem amparo diferenciado, e não o esquecimento e o descaso. Faz-se preciso investir em políticas públicas com o intuito de reinserir no convívio coletivo – de onde, muitas vezes, sequer deveria ter saído –, de forma menos traumatizante, menos impactante possível, esse ser, há muito tempo, vitima da institucionalização, visto ser em sociedade que o homem se sente completo.

A família deve buscar os melhores e menos invasivos tratamentos aos seus familiares. O Estado deve proteger e promover a saúde em todas as suas áreas, inclusive a mental, buscando adequar-se aos novos modelos de tratamento, não segregando, mas trazendo o paciente para lugares onde possa sentir-se sujeito ativo, mesmo com suas limitações e dificuldades. Além disso, devemos entender que o doente mental é um ser humano como qualquer outro, com suas barreiras e limitações e que a loucura é uma convenção inerente a todo homem, não uma abominação ou um mal de espírito o qual deve ser caçado preso e eliminado.

REFERÊNCIAS

ARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro**. 4ª edição. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. Direito e Saúde Mental. **Revista de Direitos Difusos**, São Paulo, v.19 , p.2545-2557, maio/jun. 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**. 2.ed. São Paulo: Saraiva,

FOUCAULT, Michel. **História da Loucura na Idade Clássica**. 9ªed. São Paulo: Perspectiva, 2010.

FRAYZE-PEREIRA, João. **O que é loucura**. São Paulo: Abril Cultural/Brasiliense, 1985. (Coleção Primeiros Passos vol. 18)

GONÇALVES, Flávio José Moreira. Manicômios e o princípio da dignidade da pessoa humana: estudos preliminares à luz do direito e da bioética. **Opinião jurídica**: Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus n.04, ano 02, 2004.2, p. 57-68

LIMA, Luana. Saúde mental em situação precária. **Jornal Diário do Nordeste.** Fortaleza, 27 abril 2013.

LIRA, Renata; DIAS, Rafael. A saúde mental na corte interamericana de direitos humanos. **REVISTA JURÍDICA CONSULEX**. Brasília - DF: Editora Consulex, n. 320, 15 maio 2010.

MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas**. Sidney Madruga. – São Paulo: Saraiva, 2013

Pelbart PP. **Da clausura do fora ao fora da clausura: Loucura e desrazão.** 1ª ed. São Paulo (SP): Brasiliense; 1989.

SARRETA, Fernanda de Oliveira. "De perto ninguém é normal": Reflexões Sobre a Inclusão social no campo da saúde mental. **Serviço Social & Realidade** (faculdade de História, Direito e Serviço Social - Unesp), Franca, v. 14, n. 1, p.105-118, 2005.

(Endnotes)

1 PINTO, Paulo Gabriel Hilu da Rocha. O estigma do pecado: a lepra durante a Idade Média. **Revista Physis**, Rio de Janeiro , v. 5, n. 1. P 131-144. 1995 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73311995000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 08 Abril 2014.

2 Ibid.

3 FRAYZE-PEREIRA, João. **O que é loucura**. São Paulo: Abril Cultural/Brasiliense, 1985, v. 18, p. 25. (Coleção Primeiros Passos).

4 FRAYZE-PEREIRA, op. cit., p. 20

5 Ibid., p. 21

6 Ibid., p. 20

7 Ibid., p. 22

8 FOUCAULT, Michel. **História da Loucura na Idade Clássica**. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010, p. 30.

9 Ibid., p. 12

10 Ibid., p. 48

11 SARRETA, Fernanda de Oliveira. "De perto ninguém é normal": Reflexões Sobre a Inclusão social no campo da saúde mental. **Serviço Social & Realidade** (Faculdade de História, Direito e Serviço Social - Unesp), Franca, v. 14, n. 1, p.105-118, 2005.

12 Ibid., p.153

13 CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. Direito e Saúde Mental. **Revista de Direitos Difusos**, São Paulo, v. 19 , p.2545-2557, maio/jun. 2003.

14 LOPES, Maria Helena Itaqui. Pesquisa em Hospitais Psiquiátricos. 2011. Disponível em: <http://www.bioetica.ufrgs.br/psiqpes.htm>. Acesso em: 08 abril 2014.

15 GONÇALVES, Flávio José Moreira. Manicômios e o princípio da dignidade da pessoa humana: estudos preliminares à luz do direito e da bioética. **Opinião jurídica:** Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus n.04, ano 02, 2004.2, p. 57-68

16 ARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

17 Ibid., p. 13-14

18 CINTRA JUNIOR, op. cit., p. 2547.

19 Universidade Federal do Rio Grande do Sul. **Quem foi Franco Basaglia?** Disponível em: <http://www.ufrgs.br/e-psico/etica/temas_atuais/luta-antimanicomial-franco.html>. Acesso em: 13 abril 2014

20 ARBEX, Daniela, op. cit

21 Ibid.

22 Ibid., p. 207

23 Ibid., p. 225.

24 BRASIL. Lei 10.216, de 6 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. **Presidência da República** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm>. Acesso em: 22 março 2014.

25 Ibid.

26 ARBEX, Daniela, op. cit., p. 226.

27 LIRA, Renata; DIAS, Rafael. A saúde mental na corte interamericana de direitos humanos. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília - DF: Consulex, n. 320, p. 33-34 15 maio 2010.

28 ARBEX, Daniela, op. cit., p. 254.

29 PREFEITURA DE FORTALEZA. População de Fortaleza conta com nova residência terapêutica. **Secretaria Municipal de Saúde.** 26 dez. 2011. Última atualização em 13 mar. 2012. Disponível em: <http://www.sms.fortaleza.ce.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=159:-populacao-de-fortaleza-conta-com-nova-residencia-terapeutica&catid=1:ultimas-noticias&Itemid=156>. Acesso em: 23 mar. 2014.

30 DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito.** Maria Helena Diniz – 7. ed. rev., aum. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2010.

31 Ibid., p. 169

32 LIMA, Luana. Saúde mental em situação precária. **Jornal Diário do Nordeste.** Fortaleza, 27 abril 2013. Disponível em: <http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/cidade/saude-mental-em-situacao-precaria-1.284027>. Aceso em: 25 mar. 2014.

33 MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos**: ótica da diferença e ações afirmativas. Sidney Madruga. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 103.

34 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 8. Disponível em: <https://docs.google.com/file/d/0B7SkIzUpoEx4UHFXNFBUbkltV1U/edit>. Acesso em: 03 abril 2014

CASO DAMIÃO XIMENES LOPES: IMPLICAÇÕES JURÍDICAS E BIOÉTICAS ACERCA DA DESINTERNAÇÃO DO PACIENTE PSIQUIÁTRICO

Venâncio Camurça Magalhães Júnior[21]
Gabrielle Bezerra Sales[22]

Sumário: RESUMO. 1 APROXIMAÇÕES. 2 REFERENCIAL TEÓRICO. 2.1 Saúde Mental: uma abordagem histórica. 2.2 Modelo atual de internação e a luta pela mudança. 2.3 Ximenes Lopes e a saúde mental na Corte Interamericana de Direitos Humanos. 3 METODOLOGIA. 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

RESUMO

Transpassando diversas épocas, lugares e culturas, inconteste é a perplexidade e o preconceito do ser humano frente à diversidade de anomalias mentais. A doença e o doente mental, em geral, foram vistos com olhos do preconceito e do medo, estigmas construídos desde a Idade Média, com a derrocada da lepra – doença largamente temida durante o medievo –, o que ocasionou a necessidade de se eleger um novo mal para ser temido socialmente. Atualmente, sobretudo na cultura ocidental, a doença e o doente mental passaram a ser discriminados e excluídos do seio coletivo e do familiar, para serem enclausurados em sanatórios ou em casas de repousos em precárias condições de subsistência, muitas vezes, sequer recebendo tratamento, simplesmente jogados e esquecidos. Não se deseja ver o 'louco' transitando livremente por uma questão de higienização social. Porém, o modelo hospitalocêntrico se mostra como um meio inadequado no tratamento desse tipo de doente, uma vez que o confinamento propicia, em seus muros, muitas atrocidades, como no caso Damião Ximenes Lopes, caso em análise neste estudo. O presente trabalho visa a explanar um breve histórico da doença mental, da Idade Média aos dias atuais, o modelo de tratamento vigente no país, bem como sua funcionalidade, e as consequências que o descaso do Estado com os acometidos por enfermidades mentais pode acarretar, enfocando o caso Ximenes Lopes, em razão da sua relevância na história dos Direitos Humanos e da Reforma Psiquiátrica no Brasil.

Palavras-chave: Saúde Mental. Isolamento. Abandono. Violação.

21 Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Christus (Unichristus); aluno pesquisador do Projeto de Iniciação Científica da mesma instituição e membro do Grupo de Estudos em Bioética e Biodireito.

22 Professora Universitária e Coordenadora Geral do Curso de Direito da Unichristus; Doutora em Direito pela Universidade de Ausgsburg (Alemanha); Doutoranda em Bioética na Universidade do Porto (Portugal); Autora da obra *Teoria da Norma Constitucional* e organizadora das obras Constituição em Foco: vinte anos da Constituição Federal de 1988 e *Entre o ser e o ter: uma atualização jurídico-conceitual do Direito de Propriedade.*

1 APROXIMAÇÕES

Transpassando diversas épocas, lugares e culturas, um elemento sempre observável, sem dúvida, é a anomalia mental, sendo ela inerente à própria espécie humana. Porém, distinto é o seu tratamento, ou seja, o modo como a sociedade encara tal manifestação, assim nos mostra Frayze-Pereira em sua obra O que é loucura.[1]

Ora esta é abordada como uma ligação com o divino, com o sobrenatural, sendo a pessoa que a manifesta vista como um ente superior, uma espécie de oráculo para o grupo social no qual se insere – como não falar das sociedades remotas que tratavam devaneios, transes e êxtases como um elo de comunicação com o divino –, ora a loucura é tratada como algo nocivo, danoso, infrutífero, como se vê no tratamento dado à crise 'Amok', que acomete homens malásios, pacíficos e dóceis, que passam a um estado de euforia e violência incomum, e, de posse de um instrumento cortante, geralmente um facão, põem-se a golpear quem encontram pela frente. [2]

Tal constatação nos leva ao questionamento a respeito da natureza da loucura, qual o limite entre o normal e o anormal e se ela, por si só, seria boa ou má. De modo geral, principalmente na cultura ocidental, a doença e o doente mental passaram a ser tratados como seres que, como outrora foi com os acometidos pela lepra, doença largamente temida durante o medievo, deveriam ser exclusos do seio coletivo, enclausurados em sanatórios ou em casas de repousos em precárias condições de subsistência, muitas vezes, nem sequer recebendo tratamento, sendo simplesmente jogados e esquecidos.

Na realidade, trata-se de pessoas que supostamente não têm cura e que, por isso mesmo, não são dignas de viver em sociedade. Tudo isso em razão da impossibilidade de se conviver com esses enfermos sem se colocar em xeque diversas hipocrisias que caracterizam a moralidade e a forma de organização social, isto é, a suposta normalidade. Dessa forma, na atualidade, a doença mental ainda é entendida como um ente mistificado, um mal do espírito, sinônimo de desgraça e repulsa.

O modelo de internação, arraigado na Idade Média, nos foi legado e pouco se alterou desde sua origem.[23] Continua-se tratando de forma subalterna o doente, de modo a apenas mantê-lo a uma certa distância da sociedade e dele mesmo. Enclausura-se o débil, menos para seu benefício e tratamento que para uma espécie de higienização social, na qual se limpa o desviante da esfera pública, na qual, o cidadão estava entre os seus iguais: homens tão livres quanto ele próprio.[3] Retirar o sujeito da esfera pública constituía forma de retirar sua liberdade, sua humanidade.

Muitas atrocidades foram cometidas devido ao retrógrado modelo de tratamento, desde falta de saneamento, higiene e cuidados básicos, a mortes decorrentes desses fatores.[4] Estuda-se, no artigo em questão, o Caso do cearense Damião

23 Em Seu livro *Holocausto brasileiro*, Daniela Arbex descreve com detalhes o terrível tratamento dado aos doentes no Hospital Colônia. Os doentes eram amontoados como animais, andavam sem roupa ou com roupas velhas que nada os protegiam das noites congelantes de Barbacena. Não recebiam tratamento adequado. Saciavam a sede nos esgotos que cortavam o hospício. E morriam principalmente de invisibilidade. ARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro**. 4ª edição. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

Ximenes e suas implicações para o avanço na legislação psiquiátrica[5].

Acrescenta-se que o trabalho não tem por finalidade explanar, muito menos elucidar, de modo definitivo, todos os problemas decorrentes do tema, e sim analisar alguns aspectos e acontecimentos a partir de princípios de Direitos Humanos.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Saúde Mental: uma abordagem histórica

A noção de doença e de saúde, desde a Antiguidade clássica, foi associada à ventura ou à desventura, ao absurdo ou à graça. Portanto, saúde e doença eram consideradas realidades antitéticas, as quais se referiam ao padrão de normalidade social imposto pela classe social dominante, ao mesmo tempo que utilizava o conhecimento religioso para explicar os seus episódios de disciplinamento dos corpos e das mentes por meio da aplicação de medidas de discriminação. A Bíblia traz claramente o estigma dado à lepra ao seu caráter impuro. "Mas, quando nela aparecer carne viva, ficará impura. Quando o sacerdote vir a carne viva, ele a declarará impura. A carne viva é impura; trata-se de lepra."(Levítico 13: 14-15). Também se nota a exclusão social ocasionada pela lepra na passagem da cura dos dez leprosos (Lucas 17: 11-19), na qual estes não podiam se aproximar das demais pessoas. Com isso, tornou-se fácil associar o acometimento de enfermidades ao pecado e aos castigos dos deuses.

Desde os tempos bíblicos, a lepra ataca milhares de pessoas em diversos lugares do mundo. Foi ela, durante muito tempo, não apenas incurável como igualmente mutiladora. Era uma doença que causava horror devido à aparência física do doente não tratado, que apresentava lesões ulcerantes[24] na pele e deformidades nas extremidades. Considerava-se como um mal do espírito, algo que merecia ser extirpado da sociedade. A partir da metade do século XVII, criou-se, então, uma cultura de internamento forçado do doente em leprosários ou gafarias em toda a Europa.[6]

A lepra[25] deu, nessa altura, origem às medidas de segregação associadas aos mais diversos estigmas[26]. Tal doença foi tão fortemente condenada que, até hoje, com todos os avanços médicos e com o tratamento da doença, ainda impera o preconceito por parte da sociedade contra os portadores dessa enfermidade. [7]

O Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, por exemplo, diz que, no sentido figurativo, "leproso" é aquele cujo convívio é maléfico ou extremamente desagradável, uma pessoa perversa, ruim, que provoca repulsa, nojo. [8]

Acontece que, durante a Idade Média, mais especificamente no século XIV, a lepra 'desapareceu' do mundo ocidental, caindo bruscamente o número de leprosos internados. Após a derrocada da lepra, o homem necessitou pôr em seu lugar um novo mal a ser expurgado da sociedade, um novo ente a ser temido, um novo mal a ser colocado no altar do medo.

> Às margens da comunidade, às portas das cidades, abrem-se como que grandes praias que esse mal deixou de assombrar, mas que também deixou estéreis e inabitáveis durante longo tempo. Durante séculos, essas extensões pertencerão ao desumano. Do século XIV ao XVII, vão esperar e solicitar, através de estranhas encantações, uma nova encarnação do mal, um outro esgar do medo, mágicas renovadas de purificação e exclusão. [9]

O grande número de leprosos diminuiu drasticamente em um século. Essa redução se deu não devido às práticas médicas destinadas a sanar tal mal, mas sim pela segregação e pelo rompimento com os focos orientais da infecção, com o fim das Cruzadas, ficando os grandes leprosários quase que desativados.

> A mesma regressão da lepra se registra na Alemanha, talvez um pouco mais lentamente (...). Em Stuttgart, o relatório de um magistrado indica em 1589 que há já 50 anos não há mais leprosos na casa que lhes é destinada. Em Lipplingen, o leprosário é logo povoado por incuráveis e loucos. [10]

Mesmo com a diminuição dos casos de Lepra, permaneceu inalterada a estrutura arraigada da exclusão, de intolerância e do internamento de todos aqueles que fossem diferentes ou afetassem a ideia de normalidade. Os lugares sacros da lepra agora abrigam "pobres, vagabundos, presidiários e 'cabeças alienadas'"[11]

Gradativamente, a loucura foi tomando o espaço que antes era destinado à lepra.

24 Por úlcera, entende-se ferida de difícil cicatrização, em tecido cutâneo ou mucoso. Chaga. Fonte: Dicionário Priberam da Língua Portuguesa.

25 De acordo com a Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS), "A hanseníase (lepra) é uma doença infecciosa, de evolução crônica causada pelo *Mycobacterium leprae*, microorganismo que acomete principalmente a pele e os nervos das extremidades do corpo. A transmissão se dá de indivíduo para indivíduo, por germes eliminados por gotículas da fala e que são inalados por outras pessoas penetrando o organismo pela mucosa do nariz. Outra possibilidade é o contato direto com a pele através de feridas de doentes, A doença tem um passado triste, de discriminação e isolamento dos doentes, que hoje já não existe e nem é necessário, pois a doença pode ser tratada e curada." (adaptado)

26 "No discurso sociológico, o conceito de estigma assume quase sempre o significado que Erving Goffman (1922-82) lhe atribuiu na obra *Stigma - Notes on the Management of Spoiled* Identity, de 1963. O termo estigma, entre os antigos gregos, designava "sinais corporais com os quais se procurava evidenciar alguma coisa de extraordinário ou de mau acerca do estatuto moral de quem os apresentava"; tratava-se de marcas corporais, feitas com cortes ou com fogo, que identificavam de imediato um escravo ou um criminoso, por exemplo. O conceito atual é mais amplo; considera-se estigmatizante qualquer característica, não necessariamente física ou visível, **que não se coaduna com o quadro de expectativas sociais acerca de determinado indivíduo**. Todas as sociedades definem categorias acerca dos atributos considerados naturais, normais e comuns do ser humano - o que Goffman designa por identidade social virtual. **O indivíduo estigmatizado é aquele cuja identidade social real inclui um qualquer atributo que frustra as expectativas de normalidade**" (Grifo nosso). Fonte: Infopédia – Enciclopédia e Dicionários Porto Editora.

> A lepra se retira, deixando sem utilidade esses lugares obscuros e esses ritos que não estavam destinados a suprimi-la, mas sim a mantê-la a uma distância sacramentada, a fixá-la numa exaltação inversa. Aquilo que, sem dúvida, vai permanecer por muito mais tempo que a lepra, e que se manterá ainda numa época em que, há anos, os leprosários estavam vazios, são os valores e as imagens que tinham aderido à personagem do leproso; é o sentido dessa exclusão, a importância no grupo social dessa figura insistente e temida que não se põe de lado sem se traçar à sua volta um círculo sagrado. [12]

Porém, antes mesmo de a loucura ocupar o espaço deixado pela lepra, ela já estava presente nas experiências da Renascença. Esta viu surgir uma nova e estranha figura ao longo dos canais flamengos e dos rios da Renânia: a Nau dos loucos.[13]

Nessa nave, eram postos os bêbados, os criminosos políticos, os vagabundos e, até mesmo, os loucos. Nesse contexto, surge o caráter errante do louco. Retirava-se antes o louco de seu lugar de origem, de sua cidade natal, expulsando-o dos limites da fortificação da cidade e perseguindo-o.[14] Tal medida implicava uma espécie de banimento dos seres indesejados em razão da sua incontestável rebeldia e insubordinação aos padrões sociais.

Posteriormente confiou-se aos barqueiros os cuidados de tais doentes, que eram postos em navios, sem rumo, sem porto final para atracar, que vagavam, de porto em porto, por toda a Europa, com a certeza apenas de que iam para longe das cidades de origem, ficando, assim, a sociedade "purificada" de tal mal. A errância era o maior castigo para todos aqueles que não se submetiam e, assim, a única forma de purificação dos possíveis efeitos de contaminação dos demais membros das cidadelas.

Nas palavras de Foucault, "confiar o louco aos marinheiros é, com certeza, evitar que ele ficasse vagando indefinidamente entre os muros da cidade, é ter a certeza de que ele irá para longe, é torná-lo prisioneiro de sua própria partida".[15] Com isso, o louco era transferido para um outro mundo, para uma nova realidade. De fato, o louco era, de certa forma, paralisado na sua arte de subverter a ordem estabelecida, de forma que lhe era retirada a simples possibilidade de ser ouvido, de ser reconhecido em sua humanidade.

Foucault destaca também o caráter paradoxal da Stultifera Navis, visto que o louco era prisioneiro do mais livre dos espaços, da mais aberta das estradas. Percebe-se que não havia uma política de tratamento dos acometidos de doença mental. A única preocupação era eliminá-los da esfera pública, escondendo-os da população.[16]

Posteriormente, principalmente na literatura e no teatro renascentistas, a loucura ganha lugar de destaque na essência da razão e da verdade, relacionando-se intrinsecamente com estas. Passa-se então a se exaltar a loucura em detrimento de outros temas, como a morte. A loucura é, então, melhor aceita – ou menos temida – na sociedade. Passa-se a vê-la como algo inerente a cada homem, pertencente à sua moral. Não é mais algo estranho ao homem, e sim um espetáculo amplamente conhecido, intrínseco a sua própria razão.

> A loucura torna-se uma forma relativa à razão, ou melhor, loucura e razão entram numa relação eternamente reversível que faz com que toda loucura tenha sua razão que a julga e controla, e toda razão sua loucura na qual ela encontra sua verdade irrisória. Cada uma é a medida da outra, e nesse movimento de referência recíproca elas se recusam, mas uma fundamenta a outra.[17]

É nesse movimento dialético que a loucura e a razão encontram seu equilíbrio, uma somente existindo em razão da outra e não existindo ambas isoladas. Loucura e razão pareciam ser duas faces de uma mesma moeda. Loucura e razão se abrigariam agora no interior de um mesmo corpo, ora sendo a loucura mais aparente, ora é sendo razão que se destaca.

> Cada coisa mostra duas faces. A face exterior mostra a morte; olhem no interior, e lá há vida, ou inversamente. A beleza recobre a feiura (sic), a riqueza a indigência, a infâmia a glória, o saber a ignorância... Em resumo, abram o Sileno e encontrarão o contrário daquilo que ele mostra.[18]

Faz parte da natureza humana a face da loucura, chegando Foucault a considerar que "os homens são tão necessariamente loucos que não ser louco significaria ser louco de um outro tipo de loucura"[19].

> Esse mundo do começo do século XVII é estranhamente hospitaleiro para com a loucura. Ela ali está presente, no coração das coisas e dos homens, signo irônico que embaralha as referências do verdadeiro e do quimérico, mal guardando a lembrança das grandes ameaças trágicas — vida mais perturbada que inquietante, agitação irrisória na sociedade, mobilidade da razão.[20]

O período renascentista, que acolheu muito bem a loucura em seu seio, tornando-a algo aceitável e, diríamos, até familiar, que vê a face romântica e bela dos devaneios mentais é superado por um Classicismo frio e impiedoso com a loucura.[21]

A Era Clássica descontruiu todo o prestígio que a loucura conseguiu erguer em torno de si própria durante os séculos posteriores. "A loucura, cujas vozes a Renascença acaba de libertar, cuja violência, porém, ela já dominou, vai ser reduzida ao silêncio pela era clássica através de um estranho golpe de força."[22]

A loucura passou a ser tratada com o encarceramento massivo e sem nenhuma preocupação com a cientificidade. A loucura foi calada, menos de forma natural que por meio da reclusão a qual o louco foi submetido. "O internamento dos alienados é a estrutura mais visível na experiência clássica da loucura"[23].

Os loucos são, desde então, tratados como amimais, de forma bruta e coercitiva, em estabelecimentos que muito se assemelham às jaulas de zoológicos. A animalidade é a forma encontrada para "curar" os loucos. Não removendo a loucura do homem, e sim removendo a humanidade do ser, transformando-o em uma besta selvagem que tem a loucura apenas como um aspecto de sua natureza ignorante e bestial.[24]

Tratando os doentes mentais como animais, não se faz necessário protegê-los do frio ou do calor, não precisam de cura – pois loucura não é doença nos animais irracionais

–, tampouco correção. A loucura, para ser sanada, precisa apenas ser domesticada, pois a essência do louco difere da essência humana.[25]

> Na redução à animalidade, a loucura encontra ao mesmo tempo sua verdade e sua cura: quando o louco se torna um animal, esta presença do animal no homem que constituía o escândalo da loucura desaparece: não que o animal se tenha calado, mas é que o homem se aboliu. No ser humano que se transforma em besta de carga, a ausência de razão segue a sabedoria e sua ordem: a loucura é então curada, pois se alienou em algo que é nada mais nada menos que sua verdade. [26]

É perceptível que o processo de alienação do acometido de doenças psíquicas implicou a perda completa de seus direitos, na perda do reconhecimento deste como membro da espécie humana, uma vez que, segundo os doutrinadores da época, faltava a eles a característica humana essencial: a racionalidade.

Aplicava-se a lógica binária em que a loucura era associada à desrazão e, assim, à perda da condição humana, restando o *status* decorrente de decair para a animalidade.

2.2 Modelo atual de internação e a luta pela mudança

Até meados do século passado, poucas mudanças foram notadas em relação às estruturas de internação e ao modo como se trata o sujeito mentalmente debilitado, ainda vigorando o modelo de internação, repressão e exclusão social do sujeito em questão.

Essa exclusão se dá nos mais diversos prismas: exclusão social, retirando o sujeito do convívio da sociedade; exclusão jurídica, ficando este impossibilitado de realizar atos no mundo civil (interdição); exclusão familiar, pela perda da condição humana, dentre outros.

> Integrar a *pólis* equivalia a receber, além de sua vida privada, uma espécie de segunda vida, o seu *bios politikos*, de modo que o cidadão passava a pertencer a duas ordens de existência: uma biológica, cujas necessidades eram indistintas para homens e animais; e outra, política, que re-significava e humanizava a existência dos homens.[27]

Disseminar a cultura do medo e a falsa ideia de periculosidade do doente foi tática extremamente funcional no passar dos séculos, o que criou, no imaginário coletivo, a noção de que o 'louco' não deve ter plena liberdade de locomoção e de convivência com os 'normais', pois pode lhes causar mal por sua natureza débil. Outro aspecto é o fato de que o diagnóstico da loucura, além das implicações sanitárias, tem sérias e perversas implicações políticas.

Importante relevo deve-se dar igualmente ao fato de vários dos internos em asilos não receberem sequer tratamento à sua doença, situação que propicia o agravamento dos transtornos e, assim, torna-se possível a manifestação de outras doenças psíquicas.

> O isolamento do mundo exterior foi uma estratégia essencial no processo de criação do hospital psiquiátrico, associado a ideia de punição e castigo, com perda de visibilidade social e exercício de direitos pelos indivíduos . como medida de segurança, associou a alienação mental com periculosidade e foi o princípio terapêutico utilizado e justificado para: garantir a segurança pessoal do louco e sua família, não ter influencia externa, vencer resistências e impor hábitos e costumes intelectuais e morais. [28]

No mundo todo, inclusive no Brasil, cresceu a prática de internação em casas psiquiátricas e manicômios dos doentes mentais, menos a fim de curá-los que de apenas acomodá-los, em condições, diríamos, sub-humanas e medievais, e purificar a sociedade do mal que se alastrava.

No território brasileiro, o ápice do regime de internação se deu no Hospital Colônia, em Barbacena, estado de Minas Gerais, fundado em 1903. A situação à qual os internos eram submetidos era as mais precárias possíveis, faltava o básico, desde água a vestimentas apropriadas ao frio noturno de Barbacena. Estima-se que, entre 1960 e 1970, anos com maior número de mortes, 60 mil pessoas perderam a vida no Colônia.[29]

> (...)Pelo menos 60 mil pessoas morreram entre os muros do Colônia. Tinham sido, a maioria, enfiadas nos vagões de um trem, internadas à força. [...] Cerca de 70% não tinham diagnóstico de doença mental. Eram epiléticos, alcoolistas, homossexuais, prostitutas, gente que se rebelava, gente que se tornara incômoda para alguém com mais poder. Eram meninas grávidas, violentadas por seus patrões, eram esposas confinadas para que o marido pudesse morar com a amante, eram filhas de fazendeiros as quais perderam a virgindade antes do casamento. Eram homens e mulheres que haviam extraviado seus documentos. Alguns eram apenas tímidos. Pelo menos trinta e três eram crianças. Homens, mulheres e crianças, às vezes, comiam ratos, bebiam esgoto ou urina, dormiam sobre capim, eram espancados e violados. Nas noites geladas da serra da Mantiqueira, eram atirados ao relento, nus ou cobertos apenas por trapos. Instintivamente faziam um círculo compacto, alternando os que ficavam no lado de fora e no de dentro, na tentativa de sobreviver. Alguns não alcançavam as manhãs. [30]

Por anos, essas atrocidades permaneceram invisíveis aos olhos da sociedade, ao poder do Estado, à espada da lei. No Hospital Colônia, morria-se de fome, morria-se de frio, morria-se por doenças causadas pelas más condições de higiene, mas, acima de tudo, morria-se de invisibilidade, de descaso, de esquecimento.[31]

Morriam os internos um pouco a cada dia ao serem privados da sua humanidade e da sua dignidade. A constante repetição das mortes tornou esse fato algo vulgar, indigno de compaixão ou qualquer comoção, sendo a morte, inclusive, algo rentável ao hospital, que vendia, deliberadamente e sem anuência dos parentes, os corpos, órgãos e tecidos dos pacientes, em uma rede de comércio que se espalhou por todo estado de Minas Gerais.

> Os pacientes do Colônia morriam de frio, de fome, de doença. Morriam também de choque. Em alguns dias, os eletrochoques eram tantos e tão fortes, que a sobrecarga derrubava a rede do município. Nos períodos de maior lotação, dezesseis pessoas morriam a cada dia. Morriam de tudo — e também de invisibilidade. [E] ao morrer, davam lucro(...). Nada se perdia, exceto a vida.[32]

Com o tempo – e com os avanços na área farmacêutica,

sobretudo com a criação dos primeiros psicotrópicos[27] – e, atrelada a ele, as crescentes indignações com o modelo de internação manicomial, cresceu, no país, um movimento que buscava o fim dos manicômios e a implementação do tratamento extra-hospitalar, que respeitasse os direitos dos internos de tal forma que a sua dignidade humana fosse questão central, buscando trazê-lo de volta ao *status* de ser humano. Essa tendência ao tratamento ambulatorial do doente teve fortes influências do movimento de reforma psiquiátrica italiano e francês, países que primeiro inovaram a tratar esses temas.

> O ano de 1978 foi marcado pela chegada ao Brasil de Franco Basaglia, psiquiatra italiano que fundou o Movimento da Psiquiatria Democrática e liderou as mais importantes experiências de superação do modelo asilar-manicomial em Gorizia e Trieste como já visto anteriormente nesse artigo. Ele foi o primeiro a colocar em prática a extinção dos manicômios, criando uma nova rede de serviços e estratégias para lidar com as pessoas em sofrimento mental. A experiência de Basaglia serviu de inspiração para a Lei 180, aprovada na Itália em 13 de maio de 1978, que determinou a extinção dos manicômios e a substituição do modelo psiquiátrico por outras modalidades de cuidado e assistência. A "Lei Basaglia", como foi chamada, é a única no gênero em todo o mundo. [33]

Um dos primeiros estados brasileiros a lutar por tal movimento foi Minas Gerais, como expõe Arbex: "Apesar de Minas ter produzido a maior tragédia da loucura no país, por meio do Hospital Colônia, o Estado acolheu as primeiras manifestações em favor da reforma psiquiátrica."[34]

Foi criado, em 1987, quase uma década após o início do movimento – ocorrido em 1978 –, o primeiro Centro de Atenção Psicossocial (CAPS), importante instituição substitutiva dos hospitais psiquiátricos. Dois anos mais tarde, foi criado um projeto de lei (que viria a se tornar lei em 2001) com intento de regulamentar os direitos dos deficientes, a extinção progressiva dos modelos convencionais de tratamento e a inserção do paciente em um modelo terapêutico extra-hospitalar.

> O cenário atual apresenta uma tendência de reversão ao modelo hospitalar, com ampliação significativa da rede extra-hospitalar de base comunitária, atribuindo à sociedade medidas efetivas de integração do atendimento nos serviços de atenção primária.[35]

Muito se conquistou até hoje. Muito ainda se tem a conquistar. Uma série de direitos e garantias foi conseguida, mas outra ainda se precisa alcançar. É nesse passo que caminha o processo de reforma psiquiátrica no Brasil. De fato, falta descortinar o processo de alienação no sentido de perceber que o suposto saber acerca da loucura está diretamente relacionado com a intolerância ao diferente e à precariedade das formas de inclusão social.

2.3 Ximenes Lopes e a saúde mental na Corte Interamericana de Direitos Humanos

Damião Ximenes Lopes, 30 anos à época, portador de grave transtorno mental, foi internado, no ano de 1999, na Casa de Repouso Guararapes, instituição vinculada ao SUS, localizada em Sobral, município do estado do Ceará.

A internação se deu pelo receio da família em cuidar de Damião, pois suas crises estavam cada vez piores, devido à recusa dele em tomar os medicamentos que lhe foram receitados em uma de suas passagens anteriores por Guararapes, o que o tornava agressivo, podendo, segundo consta, ferir a si e/ou seus familiares.

Dentro da Casa de Repouso, Ximenes sofria dos mais cruéis tipos de tratamento, pois era agredido, amarrado, contido, espancado, tratado pior que um animal bravio.

> Na segunda-feira seguinte, 4 de outubro de 1999, quando ela [Albertina Ximenes, mãe de Damião] voltou para fazer visita, foi informada na portaria que ele não podia receber visita, ela se apavorou e, forçosamente, entrou chamando por Damião, no pátio ele vinha em sua direção, cambaleando, com as mãos amarradas para trás, roupa toda rasgada, a mostrar a cueca, corpo sujo de sangue, fedia a urina, a fezes e a sangue podre. Nas fossas nasais bolões de sangue coagulado. Rosto e corpo apresentavam sinais de ter sido impiedosamente espancado. Caiu nos pés de mamãe. Ele ainda conseguiu falar, numa expressão de pedido de socorro dizia: "polícia, polícia, polícia..." Ela colocou na boca dele um pouco de refrigerante, ele bebeu com tamanha sede, a sugar até a última gota. (sic) [36]

No mesmo dia, 4 de outubro de 1999, Francisco Ivo de Vasconcelos, diretor da instituição e médico responsável pelo paciente, ministrou em Damião um medicamento, sequer tomando ciência das condições do doente. Horas depois, a família foi notificada da Morte de Damião Ximenes.

> No dia 4 de outubro de 1999, quando a mãe da testemunha encontrou o senhor Damião Ximenes Lopes ele estava agonizando, e ela pediu socorro ao médico Francisco Ivo de Vasconcelos, porque acreditava que seu filho ia morrer devido às condições em que estava. No entanto, o médico não atendeu a seus pedidos. O senhor Damião Ximenes Lopes morreu nesse mesmo dia. Seu cadáver apresentava marcas de tortura; seus punhos estavam dilacerados e totalmente roxos e suas mãos também estavam perfuradas, com sinais de unhas, e uma parte do seu nariz estava machucada. A causa da morte foi dada pelos médicos como "morte natural, parada cardio-respiratória" e nada mais. O corpo do senhor Damião Ximenes Lopes foi então levado para Fortaleza para que fosse realizada uma necropsia, a qual também concluiu que se tratava de "morte indeterminada". A família não acreditou nesse laudo e acredita que houve manipulação e omissão da verdade. [37]

Com a morte de Damião, sua família, principalmente sua irmã, Irene Ximenes, começou uma busca incessante para que a justiça fosse feita. O caso foi denunciado pela irmã da vítima em vários órgãos do poder público, entre eles Polícia Civil, Ministério Público Federal e Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Ceará. Nada foi feito a respeito das sérias violações dos direitos humanos de Damião. Vários dispositivos legais e garantias fundamentais foram

27 "Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), psicotrópicos são substâncias psicoativas que agem diretamente no Sistema Nervoso Central, o que produz notoriamente modificações comportamentais, de humor e, com a continuação da administração, torna-se modificador da cognição." Disponível em: <http://www.ctcantareira.com.br/substancias/o-que-sao-psicotropicos.html>.

desrespeitados, como a integridade física, à liberdade, à vida.

O Estado deve ser o principal guardião e efetivador de todos os direitos, principalmente aqueles consagrados com a nomenclatura de Direitos Fundamentais, sob o risco de se tornar um Estado despótico e intolerante, como outrora já vivenciamos e a duras lutas conseguimos superar. O Brasil violou claramente os deveres de respeito e proteção, deveres inerentes a todos os seres humanos.

> Em virtude do dever de respeito, o Estado tem a obrigação de agir em conformidade com o direito fundamental, não podendo violá-lo nem adotar medidas que possam ameaçar um bem jurídico protegido pela norma constitucional.
>
> [...] Dever de proteção. Esse dever significa, basicamente, que (a) o legislador tem a obrigação de editar normas que dispensem adequada tutela aos direitos fundamentais, (b) o administrador tem a obrigação de agir materialmente para prevenir e reparar as lesões perpetradas contra tais direitos e (c) o judiciário tem a obrigação de, na prestação jurisdicional, manter sempre a atenção voltada para a defesa dos direitos fundamentais. [38]

Permaneceu o Estado inerte e ineficiente diante do caso de Damião Ximenes. Inconformada com tal descaso e desrespeito aos direitos de seu irmão, Irene prestou denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA). Em seguida, a ONG Justiça Global ingressou no caso como copeticionária. A comissão Interamericana aceitou a denúncia e passou à fase de apreciação e julgamento do caso.

Após vários anos de litígio, a Corte interamericana de Direitos Humanos decidiu a favor de Ximenes Lopes, reconhecendo a responsabilidade e condenando o Estado brasileiro pelas violações praticadas pela instituição privada conveniada com o SUS.

Trata-se de reconhecimento da responsabilidade objetiva do Estado nesse caso, uma vez que violou o dever de cuidado com os vulnerabilizados pela enfermidade psíquica que se encontravam sob a sua guarda. De fato, o Estado, em razão da restrição aos direitos da personalidade dos pacientes em confinamento, assume a responsabilidade na forma de guardião de suas vidas, de seus corpos e de suas mentes.

A Corte condenou o Brasil por violações ao Pacto de São José da Costa Rica, ao qual o Brasil é signatário nos seus artigos 1º, 4º (direito à vida), 5º (direito à integridade pessoal), 8º (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial).

> **Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos**
>
> 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.
>
> Artigo 4º - Direito à vida
>
> 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.
>
> **Artigo 5º - Direito à integridade pessoal**
>
> 1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
>
> 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. (grifo nosso) [39]

A Corte condenou o Brasil nos seguintes termos: (a) promoção, em tempo razoável, de investigação e sanção aos envolvidos no caso; (b) publicação no Diário Oficial do conteúdo da decisão da Corte; (c) realização de programas de capacitação profissional para servidores da área de saúde mental e, por fim, (d) à indenização aos membros da família de Damião Ximenes Lopes, além do pagamento de todas as despesas provenientes dos processos na justiça brasileira e na estrangeira.[40]

> A sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o caso de Damião Ximenes é a primeira a abordar o tratamento cruel e discriminatório dispensado às pessoas portadoras de transtorno mental. O reconhecimento da situação vulnerável a que estão submetidas estas pessoas pela Corte amplia a jurisprudência internacional e fortalece, nacionalmente, o trabalho de denúncia das organizações do movimento anti-manicomial, no que diz respeito à violação de direitos humanos em estabelecimentos psiquiátricos. [41]

3 METODOLOGIA

Para a elaboração do presente artigo, utilizou-se de pesquisa bibliográfica e documental, principalmente embasada na Constituição Federal e em leis extravagantes que tratam sobre a reforma psiquiátrica, assim como no julgado do caso Ximenes Lopes vs Estado brasileiro, proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

O caso de Damião Ximenes foi o primeiro a condenar o Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A partir do caso em análise e da sua repercussão, cresceu força o movimento antimanicomial no Brasil, que visava a acabar com casos de barbaridades e claros desrespeitos aos direitos humanos mais básicos.

> A decisão da Corte condenou o Brasil pela violação aos direitos à vida, à integridade física e à proteção judicial, visto que a vítima, pela violência sofrida, faleceu três dias após sua internação na clínica. A sentença constitui uma decisão paradigmática para a defesa dos direitos das pessoas com deficiência mental e para avanços na política pública de saúde mental. [42]

Pode-se dizer que a referida condenação foi o catalizador da criação da Lei nº 10.216/2011, a Lei da Reforma Psiquiátrica, que garante como direitos do portador de transtorno mental, dentre outros, ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades; tratamento humano, vedando qualquer tipo de abuso; tratamento em ambiente terapêutico, preferencialmente em serviços

comunitários, vedando-se a internação em instituições de caráter asilar. Tudo isso visando à reinserção do paciente na sociedade.

> Assim, notório que o caso "Ximenes Lopes" e a aplicação de pena ao país pela violação das garantias judiciais previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos serviu como reforço à necessidade de assegurar um processo célere e justo, bem como um Judiciário disposto a materializar direitos imprescindíveis a consecução da harmonia social. [43]

Consideramos nós que consiste em afronta aos direitos de primeira geração (direitos de liberdade), cita-se a liberdade de locomoção e o direito à vida; e aos direitos de segunda geração (direitos de igualdade), que são aqueles ligados às necessidades básicas dos indivíduos, como alimentação, saúde, moradia, educação, assistência social etc.[44] De mesmo modo, houve inobservância aos deveres de respeito e proteção dos Direitos Humanos por parte do Estado, seu guardião maior.

Os direitos das pessoas vulneráveis, incluindo-se nesse rol os deficientes mentais, devem ser assegurados visando ao fim da marginalização dessas pessoas e à (re)inclusão destas na vida coletiva. Deve ser assegurada e respeitada a humanidade inerente a todo ser, seja ele visto como 'são' seja como 'anormal'. Não devemos permitir outras graves agressões a direitos, como as observadas no caso concreto, e devemos agir, positivamente, com o intento de garantir a efetivação desses direitos e dessas prerrogativas.

> Vale dizer, para garantir e assegurar a igualdade, não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão desses grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais. [45]

Como nos fala a professora Flávia Piovesan, a busca pela efetivação dos direitos das minorias é matéria de fundamental importância, que se faz não só com legislação, mas também com programas de políticas públicas visando a tal fim.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se o presente trabalho ressaltando que muito se falta para real implementação dos direitos dos deficientes mentais e para o reconhecimento destes como sujeitos de direitos. O Judiciário continua lento e moroso, desrespeitando garantias processuais. Nós, enquanto população, devemos gritar nossos direitos, buscar melhorias, defender os invisíveis socialmente, dando-lhes voz e vez.

Como escreve Flávia Piovesan, "a realidade do Judiciário não mudou substancialmente: direitos humanos continuam sendo preteridos e a «justiça» permanece parcial e injusta, tornando ainda mais distante o acesso e a crença da população".[46]

Desrespeitar seus direitos é ferir o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que é fundamento do Estado democrático de direito. Nas palavras do Professor Fahd Awad, "adotar a Dignidade da pessoa humana como valor básico do Estado democrático de direito é reconhecer o ser humano como o centro e o fim do direito".[47] Desrespeitando tal princípio, estaríamos reduzindo a Constituição a um instrumento sem força normativa. Não se deve permitir que o Estado viole um direito de um cidadão.

É necessário romper com velhos estigmas preconceituosos e reacionários para se caminhar visando a um futuro de progressos substanciais na reinserção do anormal na sociedade. Deve-se relembrar que um doente psiquiátrico também é um ser humano, com sentimentos, sensibilidades, vontades, sonhos, e deve ser tratado como tal.

REFERÊNCIAS

ARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro**. 4ª edição. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003

AWAD, Fahd. O princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. **Justiça do Direito**, Passo Fundo, v.20, n. 1, p.111-120

BEDÊ, Fayga Silveira . O Público e o Privado: Deslizamentos e Rupturas. **Revista Nomos**. Revista do Curso de Mestrado em Direito - UFC, v. 1-1978-Fortaleza, p.69-90, 2008

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Convenção americana sobre os direitos humanos**: assinada na Conferência especializada interamericana sobre direitos humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2006. **Caso Ximenes Lopes vs . Brasil.** Sentença de 04 de julho de 2006. Mérito, Reparações e Custas.

CUNHA, Giane Alves de Melo e Assis. **Saúde Mental - Luta Antimanicomial, Reforma Psiquiátrica e CERSAMs.**

FOUCAULT, Michel. **História da Loucura na Idade Clássica**. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2012

FRAYZE-PEREIRA, João. **O que é loucura**. São Paulo: Abril Cultural/Brasiliense, 1985. (Coleção Primeiros Passos vol. 18).

MACIEL, Laurinda. **A hanseníase ao longo da História**.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais** / George Marmelstein – 4. Ed. – São Paulo: Atlas, 2013

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos** / Flávia Piovesan. – 4. ed – São Paulo: Saraiva, 2010

SARRETA, Fernanda de Oliveira. "De perto ninguém é normal": Reflexões Sobre a Inclusão social no campo da saúde mental. **Serviço Social & Realidade** (faculdade de História, Direito e Serviço Social - Unesp), Franca, v. 14, n. 1, p.105-118, 2005.

SCLIAR, Moacyr. **Lepra: A doença do estigma**.

SILVA, Saulo Medeiros da Costa. **A condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso "Ximenes Lopes" e a postura do Estado brasileiro no processo de garantia de direitos humanos**

(Endnotes)

1 FRAYZE-PEREIRA, João. **O que é loucura**. São Paulo: Abril Cultural/ Brasiliense, 1985. (Coleção Primeiros Passos vol. 18).

2 FRAYZE-PEREIRA, João. **O que é loucura**. São Paulo: Abril Cultural/

Brasiliense, 1985. (Coleção Primeiros Passos vol. 18).

3 BEDÊ, Fayga Silveira . O Público e o Privado: Deslizamentos e Rupturas. **Revista Nomos**. Revista do Curso de Mestrado em Direito - UFC, v. 1-1978-Fortaleza, p.69-90, 2008, p. 72

4 FOUCAULT, Michel. **História da Loucura na Idade Clássica**. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2012

5 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2006. **Caso Ximenes Lopes vs . Brasil.** Sentença de 04 de julho de 2006. Mérito, Reparações e Custas. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf .>. Acesso em: 05 fev. 2014

6 FOUCAULT, Michel. **História da Loucura na Idade Clássica**. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2012.

7 MACIEL, Laurinda. **A hanseníase ao longo da História**. Disponível em: <http://www.fiocruz.br/ccs/especiais/hanseniase/hanseniase5.htm>. Acesso em: 20 nov. 2013.

8 SCLIAR, Moacyr. **Lepra: A doença do estigma**. Disponível em: <http://guiadoestudante.abril.com.br/aventuras-historia/lepra-doenca-estigma-434502.shtml>. Acesso em: 20 nov. 2013.

9 FOUCAULT, Michel. **História da Loucura na Idade Clássica**. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2012, p. 03.

10 Ibid., p. 05.

11 Ibid., p. 06.

12 Ibid., p. 06.

13 Ibid.

14 Ibid.

15 Ibid., p. 12

16 Ibid.

17 Ibid., p. 30.

18 ERASMO, loc. cit., XXIX, p. 53 apud FOUCAULT, Michel. **História da Loucura na Idade Clássica**. 9ªed. São Paulo: Perspectiva, 2012, p. 33

19 FOUCAULT, Michel, **História da Loucura na Idade Clássica**. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2012, p 36.

20 Ibid., p. 44

21 Ibid.

22 Ibid., p. 45

23 Ibid., p. 48

24 Ibid.

25 Ibid.

26 Ibid., p 153.

27 ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p33 **apud** BEDÊ, Fayga Silveira . O Público e o Privado: Deslizamentos e Rupturas. **Revista Nomos**. Revista do Curso de Mestrado em Direito - UFC, v. 1-1978-Fortaleza, p.69-90, 2008.

28 SARRETA, Fernanda de Oliveira. "De perto ninguém é normal": Reflexões Sobre a Inclusão social no campo da saúde mental. **Serviço Social & Realidade** (faculdade de História, Direito e Serviço Social - Unesp), Franca, v. 14, n. 1, p.105-118, 2005.

29 ARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro**. 4ª edição. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

30 Ibid., p. 13-14

31 Ibid.

32 Ibid., p. 14

33 CUNHA, Giane Alves de Melo e Assis. **Saúde Mental - Luta Antimanicomial, Reforma Psiquiátrica e CERSAMs.** Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/saude-mental-luta-antimanicomial-reforma-psiquiatrica-e-cersams/11430/#ixzz2w68jnY62>. Acesso em: 18 fev 2014

34 ARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro**. 4ª edição São Paulo: Geração Editorial, 2013. p. 203

35 SARRETA, Fernanda de Oliveira. "De perto ninguém é normal": Reflexões Sobre a Inclusão social no campo da saúde mental. **Serviço Social & Realidade** (faculdade de História, Direito e Serviço Social - Unesp), Franca, v. 14, n. 1, p.105-118, 2005.

36 Texto redigido pela irmã da vítima, Irene Ximenes. Disponível em: <http://www.apavv.org.br/casos/D/005.htm>. Acesso em: 18 fev. 2014

37 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2006. **Caso Ximenes Lopes vs . Brasil.** Sentença de 04 de julho de 2006. Mérito, Reparações e Custas. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf .>. Acesso em: 05 fev. 2014

38 MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais** / George Marmelstein – 4. Ed. – São Paulo: Atlas, 2013. p. 290-291

39 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Convenção americana sobre os direitos humanos**: assinada na Conferência especializada interamericana sobre direitos humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2014.

40 SILVA, Saulo Medeiros da Costa. **A condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso "Ximenes Lopes" e a postura do Estado brasileiro no processo de garantia de direitos humanos.** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21056/a-condenacao-do-brasil-na-corte-interamericana-de-direitos-humanos-no-caso-ximenes-lopes-e-a-postura-do-estado-brasileiro-no-processo-de-garantia-de-direitos-humanos#ixzz2w8cHJKTG>. Acesso em: 05 fev. 2014

41 **Caso Damião Ximenes Lopes: Resumo**. Disponível em http://pesquisasdiritointernacional.blogspot.com.br/2008/02/caso-damio-ximenes-lopes-resumo.html >. Acesso em: 15 fev. 2014.

42 PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos** / Flávia Piovesan. – 4. ed – São Paulo: Saraiva, 2010. Pág. 86

43 SILVA, Saulo Medeiros da Costa. **A condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso "Ximenes Lopes" e a postura do Estado brasileiro no processo de garantia de direitos humanos.** 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21056/a-condenacao-do-brasil-na-corte-interamericana-de-direitos-humanos-no-caso-ximenes-lopes-e-a-postura-do-estado-brasileiro-no-processo-de-garantia-de-direitos-humanos>. Acesso em: 18 fev. 2014.

44 MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais** / George Marmelstein – 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2013

45 PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos** / Flávia Piovesan. – 4. ed – São Paulo: Saraiva, 2010. Pág 245.

46 Ibid.

47 AWAD, Fahd. O princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. **Justiça do Direito**, Passo Fundo, v.20, n. 1, p.111-120, 2006.

A SOCIEDADE CIVIL BUSCANDO GARANTIR O DIREITO À EDUCAÇÃO E À REDUÇÃO DOS ÍNDICES DE VIOLÊNCIA CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE

Georgia M. F. Coelho[1]
Antônia M. A. O. Moraes[2]
Antônio T. Praxedes[3]

SUMÁRIO: RESUMO. 1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEÓRICO. 2.1 A importância da garantia do direito à educação. 2.2 Uma visão histórica da violência contra a criança e adolescente. 2.3 A violência contra a criança e o adolescente e as suas principais formas. 2.4 Redes de proteção de crianças e adolescentes. 2.5 Embasamento legal. 3 METODOLOGIA. 4 ANÁLISE DE RESULTADOS 4.1 Fundação Franklin Roosevelt. 4.2 Qual a repercussão da violência na vida das crianças. 4.3 Quais os mecanismos de atuação do Estado frente à violência contra as crianças. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo mostrar as experiências complementares em virtude da pouca eficiência do Estado em executar suas políticas públicas, sobretudo a educação. Porém, a ineficiência do Poder Público acaba delegando indiretamente a responsabilidade da educação à sociedade civil organizada. Assim sendo, procuramos analisar a importância da garantia do direito à educação como mecanismo para a construção de uma sociedade mais equilibrada, com o intuito de inibir e reduzir os índices de violência contra a criança e o adolescente. Contudo, analisamos o fenômeno da violência contra a criança e o adolescente em suas formas diferenciando cada uma delas, bem como a visão histórica e os meios de proteção. Com isso, buscou-se observar e inquirir o problema utilizando a pesquisa bibliográfica e a pesquisa exploratória de campo que foi realizada com uma visita à Fundação Franklin Roosevelt, situada no bairro da Serrinha, no município de Fortaleza. Por fim, pode-se notar que a educação de qualidade é um meio viável no combate à violência, uma vez que os índices de violência encontrados na Fundação Franklin Roosevelt são baixos.

Palavras-chave: Sociedade Civil. Educação. Violência. Criança.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, o direito à educação passou por um profundo desenvolvimento a partir da Constituição Federal de 1988, na qual as responsabilidades do Estado foram repensadas, e promover a educação se tornou seu dever, além de ser um direito da criança e uma obrigação da família. O direito à educação da criança está agregado aos direitos sociais, que têm como valor de inspiração os princípios da dignidade da pessoa humana, justiça social e da solidariedade. N o entanto, existe uma clara ineficiência por parte do Estado em garantir esse direito. Assim, para suprir esse déficit, surge a intervenção da sociedade civil de forma organizada.

O direito à educação é um grande aliado para impedir a proliferação das mazelas da sociedade, dentre elas, a violência, que é um problema social cada vez mais crescente e, atualmente, se mostra quase incontrolável. Em face do atual contexto, procurou-se intentar, no estudo de um caso, a atuação da sociedade civil organizada na busca de garantir às crianças e aos adolescentes o Direito à educação e como isso contribui para a redução dos índices de violência contra estas.

No referencial teórico, foi exposta a importância da garantia do direito à educação, pois ela é essencial para a formação da pessoa como cidadão de direito e deveres, assim tendo condições de mudar a sua realidade social. Também será analisada uma visão histórica da violência contra crianças e adolescentes, bem como suas principais formas, redes de proteção e embasamento legal desse trabalho. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica e pesquisa de campo, adotando-se a metodologia de estudos de casos. Na análise dos resultados, houve o intuito de, primeiramente, versar sobre o local onde foi realizado o estudo de campo, no caso, a Fundação Franklin Roosevelt. Em seguida, tratou-se da percepção e da repercussão da violência praticada pelos seus familiares contra crianças e adolescentes que frequentam a Fundação e, por fim, abordou-se sobre os mecanismos de atuação do Estado frente à violência.

Por meio desse estudo, pode-se concluir que o Direito à educação, quando garantido, é uma forma de reduzir a violência contra crianças e adolescentes e que a atuação da sociedade civil no combate aos problemas sociais é imprescindível.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

Para efeitos de esclarecimento, trabalham-se, logo a seguir, sobre a importância da garantia do direito à educação, a visão histórica da violência contra a criança e o adolescente e as suas principais formas, bem como as redes de proteção da crianças e dos adolescentes e seu embasamento legal.

2.1 A importância da garantia do direito à educação

O direito à educação está amparado nos seguintes princípios, o da preservação da dignidade humana, da busca da identidade e do exercício da cidadania. A educação é um elemento fundamental para o desenvolvimento do ser humano como sujeito de direitos e deveres, tornando-se assim autor da sua própria história e modificador da sociedade em que ele está imerso. Nesse mesmo entendimento, vejamos:

> A educação, ao adotar a diretriz inclusiva no exercício de seu papel socializador e pedagógico, busca estabelecer relações pessoais e sociais de solidariedade, sem máscaras, refletindo um dos tópicos mais importantes para a humanidade, uma das maiores conquistas de

> dimensionamento "ad intra" e "ad extra" do ser e da abertura para o mundo e para o outro. Essa abertura, solidária e sem preconceitos, poderá fazer com que todos percebam-se como dignos e iguais na vida social. [4]

A Declaração Universal dos Direito Humanos da ONU (UNIC / Rio / 005 - Dezembro 2000) proclama o que se segue:

> A PRESENTE DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS como o ideal comum a ser atingido por todos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.[5]

Diante do exposto, verifica-se que a educação é de suma importância para a construção de uma sociedade saudável e equilibrada.

2.2 Uma visão histórica da violência contra a criança e o adolescente

Desde os tempos mais antigos, já era possível constatar a existência de violência contra crianças e adolescentes de uma forma bastante intensa; eles eram envolvidos em situações de maus-tratos e agressões por diversas instituições sociais, o que tornava perceptível o reduzido nível de cuidado com a criança e a maior probabilidade de crimes contra esta, além de recorrentes abusos sexuais. [6]

A violência contra crianças e adolescentes no Brasil foi marcada, naquela época, principalmente pela escravidão, pois, desde o descobrimento do País, em 1500, até 1822, o poder emanava da Igreja, e, com isso, os padres educavam os menores na intenção de introduzi-los na visão cristã de mundo. [7]

A economia brasileira daquela época dependia, basicamente, de exportações de riquezas naturais, como a madeira e o ouro . Para isso, foi utilizada muita mão de obra escrava, e as crianças, desde muito cedo, eram escravizadas, sendo elas um dos tipos mais comuns de escravos à época. [8]

Havia também um elevado número de mortalidade de escravos infantis, pois as mães eram alugadas como amas-de-leite para os filhos dos patrões, enquanto seus próprios filhos ficavam sem a assistência destas. [9]

Muitas crianças, naquela época, nasciam também de uma relação extraconjugal do patrão com a escrava e, com isso, eram abandonadas, pois eram fruto de uma relação proibida. A criança era desamparada nas portas das casas servindo, muitas vezes, de refeição para animais selvagens.[10]

Naquela época, essas situações passaram a perturbar a autoridade local, e, com isso, foram propostas duas medidas: a coleta de esmolas na comunidade e a internação de crianças.

Após tais medidas, a criança gerada fora do casamento era colocada em um local denominado Casa de Exposto, o qual iria abrigá-la por até um ano e meio, mas, ainda assim, cerca de 90% das crianças morriam por falta de condições propícias da instituição ou por desinteresse da Corte. [11]

Não havia uma previsão legal expressa no Código Civil de 1916 acerca dos direitos da criança e do adolescente, restrito a tratar sobre o direito de família enfocando a propriedade e o contrato, ou seja, a mulher e as crianças estavam sob a guarda do cônjuge varão, sendo ele o sujeito de direitos dentro da unidade familiar, conforme destaca, a seguir, Luiz Edson Fachin:

> "Os três pilares fundamentais, cujos vértices se assenta a estrutura do sistema privado clássico, encontram-se na alça dessa mira: o contrato, como expressão mais acabada da suposta autonomia da vontade; a família, como organização social essencial à base do sistema, e os modos de apropriação, nomeadamente a posse e a propriedade, como títulos explicativos da relação entre as pessoas sobre as coisas." [12]

Na década de 1980, a mobilização da sociedade e de alguns setores do Estado levou a Assembleia Constituinte de 1987 a elaborar uma proposta que considerava a criança como um sujeito de direitos. No entanto, somente no século XX, a "doutrina da proteção integral" formulou uma resposta a esses problemas, conferindo um lugar mais efetivo para crianças e adolescentes nas relações de cidadania. Então foi com o advento da Constituição Federal de 1988 que as crianças e os adolescentes se tornaram realmente sujeitos de direitos e deveres. [13]

Essa proteção está expressa no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, em seu artigo 5º, *in verbis*: "Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais."

Agora, já sendo considerados sujeitos de direitos, as crianças e os adolescentes deverão ter os seus direitos assegurados e efetivados pelo Estado, pois assim foi previsto no artigo 227 da Constituição Federal, que é direito, garantido à criança e ao adolescente, a educação, bem como o dever de serem assistidos pela família, a sociedade e o Estado.

2.3 A violência contra a criança e o adolescente e as suas principais formas

A violência contra a criança e o adolescente pode se manifestar de diversas maneiras e pode ser praticada por diferentes pessoas, em distintos lugares.

São denominadas como forma de violência: a violência física, a psicológica e a sexual.[14]

A violência física é um pouco mais perceptível do que as outras, sendo a sua principal característica a marca no corpo, tal qual um machucado, uma lesão ou até mesmo a morte.

Os atos praticados contra a criança e o adolescente são bastante violentos, sendo o uso da força (intencional e não acidental) o meio mais utilizado, principalmente, pelos familiares. Todavia, tais atos também podem ser praticados por outras pessoas, como profissionais de instituições, empregados, amigos, entre outros.[15]

Ainda que sua principal característica seja a marca no corpo, ela também pode ser considerada uma violência psicológica, pois a criança e o adolescente que sofrem maus-tratos costumam ter o seu psicológico afetado, necessitando, portanto, de um acompanhamento com profissionais da área. [16]

No caso da violência no seio familiar, os genitores ou responsáveis pela criança e pelo adolescente acabam abusando do seu poder de autoridade, superioridade, e passam a utilizar a força para praticar a violência como forma de impor a sua vontade. [17]

As marcas no corpo, decorrentes da violência física, muitas vezes, são maquiadas, pois a criança ou o adolescente não é habituado a imputar a verdade dos fatos ocorridos, seja por medo, por represália seja até mesmo por vergonha, e acaba por silenciar-se a respeito ou justificar as marcas como acidentais. [18]

Esse tipo de conduta viola os Direitos Humanos e os Direitos peculiares à pessoa em desenvolvimento assegurados na Constituição, bem como no que diz também o artigo 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei Federal 8.069/90) que dispõe: "Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais."

É função institucional da Defensoria Pública, dentre outras, exercer a defesa da criança e do adolescente, assim como é dever dos pais ou responsáveis zelar pela integridade física da criança e do adolescente, e dever do Estado punir os agressores e assistir as vitimas. [19]

Embora não seja perceptível como a violência física, pois não deixa traços marcados no corpo de forma visível, a violência psicológica destrói a autoimagem da vítima e se manifesta no comportamento da criança ou do adolescente. [20]

Esse tipo de violência é bastante frequente, sendo, todavia, a menos identificada, pois dificilmente as vítimas denunciam seus agressores.

A prática dessa violência vem sendo externada por meio da rejeição, privação, depreciação, discriminação, desrespeito, cobranças exageradas, punições humilhantes, utilização da criança e adolescentes para atender às necessidades dos adultos. [21]

A violência psicológica também é caracterizada pela desigualdade de poderes entre as pessoas, pela autoridade, pela submissão e pela pressão que o autor imputa à vítima, que, por sua vez, silencia por medo de ser castigada. [22]

A vítima, quando sofre algum trauma, passa a ser mais retraída, e esse comportamento, às vezes, se confunde com a timidez. É nesse momento que as demais pessoas não percebem o que se passa com a criança e o adolescente e acabam por não prestar a ajuda adequada naquele momento. [23]

Grande parte das vezes, quando o abuso não é detectado ou quando não se tem a ajuda que se necessita, a vítima se isola, apresentando comportamentos desatentos, alucinatórios e estranhos, podendo também tornar-se extremamente ansiosa ou negligente consigo, e, em casos extremos, quando o abuso se torna insuportável, pode levar a vítima a cometer o suicídio. [24]

A violência psicológica contra a criança e o adolescente pode ocorrer tanto no ambiente familiar, como nas escolas, ou seja, no meio social onde a criança vive. Dentro do seio familiar, a prática acontece quando os pais imputam à criança, de forma rígida e excessiva, alguns comportamentos seus, como serem obedientes, estudiosas, educadas, dentre outros. A pressão é constante e intensa, e os pais não conseguem enxergar o grande mal que causam ao menor, uma vez que os sintomas desse tipo de violência não são visíveis. Antes que se perceba, a criança ou o adolescente já estão acometidos por algum problema psicológico. [25]

Ainda que intitulada de violência sexual, esse tipo de violência é também um tipo de violência física e psicológica, e a sua prática se dá por meio do abuso sexual, como o estupro, a exploração sexual, a prostituição e o tráfico de crianças e adolescentes. [26]

Trata-se de toda ação que envolve ou não o contato físico, não apresentando, necessariamente, sinal corporal visível. Pode ocorrer a estimulação sexual sob a forma de práticas eróticas e voluptuosas (violência física, ameaças, indução, exibicionismo, produção de fotos, dentre outros). [27]

O abuso sexual é bastante comum no ambiente familiar, sendo praticado por seus genitores, ou por responsáveis, parentes e, até mesmo, por pessoas que frequentam o lar dos menores. [28]

A criança e o adolescente, por sua vez, são submetidos ao abuso por mero prazer do autor ou são obrigados por seus genitores a se prostituírem a fim de garantir o seu próprio sustento e o de sua família.

Na sua grande maioria, os casos envolvendo familiares levam um tempo para serem descobertos, pois, além de a vítima ser constantemente ameaçada pelo agressor, os indivíduos que vivem ao redor desta têm dificuldade em acreditar no que ela alega, e, com isso, os abusos vão se tornando cada vez mais frequentes, sendo praticamente impossível punir o culpado.[29]

2.4 Redes de proteção de crianças e adolescentes

A rede de proteção de criança e adolescente é entendida como sendo o conjunto social composto por organismos governamentais e não governamentais e por atores, com o intuito de garantir os direitos das crianças e dos adolescentes. Pode-se elencar, como exemplo, a Rede de Proteção de Adolescentes em Conflito com a Lei, a Rede de Enfrentamento da Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes e a Rede de Proteção dos Meninos e Meninas de Rua. A atuação desses órgãos pode ser internacional, nacional, estadual ou municipal. [30]

No Estatuto da Criança e do Adolescente, lei específica para tratar dos direito das crianças e dos adolescentes, vem contido, em seu texto legal, um sistema de garantia desses direitos, o qual possui a finalidade de garantir a execução de suas determinações. [31]

Com base nesse sistema de garantia de direitos, o livro "A Escola que Protege: Enfrentando a Violência contra Crianças e

Adolescentes[32]" produz uma tabela que dá maior visibilidade a este Sistema de Garantia de Direito estabelecido pelo ECA. Senão, vejamos:

FUNÇÕES	PROMOÇÃO	ATENDIMENTO
OBJETIVOS	• Formular políticas sociais públicas. • Propor e destinar recursos orçamentários. • Gerir Fundos da Criança e do Adolescente. • Planejar ações integradas.	• Manter programas e serviços de saúde, educação, assistência, cultura, profissionalização, proteção especial. • Prestar atendimento
INSTRUMENTOS	• Planejamento. • Dotação orçamentária. • Plano de aplicação de recursos dos Fundos da Criança e do Adolescente. • Elaborar plano de garantia de direitos (ConsTelhos Estaduais e Municipais). • Propor e realizar conferências estaduais e municipais.	• Execução de programas e serviços de saúde, educação, assistência, cultura, profissionalização, proteção especial. • Assistência jurídica.
ORGANISMOS	• Secretarias de governo estaduais e municipais • Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente (nacional, estaduais e municipais). • Fundo da Criança e do adolescente (nacional, estaduais e municipais).	• Secretarias de governo estaduais e municipais executoras de políticas de saúde, educação, assistência, cultura, profissionalização e proteção especial. • ONGs que mantêm programas de atendimento.

Fonte: FALEIROS, Vicente de Paula. FALEIROS, Eva Silveira. **Escola que protege**: enfrentamento a violência contra crianças e adolescentes. 2. ed. Distrito Federal: Brasília, 2008.

Dentro do nosso sistema brasileiro de proteção da criança e do adolescente, podemos elencar vários organismos existentes para assegurar a garantia desses direitos. Agora passaremos a citá-los e defini-los com base no livro "A Escola que Protege: Enfrentando a Violência contra Crianças a Adolescentes[33]":

Os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente estão previstos no artigo 88, inciso II, do ECA. Eles podem ter abrangência municipal, estadual ou nacional e são órgãos do Poder Executivo, sendo possível 50% de sua composição ser formada de membros indicados pelo poder público e os outros 50% eleitos pela sociedade civil. As principais atribuições são nomear e dar posse aos membros do conselho tutelar, controlar as ações de atendimento à infância e à juventude, fazer a inscrição de programas de proteção e sócio-educativos de entidades governamentais e não governamentais na forma dos artigos 90º e 91º do ECA (Conselhos Municipais de Direitos), dentre outras. [34]

Os Conselhos Tutelares são órgãos públicos municipais, previstos no art. 131 do ECA, estando assim encarregados de zelar pelo cumprimento dos direitos de crianças e adolescentes. As suas atribuições estão prevista nos arts. 136 e 95 do ECA. A sua composição é que haja, em cada Município, no mínimo, um Conselho Tutelar como órgão integrante da administração pública local, composto de 5 (cinco) membros, escolhidos pela população local para mandato de 4 (quatro) anos, permitida 1 (uma) recondução, mediante novo processo de escolha, assim como encontra-se estabelecido no art. 132 do ECA. [35]

Os Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente (FDCA) têm como objetivo captar e aplicar recursos destinados às ações de atendimento à criança e ao adolescente, e este dinheiro são providos em sua maioria da doação de particulares, providos da dedução do Imposto de Renda. Esses recursos são administrados pelos conselhos de direitos. [36]

As Varas da Infância e da Juventude são órgãos especializados do Poder Judiciário encarregados de aplicar medidas cabíveis para assegurar a garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes, atuando em parceria com os Conselhos Tutelares e Ministério Público. [37]

As Promotorias da Infância e Juventude, os Fóruns dos Direitos da Criança e do Adolescente (Fórum DCA), os Centros de Defesa, a Defensoria Pública, as Secretarias de governo estaduais e municipais executoras de políticas públicas e as Organizações não governamentais (ONGs) são também tidas como sendo organismos do sistema de garantia dos direitos de crianças e adolescentes. [38]

Uma iniciativa de uma Organização não Governamental (ONG) é "**O Instituto Não-Violência**" **que** atua com a missão de "desenvolver e fortalecer uma cultura de não-violência por intermédio das escolas". A sua atuação é por meio de ações educativas e preventivas em escolas da rede pública desde 1998, podendo-se ter acesso e mais informações pelo site www.naoviolencia.org.br. [39]

Podemos dividir esses organismos quanto a sua função, como de Promoção nos Conselhos de Direitos, de Atendimento em programas nas áreas de saúde, educação, assistência, cultura, profissionalização e proteção especial, de Controle nos Fóruns DCA, de Defesa e Responsabilização nos Centros de Defesa. [40]

2.5 Embasamento legal

O Estado tem o dever constitucional de garantir ao cidadão o direito à educação, assim previsto na Constituição Federal, nos artigos 227, que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade o direito à educação, e art. 208, inciso I, na qual o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiverem acesso na idade própria. Mas a ineficiência do Poder Público acaba "delegando" indiretamente a responsabilidade da educação à iniciativa privada, pois muitas fundações filantrópicas são criadas para suprir essa deficiência do Estado.

A Constituição Federal prevê punição para aqueles que praticam maus-tratos contra crianças e adolescentes, como está elencando do art. 245, que a ausência da comunicação

pela autoridade competente acerca dos casos de maus-tratos contra a criança e o adolescente gera a punição do responsável do estabelecimento de ensino incidindo em multa.

É dever do Estado criar mecanismos para evitar a violência dentro do âmbito familiar, como está demonstrado no art. 226 da Constituição Federal, pois a família é a base da sociedade, devendo ter um tratamento adequado e especial.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, estão previstos alguns artigos que possuem ligação direta com o combate à violência, tendo que protegê-las nos caso de suspeita ou confirmação de maus-tratos, a fim de zelar pela dignidade da criança e do adolescente, sendo defeso colocar a criança e o adolescente em situação de vexame ou constrangimento.

O Código Penal, em sua parte especial, elenca, no art. 136, o crime de maus-tratos. Porém, quando se trata da criança ou do adolescente sujeito à autoridade, guarda ou vigilância de alguém e submetida à vexame ou constrangimento, aplica-se o art. 232 do Estatuto **da** Criança e **do Adolescente,** vejamos: "**Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento:** Pena: Detenção de seis meses a dois anos."

Fica assim demonstrado que o nosso ordenamento jurídico se encontra muito bem reforçado, com diversas normas que visam a proteger e reduzir os índices de violência contra a criança e o adolescente.

3 METODOLOGIA

Este trabalho foi realizado, ao longo de um ano, mediante o emprego de pesquisas bibliográficas e pesquisas exploratórias de campo. Após efetuada a pesquisa bibliográfica, foi dado inicio à pesquisa exploratória, utilizando-se da observação não estruturada/participativa, que se fundou na ida à Fundação Franklin Roosevelt. Os dados balizadores dessa pesquisa foram obtidos por meio de uma entrevista realizada com uma funcionária da instituição.

4 ANÁLISE DE RESULTADOS

Os achados da pesquisa consistem, primeiramente, na abordagem sobre o que é a Fundação Franklin Roosevelt, vindo, a seguir, tratar da percepção e da repercussão da violência contra as crianças e adolescentes que frequentam a Fundação, e, por fim, versou-se sobre os mecanismos de atuação do Estado frente à violência.

4.1 Fundação Franklin Roosevelt

A Fundação Franklin Roosevelt é localizada no bairro da Serrinha, na cidade de Fortaleza. Essa fundação é de iniciativa filantrópica, consistindo em uma escola destinada a atender e educar cerca de 140 crianças carentes dentro da faixa etária entre 4 e 13 anos de idade abaixo da linha da pobreza e em estado de extrema vulnerabilidade. [41]

A fundação oferece às crianças atendimento odontológico, refeições, esporte, atividades de artes, aula de inglês, informática, dentre outras. A fundação se mantém por meio de doações da sociedade civil e trabalho voluntário e tem como objetivo garantir a educação a essas crianças, resgatar a dignidade delas, bem como afastá-las da criminalidade, pois, estando fora da escola, ficam mais suscetíveis a entrar na marginalidade.

É possível constatar o interesse, o carinho e a dedicação de todos os profissionais que lá se encontram, os quais têm como objetivos: formar o caráter, impulsionar a convicção em Deus, a estima ao próximo, o convívio com os familiares e comunidade, além das aplicações de atividades curriculares.

4.2 A percepção e repercussão da violência contra as crianças e os adolescentes

Dentre os tipos de violências, foi identificado, no caso em estudo, o abuso sexual contra duas crianças, uma de 7 anos e outra de 9 anos. Foi constatado o abuso por causa do comportamento da criança, em que esta se encontrava envergonhada, com falta de apetite, sangramento, choro, e os professores, já com desconfiança, acabaram por obter a confirmação do abuso por parte da criança.

Após a configuração do abuso, a escola tomou a providência de denunciar o agressor ao SOS do Conselho Tutelar.

É difícil registrar o número de casos de agressões físicas sofridas pelas crianças por se tratar de um número irrelevante, uma vez que são poucas as crianças que chegam à escola com hematomas e machucados, já que suas principais características são visíveis no corpo.

As vítimas dessas violências costumam apresentar baixo rendimento escolar. No intuito de evitar essa prática, a Instituição tem realizado um trabalho junto às crianças por meio de palestras para esclarecê-las sobre a violência sofrida no seio familiar, uma vez que as agressões são praticadas por seus genitores ou responsáveis.

4.3 Quais os mecanismos de atuação do Estado frente à violência contra as crianças

O Estado, assim como previsto no art. 7º da Lei nº 8.069, de 13 de julho 1990, que dispõe sobe o Estatuto da Criança e Adolescente, tem o dever de garantir à criança e o adolescente o direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

O dever do Estado em assegurar os direitos inerentes à criança e ao adolescente também está expresso, de maneira clara e precisa, no artigo 227 da Constituição Federal que diz:

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

Com isso, o Estado deve atuar de forma mais intensa, a fim de evitar problemas como a violência que atinge um grande número de crianças e adolescentes, violência esta muito frequente e recorrente no seio familiar.

É de extrema importância a participação do Estado ainda no processo de prevenção por meio de palestras, no intuito de conter a violência, ou se já praticada, da criação de órgãos

específicos de atendimento, bem como tratamentos médicos e psicológicos para que a vítima procure ajuda e, com isso, seja possível punir devidamente o agressor.

A educação pode ser um inibidor dessa prática, portanto as escolas, junto ao Estado, deve orientar pais e filhos a respeito desse problema, assim como a criar programas sociais com o objetivo da prevenção e redução dos índices de violência.

5 CONCLUSÃO

A partir desse estudo, identifica-se a existência de ações que complementam as deficiências do Estado na execução de suas políticas públicas e contata-se que iniciativas como a desta fundação deveriam ser fomentadas pelo governo, pois os maiores problemas encontrados hoje nesta fundação é a falta de recursos e de apoio governamental.

A escola não é somente uma mera repassadora de conteúdos programáticos, mas também um lar onde eles recebem amor, carinho, atenção, educação, comida, lazer e formação humana.

Diante dos fatos obtidos, perfaz-se que a educação é de grande valia para a formação das mentes que modelarão o futuro da sociedade. Assim, foi possível constatar o baixíssimo índice de violência entre as crianças que frequentam a escolinha.

Vale ressaltar a relevância da sensibilização da sociedade civil em estar empenhada na solução deste problema, pois é formação transmitida às crianças de hoje que determinará o futuro da sociedade.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Fernanda Raquel Eusébio Ribeiro. FERREIRA, Emanuela Batista. Repercussões da violência doméstica contra crianças e adolescentes. 2012.

BLATTES, Ricardo Lovatto. **Direito à educação**: subsídios para a gestão dos sistemas educacionais. 2. ed. Distrito Federal: Brasília, 2006.

BRASIL. PRESIDENCIA DA REPUBLICA. CONSELHO NACIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. **Plano nacional de promoção, proteção e defesa do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária**. Brasília-DF: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2006. Português.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf> Acesso em: 30 Mar. 2014.

DIÓGENES, Gloria. **Os Sete sentimentos capitais**: exploração sexual comercial de crianças e adolescentes. São Paulo: Annablume, 2008. 263 p. ISBN 978-85-7419-841-5. Português.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P.12-3.

FALEIROS, Vicente de Paula. FALEIROS, Eva Silveira. **Escola que protege**: enfrentamento a violência contra crianças e adolescentes. 2. ed. Distrito Federal: Brasília, 2008.

INSTITUTO NÃO-VIOLÊNCIA, LIÇÃO DE PAZ NAS ESCOLAS. Disponível em <http://www.naoviolencia.org.br/instituto-nao-violencia.htm> Acesso em: 27 Jan. 2014.

JORNAL BRASILEIRO DE CULTURA. **Violência no Brasil e Fatores condicionantes.** Disponível em <http://www.jbcultura.com.br/mmeroe/seguro.htm >. Acesso em: 27 Jan. 2014.

(Endnotes)

1 Aluna do 6º semestre do Curso de Direto da UniChritus, pesquisadora do Grupo de Estudo e Pesquisa "O direito à educação e a proteção de crianças em situação de vulnerabilidade – o caso da Comunidade da Serrinha". Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9409654196813113>

2 Aluna do 6º semestre do Curso de Direto da UniChritus, pesquisadora do Grupo de Estudo e Pesquisa "O direito à educação e a proteção de crianças em situação de vulnerabilidade – o caso da Comunidade da Serrinha".

3 Mestre em Direito, Professor do Curso de Direito da Unichritus, orientador do Grupo de Estudo e Pesquisa "O direito à educação e a proteção de crianças em situação de vulnerabilidade – o caso da Comunidade da Serrinha". Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7798814435575159>

4 BLATTES, Ricardo Lovatto. **Direito à educação**: subsídios para a gestão dos sistemas educacionais. 2. ed. Distrito Federal: Brasília, 2006.

5 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf> Acesso em: 30 Mar. 2014.

6 FALEIROS, Vicente de Paula. FALEIROS, Eva Silveira. **Escola que protege**: enfrentamento a violência contra crianças e adolescentes. 2. ed. Distrito Federal: Brasília, 2008.

7 FALEIROS, Vicente de Paula. FALEIROS, Eva Silveira. **Escola que protege**: enfrentamento a violência contra crianças e adolescentes. 2. ed. Distrito Federal: Brasília, 2008.

8 FALEIROS, Vicente de Paula. FALEIROS, Eva Silveira. **Escola que protege**: enfrentamento a violência contra crianças e adolescentes. 2. ed. Distrito Federal: Brasília, 2008.

9 FALEIROS, Vicente de Paula. FALEIROS, Eva Silveira. **Escola que protege**: enfrentamento a violência contra crianças e adolescentes. 2. ed. Distrito Federal: Brasília, 2008.

10 FALEIROS, Vicente de Paula. FALEIROS, Eva Silveira. **Escola que protege**: enfrentamento a violência contra crianças e adolescentes. 2. ed. Distrito Federal: Brasília, 2008.

11 FALEIROS, Vicente de Paula. FALEIROS, Eva Silveira. **Escola que protege**: enfrentamento a violência contra crianças e adolescentes. 2. ed. Distrito Federal: Brasília, 2008.

12 FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P.12-3.

13 FALEIROS, Vicente de Paula. FALEIROS, Eva Silveira. **Escola que protege**: enfrentamento a violência contra crianças e adolescentes. 2. ed. Distrito Federal: Brasília, 2008.

14 FALEIROS, Vicente de Paula. FALEIROS, Eva Silveira. **Escola que protege**: enfrentamento a violência contra crianças e adolescentes. 2. ed. Distrito Federal: Brasília, 2008.

15 ASSIS, Fernanda Raquel Eusébio Ribeiro. FERREIRA, Emanuela Batista. Repercussões da violência doméstica contra crianças e adolescentes. 2012.

16 BRASIL. PRESIDENCIA DA REPUBLICA. CONSELHO NACIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. **Plano nacional de promoção, proteção e defesa do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária**. Brasília-DF: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2006. Português.

17 FALEIROS, Vicente de Paula. FALEIROS, Eva Silveira. **Escola que protege**: enfrentamento a violência contra crianças e adolescentes. 2. ed. Distrito Federal: Brasília, 2008.

18 FALEIROS, Vicente de Paula. FALEIROS, Eva Silveira. **Escola que protege**: enfrentamento a violência contra crianças e adolescentes. 2.

ed. Distrito Federal: Brasília, 2008.

19 FALEIROS, Vicente de Paula. FALEIROS, Eva Silveira. **Escola que protege**: enfrentamento a violência contra crianças e adolescentes. 2. ed. Distrito Federal: Brasília, 2008.

20 FALEIROS, Vicente de Paula. FALEIROS, Eva Silveira. **Escola que protege**: enfrentamento a violência contra crianças e adolescentes. 2. ed. Distrito Federal: Brasília, 2008.

21 FALEIROS, Vicente de Paula. FALEIROS, Eva Silveira. **Escola que protege**: enfrentamento a violência contra crianças e adolescentes. 2. ed. Distrito Federal: Brasília, 2008.

22 FALEIROS, Vicente de Paula. FALEIROS, Eva Silveira. **Escola que protege**: enfrentamento a violência contra crianças e adolescentes. 2. ed. Distrito Federal: Brasília, 2008.

23 FALEIROS, Vicente de Paula. FALEIROS, Eva Silveira. **Escola que protege**: enfrentamento a violência contra crianças e adolescentes. 2. ed. Distrito Federal: Brasília, 2008.

24 FALEIROS, Vicente de Paula. FALEIROS, Eva Silveira. **Escola que protege**: enfrentamento a violência contra crianças e adolescentes. 2. ed. Distrito Federal: Brasília, 2008.

25 FALEIROS, Vicente de Paula. FALEIROS, Eva Silveira. **Escola que protege**: enfrentamento a violência contra crianças e adolescentes. 2. ed. Distrito Federal: Brasília, 2008.

26 DIÓGENES, Gloria. **Os Sete sentimentos capitais**: exploração sexual comercial de crianças e adolescentes. São Paulo: Annablume, 2008. 263 p. ISBN 978-85-7419-841-5. Português.

27 FALEIROS, Vicente de Paula. FALEIROS, Eva Silveira. **Escola que protege**: enfrentamento a violência contra crianças e adolescentes. 2. ed. Distrito Federal: Brasília, 2008.

28 FALEIROS, Vicente de Paula. FALEIROS, Eva Silveira. **Escola que protege**: enfrentamento a violência contra crianças e adolescentes. 2. ed. Distrito Federal: Brasília, 2008.

29 JORNAL BRASILEIRO DE CULTURA. **Violência no Brasil e Fatores condicionantes.** Disponível em <http://www.jbcultura.com.br/mmeroe/seguro.htm >. Acesso em: 27 Jan. 2014.

30 FALEIROS, Vicente de Paula. FALEIROS, Eva Silveira. **Escola que protege**: enfrentamento a violência contra crianças e adolescentes. 2. ed. Distrito Federal: Brasília, 2008.

31 FALEIROS, Vicente de Paula. FALEIROS, Eva Silveira. **Escola que protege**: enfrentamento a violência contra crianças e adolescentes. 2. ed. Distrito Federal: Brasília, 2008.

32 FALEIROS, Vicente de Paula. FALEIROS, Eva Silveira. **Escola que protege**: enfrentamento a violência contra crianças e adolescentes. 2. ed. Distrito Federal: Brasília, 2008.

33 FALEIROS, Vicente de Paula. FALEIROS, Eva Silveira. **Escola que protege**: enfrentamento a violência contra crianças e adolescentes. 2. ed. Distrito Federal: Brasília, 2008.

34 FALEIROS, Vicente de Paula. FALEIROS, Eva Silveira. **Escola que protege**: enfrentamento a violência contra crianças e adolescentes. 2. ed. Distrito Federal: Brasília, 2008.

35 FALEIROS, Vicente de Paula. FALEIROS, Eva Silveira. **Escola que protege**: enfrentamento a violência contra crianças e adolescentes. 2. ed. Distrito Federal: Brasília, 2008.

36 FALEIROS, Vicente de Paula. FALEIROS, Eva Silveira. **Escola que protege**: enfrentamento a violência contra crianças e adolescentes. 2. ed. Distrito Federal: Brasília, 2008.

37 FALEIROS, Vicente de Paula. FALEIROS, Eva Silveira. **Escola que protege**: enfrentamento a violência contra crianças e adolescentes. 2. ed. Distrito Federal: Brasília, 2008.

38 FALEIROS, Vicente de Paula. FALEIROS, Eva Silveira. **Escola que protege**: enfrentamento a violência contra crianças e adolescentes. 2. ed. Distrito Federal: Brasília, 2008.

39 INSTITUTO NÃO-VIOLÊNCIA, LIÇÃO DE PAZ NAS ESCOLAS. Disponível em <http://www.naoviolencia.org.br/instituto-nao-violencia.htm> Acesso em: 27 Jan. 2014.

40 FALEIROS, Vicente de Paula. FALEIROS, Eva Silveira. **Escola que protege**: enfrentamento a violência contra crianças e adolescentes. 2. ed. Distrito Federal: Brasília, 2008.

41 Informações colhidas na primeira visita a Fundação juntamente com a coordenação.

NA RUA E SEM DIREITOS: UMA ANÁLISE DAS VIOLAÇÕES SOFRIDAS POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE RUA

Carla Marques Diógenes 28
Ana Virgínia Ramos Cardoso 29
Andréia Costa Castelo Branco Sales30

SUMÁRIO. 1. Introdução; 2. Referencial Teórico; 2.1 A rua e seus atores; 2.2 A situação de rua sob a ótica do Estatuto da Criança e do Adolescente; 2.3; 3. Metodologia; 4. Análise dos Resultados; 5. Conclusão; Referências

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 promoveu a adoção da doutrina da proteção integral pelo ordenamento jurídico brasileiro. Assim, as crianças e os adolescentes passam a titularizar direitos fundamentais, que devem ser concretizados com absoluta prioridade. Tal condição foi reiterada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90). Apesar de todo o aparato legal, é comum vermos crianças e adolescentes em situação de rua, tendo sua dignidade ferida por um conjuntura de abandono e de violação de direitos. O trabalho analisa essas violações, dando ênfase ao direito à moradia, à convivência familiar, ao respeito, à saúde e à educação, por serem, sob um olhar cotidiano, os mais evidentes. Objetiva-se dar visibilidade ao tema e encorajar outros estudiosos a se debruçarem sobre a problemática, a fim de combater as violências que vêm assolando o grupo infanto-juvenil nas ruas, mesmo que o alcance do trabalho seja limitado ao ambiente acadêmico em que as pesquisadoras se inserem. O estudo se deu por intermédio de pesquisa bibliográfica, documental e exploratória, com a realização de visitas ao Albergue Casa São Francisco, à Associação Beneficente O Pequeno Nazareno e à sede do Comitê Nacional Criança Não é de Rua, todos situados no município de Fortaleza. Também foram explorados dados do sítio eletrônico do Comitê. Desse modo, constatou-se a necessidade de uma maior atenção sobre o tema por parte do Estado, das famílias e da sociedade, entes que devem dialogar e atuar em prol do enfrentamento da situação de rua, cumprindo suas obrigações legalmente instituídas.

Palavras-chave: Criança e Adolescente. Situação de Rua. Direitos Fundamentais.

28 Aluna e bolsista do Programa de Iniciação Científica 2013/2014 do curso de Direito do Centro Universitário Christus. Currículo *lattes*: http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4475348Z8.

29 Aluna e bolsista do Programa de Iniciação Científica 2013/2014 do curso de Direito do Centro Universitário Christus. Currículo *lattes*: http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4852574Z5.

30 Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Professora titular da disciplina Direitos Humanos e Fundamentais do Curso de Direito do Centro Universitário Christus. Professora orientadora. Presidente do Instituto Mirá. Currículo lattes: https://wwws.cnpq.br/cvlattesweb/PKG_MENU.menu?f_cod=8C6776EDA7C1B203A1723DF44FA2E9B2.

1 INTRODUÇÃO

Situado no contexto de vigência da Constituição Federal de 1988 – cuja promulgação inaugura, após aproximadamente duas décadas de Ditadura Militar, uma nova ordem jurídica, que traz a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil – o presente trabalho intenta analisar a problemática da situação de rua, conjuntura eivada de constantes violações aos direitos fundamentais.

Se as violações de direitos fundamentais sofridas pelos adultos em situação de rua já são aviltantes, quando vivenciadas por crianças e adolescentes, seres em condição peculiar de desenvolvimento, tornam-se ainda mais hostis, tolhendo-lhes, severamente, a dignidade. Daí a escolha por se fazer um recorte etário no objeto de estudo, a fim de melhor investigar violações de direitos sofridas pelo grupo infanto-juvenil em situação de rua.

Para tanto, tal investigação se faz à luz da legislação vigente, com destaque para, além das normas constitucionais, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), que adota a Doutrina da Proteção Integral e reitera o princípio da prioridade absoluta posto na Constituição. Pontua-se, ainda, que o ordenamento jurídico atual inaugura, no País, a posição das crianças e dos adolescentes como sujeitos de direitos, que podem ser exigidos perante o Estado, em contraposição à anterior condição de objetos meramente tuteláveis.

Objetiva-se, ainda, por meio da pesquisa, dar visibilidade à temática em estudo, muito ignorada pelos cidadãos comuns, pela academia e pelo Estado. Sabe-se que o alcance deste trabalho é pequeno, contudo, propor a presente discussão dentro do ambiente acadêmico é uma forma de tentar fazer que mais pessoas se debrucem sobre a temática, a fim de buscar e exigir soluções.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 A rua e seus atores

Ao analisar o tema das pessoas em situação de rua, traça-se logo um raciocínio no sentido de considerar que compõem esse grupo aquelas que, por não possuírem uma moradia, utilizam esse espaço como sua "residência". Conforme é destacado por BEZERRA, ROSA e VIEIRA, é possível distinguir três principais conjunturas que configuram o perfil daqueles que habitam as ruas, quais sejam, 'ficar na rua', 'estar na rua' e 'ser da rua'. A partir desses três perfis, analisar-se-á o que significa estar em situação de rua.

'Ficar na rua' pressupõe uma conjuntura na qual o indivíduo, em virtude de não ter recursos para pagar uma pensão, bem como de não conseguir vaga em albergues, abriga-se, circunstancialmente, na rua, onde pernoita apenas por não ter outro local para ficar. 'Estar na rua', por sua vez, indica o perfil daqueles que, de forma efetiva, embora recente, adotaram a rua para pernoite, mas ainda utilizam as pensões ou realizam trabalhos temporários que os retiram, momentaneamente, da rua, quando possível. Já 'ser da rua' identifica aqueles indivíduos que já possuem toda a sua

rotina, permanentemente, vinculada às ruas, sendo, inclusive, os trabalhos atrelados aos recursos existentes na rua, como o caso de catadores de materiais recicláveis. Comumente, o terceiro perfil engloba as pessoas que já estão há muito tempo vivendo nessa situação, aquelas cuja condição física e mental já os caracterizam como 'moradores de rua' perante a sociedade.[1]

Embora haja peculiaridades, o contexto vivenciado por esses três perfis pode ser unificado, permitindo a denominação de todos como 'população em situação de rua', pelo "fato de que, possuindo condições de vida extremamente precária, circunstancial ou permanentemente, utilizam a rua como abrigo ou moradia."[2] Ademais, 'ficar na rua', 'estar na rua' ou 'ser da rua' significa, sobretudo, estar vulnerável e excluído, envolto por uma condição de pobreza extrema que faz que tais indivíduos sejam estigmatizados pela sociedade e alvos de violência por parte desta, do Estado e por seus próprios companheiros de morada.

> Os mendigos dormindo nas ruas, em pleno dia, e as pessoas que vão às compras ou ao trabalho passando por cima deles ou evitando-os, é uma imagem emblemática. Os prostrados no solo não são vistos como semelhantes, mas como bichos, espécies distintas. Estão sujos, cheiram mal e são feios. Não são homens ou mulheres, embora um dia talvez o tenham sido. Pedaços perdidos da Humanidade. Invadem as calçadas, incomodam. Os que vão às compras ou ao trabalho sentem-se indiferentes ou incomodados. Reclamam a si mesmos, no máximo, "desta polícia que não faz nada" ou, os de esquerda, "desta sociedade injusta". Falam entre si como se no chão, ao lado, não existisse ninguém. Não são homens ou mulheres efetivamente, pois não são assim representados pelos que vão às compras ou ao trabalho.[3]

Assim, a situação de rua acaba se perdendo em meio ao cotidiano, tornando-se invisível, principalmente, quando se leva em consideração que os próprios agentes públicos não têm conhecimento do número de pessoas que se encontram sob essa conjuntura. Ainda são extremamente reduzidos os dados e as estatísticas no que concerne à população em situação de rua no Brasil e no município de Fortaleza. Apesar de não haver uma contabilidade, é possível afirmar, por meio de observação[4], que essas pessoas formam um grupo bastante heterogêneo, chegando a abranger homens e mulheres, adultos, adolescentes, crianças e idosos.

A heterogeneidade desse grupo é reconhecida pelo próprio ordenamento jurídico brasileiro, ao traçar, no artigo 1º, parágrafo único, da Política Nacional para a População em Situação de Rua (Decreto nº 7.053/2009), a seguinte definição:

> Art. 1º [...]
>
> Parágrafo único. Para fins deste Decreto, considera-se população em situação de rua o **grupo populacional heterogêneo** que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória. (grifou-se)

O presente estudo se atém às crianças e aos adolescentes em situação de rua, e essa opção se dá em razão de esses sujeitos serem mais vulneráveis em relação aos demais que vivem nas ruas, pois, vivenciando a condição peculiar de desenvolvimento que lhes é inerente, precisam de uma maior atenção e apoio dos adultos. Nesse sentido, um dos intuitos primordiais dessa pesquisa é tentar dar visibilidade às constantes e graves violações de direitos sofridas por esse grupo.

Vale pontuar que o grupo de crianças e adolescentes em situação de rua é dotado de certa complexidade. Conforme comentário de CRAIDY, "[...] é necessário precisar que a expressão meninos de rua abriga uma realidade heterogênea sob diferentes aspectos, tais como: razões pelas quais estão na rua, formas, condições, medos e perspectivas de vida."[5]

Todas as violações aos direitos fundamentais incidem na esfera da dignidade humana do grupo infanto-juvenil, ceifando-a de forma grave e inaceitável mormente pelo ordenamento jurídico vigente que traça, como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, a construção de "uma sociedade livre, justa e solidária", nos termos do art. 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, e traz a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme art. 1º, inciso III, do mesmo diploma.

A problemática da situação de rua sendo vivenciada por crianças e adolescentes, contudo, não é um problema surgido na atualidade. De acordo com LEITE, os primeiros meninos de rua do Brasil surgiram no período da colonização[6]. Foi nesse contexto histórico que, uma vez iniciado o processo de catequese da população indígena, tendo em vista as dificuldades de comunicação enfrentadas pelos jesuítas em virtude da diferença do idioma, mandaram vir de Portugal jovens órfãos, acreditando que eles "[...] seriam capazes de aprender rapidamente a língua dos curumins (crianças indígenas) e, assim, mais tarde poderiam ensinar-lhes o latim, a língua dos antigos romanos que na época era usada nas missas e nos ensinamentos da fé católica."[7]Tal iniciativa, entretanto, não foi bem sucedida, e muitos dos "jovens vindos de Portugal, ao fugirem com as índias, tornaram-se os primeiros meninos de rua da nossa história."[8]

Desde o período colonizatório até a atual vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, portanto, o grave problema das crianças e dos adolescentes em situação de rua perdura na sociedade brasileira. Para melhor compreender o contexto atual dos meninos que habitam as ruas, faz-se necessário analisar essa conjuntura à luz da legislação vigente.

2.2 A situação de rua à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente

Durante a vigência do Código de Mello Matos de 1927 e do Código de Menores de 1979, diplomas legais que antecederam o atual Estatuto da Criança e do Adolescente, a proteção das crianças e dos adolescentes era restringida àqueles que estavam em situação de carência ou de delinquência. Essa conjuntura jurídica caracterizava a adoção da doutrina da situação irregular, de acordo com a qual as crianças e os adolescentes eram meros objetos a serem tutelados pelo Estado, merecendo a atenção deste apenas quando se encontravam em situação irregular.

Para melhor elucidar esse contexto, expõem-se as palavras de AMIN sobre a doutrina da situação irregular:

> Compreendia o menor privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, em razão da falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; as vítimas de maus-tratos; os que estavam em perigo moral por se encontrarem em ambientes ou atividades contrárias aos bons costumes; o autor de infração penal e, ainda, todos os menores que apresentassem "desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária".[9]

A promulgação da Constituição Federal de 1988, contudo, pôs fim à adoção da doutrina da situação irregular, promovendo uma ruptura de paradigmas no que tange ao direito da criança e do adolescente ao inaugurar a doutrina da proteção integral. Com a consagração desta, as crianças e os adolescentes passaram a ser considerados sujeitos de direitos, tornando-se detentores de prestações exigíveis, conforme se percebe na letra do artigo 227 do referido diploma:

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

Destarte, passa a viger um sistema garantista, no qual as crianças e os adolescentes figuram como titulares de direitos, podendo exigir do Estado uma atuação positiva no sentido de efetivá-los. Tal sistema encontra respaldo, também, no Estatuto, reiterando a adoção da nova doutrina e suas outras peculiaridades. Desse modo, AMIN preleciona:

> Pela primeira vez, crianças e adolescentes titularizam direitos fundamentais, como qualquer ser humano. Passamos assim a ter um Direito da Criança e do Adolescente, em substituição ao Direito do Menor, amplo, abrangente, universal e, principalmente, exigível.[10]

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), são crianças todos aqueles seres humanos que integram a faixa etária até 12 anos de idade incompletos, e adolescentes aqueles que possuem entre 12 e 18 anos de idade incompletos (*vide* artigo 2º do ECA).

Atrelados à nova conjuntura, novos princípios orientadores do direito da criança e do adolescente emergiram, cumprindo-se destacar, aqui, o da prioridade absoluta e o da municipalização.

De acordo com o princípio da prioridade absoluta, que encontra respaldo legal no artigo 227 da CF/88 e nos artigos 4º e 100, parágrafo único, inciso II, do ECA, as crianças e os adolescentes devem ocupar posição privilegiada, sobrepondo-se ao restante da sociedade, no que tange ao atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, à proteção e ao socorro em quaisquer circunstâncias, à formulação e à execução de políticas públicas e à destinação de recursos públicos.[11]

Já o princípio da municipalização determina uma descentralização na qual compete, especialmente aos municípios, formular políticas locais, solucionar os conflitos mais simples e resguardar diretamente os direitos desses sujeitos, tendo em vista a sua maior proximidade em relação ao grupo tutelado, que o permite conhecer melhor sua realidade, com as peculiaridades inerentes à região, de forma a melhor solucionar problemas, fazer cessar violações e concretizar direitos.[12] Nesse sentido, ELIAS preleciona: "Especialmente no Brasil, onde são bem diferentes as características das várias regiões, cada qual com suas dificuldades, não se pode cogitar de um atendimento de caráter homogêneo."[13] Tal princípio encontra expressão no ordenamento jurídico, no artigo 227, §7º, da CF/88 e nos artigos 88 e 100, parágrafo único, III, do ECA.

Impende expor, ainda, o princípio do melhor interesse, o qual, embora já fosse albergado pelo Código de Menores de 1979, tinha aplicação restrita às crianças e aos adolescentes que se encontravam em situação de carência e/ou de delinquência, ou seja, situação irregular. Na atual vigência do ECA, que alberga um sistema garantista, o melhor interesse passou a ser aplicado a todo o grupo infanto-juvenil, sem se fazer distinção. Dessa forma, tanto o legislador como o aplicador da lei devem observar, quando há mais de uma decisão possível a ser tomada em suas atividades, a opção que concretizará os direitos da criança e do adolescente de maneira a estender a sua aplicação o máximo possível.[14]

Apesar de todos os avanços no plano legislativo, vale salientar que, na realidade prática, o novo paradigma ainda não se concretizou por completo, uma vez que, hoje, defronta-se com o desafio de tornar esses direitos realizáveis na vida de seus titulares. Nesse contexto, é notória a distância entre o plano formal e a realidade, por exemplo, quando se depara com a questão da situação de rua na qual vivem inúmeras crianças e adolescentes, sofrendo, cotidianamente, diversas violações de direitos fundamentais. [15,16]

O desafio de aproximar a lei da realidade nesse âmbito, contudo, vem sendo enfrentado, pois, recentemente, foi articulado o Comitê Nacional Criança Não é de Rua para a construção de uma política pública voltada às crianças e aos adolescentes em situação de rua, cuja atividade tem se dado por meio da promoção de seminários regionais, que visam à apreensão da realidade peculiar de cada região do país, com o intuito de, ao final, apresentar uma proposta metodológica para a intentada construção da política pública.[17]

É de grande importância essa iniciativa, pois, no Brasil, há uma grande disparidade de desenvolvimento dos estados, e a referida política, portanto, tenta abranger, minimamente, toda essa heterogeneidade. Contudo, apesar das peculiaridades de cada região, a doutrina traça conjunturas que, em regra, consistem na causa da ida de crianças e adolescentes às ruas. Um dos primeiros aspectos passível de provocar a situação de rua é a existência de problemas no lar da família, como expõem BOTELHO e LEITE:

> O menino que vai para as ruas, grande parte das vezes, está fugindo de dados reais de sua vida, como condições de moradia precárias, insalubridade, "casa cheia", violência doméstica e fome. Procura, pois, escapar de fatores ambientais e psíquicos que lhe causam danos físicos e psicológicos, mesmo que isso não lhe seja consciente.[18]

No entanto, as causas não se resumem aos conflitos relacionados à família, como é possível inferir a partir da exposição de BOTELHO e LEITE, incluindo-se a dependência química, o abuso e a exploração sexual e do trabalho infantil, a pobreza extrema e os conflitos comunitários. Diante dessas razões, os infantes veem a rua como uma oportunidade de fuga dos problemas que os afligem, porém o que ocorre, na realidade, é o assolamento desse grupo por outras violações.

2.3 As violações de direitos fundamentais sofridas pelas crianças e pelos adolescentes em situação de rua

Na qualidade de sujeitos de direitos, crianças e adolescentes são considerados titulares de "todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana", consoante o artigo 3º do ECA, diploma que traz, esparsamente em seus artigos, a positivação desses direitos, asseverando e complementando aqueles constitucionalmente garantidos. Dentre eles, destaca-se o direito à moradia, à convivência familiar, ao respeito, à saúde e à educação. Esses direitos terão bastante ênfase neste trabalho.[19]

Acredita-se ser o direito à moradia aquele cuja violação é mais perceptível, à primeira vista, quando se depara com a problemática da situação de rua. Tal direito se encontra assegurado constitucionalmente, pois está positivado no artigo 6º da Constituição. Discorrendo sobre as crianças e os adolescentes em situação de rua, CRAIDY afirma:

> Os que vivem na rua, nela constroem as relações definidoras de suas existências. Redefinem o espaço, erguem paredes invisíveis, numa partilha minuciosa dos locais. Subvertem a ordem prevista, privatizando o que seria público e realizando na rua os atos mais íntimos tais como as necessidades fisiológicas, banhos, sono, etc.[20]

Partindo da descrição feita pela autora, está mais do que evidente a violação do direito à moradia, visto que tais crianças e adolescentes dão às ruas as funções próprias do espaço privado do lar. Não se pode deixar de observar o quão agressora à dignidade da pessoa humana é essa privatização do espaço público, no qual se dá a realização, inclusive, dos atos mais íntimos.

O direito à convivência familiar, por sua vez, assegurado, sobretudo, pelos artigos 227 da CF/88 e 4º do ECA, é outro gravemente ferido em se tratando da situação de moradia nas ruas. Acerca desse direito, vale transcrever a redação do artigo 19 do ECA:

> Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Tecendo comentários acerca do dispositivo citado, ELIAS destaca: "Sendo o *habitat* natural do ser humano, por força do *status familiae*, a cada criança e adolescente deve ser dado o direito de crescer numa família." [21] Isso porque é no ambiente e na convivência familiar que lhes são, ou deveriam ser ensinados, ao longo de seu crescimento, os valores e as referenciais que devem nortear suas atitudes. É na família, também, que crianças e jovens encontram o amparo necessário para lidar com as dificuldades do cotidiano. Crescendo sozinhos, com o convívio familiar desfeito ou fragilizado, não se pode negar que as crianças e os adolescentes em situação de rua estão mais passíveis de assimilar valores e referenciais deturpados, o que lhes prejudica, em muito, o desenvolvimento.

Outro direito severamente violado consiste no direito ao respeito, disposto no artigo 17 do ECA, abaixo transcrito, sobretudo em se tratando das agressões sofridas à integridade física, psíquica e moral.

> Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Vivendo nas ruas, as crianças e os adolescentes estão sob constante ameaça de violências as quais, indubitavelmente, geram-lhes perturbações psíquicas e, quando concretizadas, violam-lhes a integridade física. A integridade moral percebe-se violada com a própria conjuntura de privatização do espaço público, que tolhe desse grupo infanto-juvenil a esfera dos espaços de privacidade.

As agressões físicas e verbais sofridas pelas crianças e pelos adolescentes em situação de rua, normalmente, partem, tanto da sociedade, como do próprio Estado, em atos de repressão. Como exemplo emblemático da violência vivenciada por esse grupo, vale relembrar o episódio da "Chacina da Candelária", ocorrido em 1993, na cidade do Rio de Janeiro, no qual cerca de setenta crianças e adolescentes que dormiam nas proximidades da Igreja da Candelária foram alvejadas por policiais civis e militares, culminando no assassinato de oito jovens.[22]

Já o direito à saúde encontra previsão legal, primordialmente, nos artigos 6º e 227 da CF/88 e 4º do ECA. Tal direito visa a proteger também a integridade física, psicológica e moral, sendo violado tanto quando a criança e/ou o adolescente é afetado por uma doença, como quando têm o acesso às ações e aos serviços destinados à promoção desse direito negado ou dificultado. Vale transcrever, nesse sentido, o artigo 196 da CF/88:

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

A respeito do alcance do direito à saúde, AMIN comenta:

> O alcance da saúde envolve uma análise complexa de fatores que contribuem para o aumento de doenças, perda ou diminuição da saúde e encarecimento do sistema. A ausência de saneamento básico conduz a um quadro propício à proliferação de inúmeras doenças. A participação do SUS na formulação de políticas para a área é forma de atuar preventiva ou mesmo buscar diminuir índices de acordo com os dados do sistema sobre doenças diretamente ligadas à ausência de saneamento e água tratada.[23]

Como se percebe, a Constituição assegurou a todos, sem

distinção, o direito à saúde e o seu acesso, tendo a doutrina mencionado o Sistema Único de Saúde (SUS) que consiste na rede nacional responsável por colocar, em prática, todas as medidas e as políticas públicas relacionadas à saúde.

Mesmo com todas essas previsões legais, são constantes as violações ao direito à saúde vivenciadas pelo grupo infanto-juvenil em situação de moradia nas ruas, conforme afirmam MORAIS e KOLLER:

> A realidade de vida na rua, incluindo uso de drogas, sexo de sobrevivência, perda de apoio, abrigo seguro e necessidades básicas de higiene colocam as crianças e adolescentes em situação de risco para muitas negativas de saúde, dentre as quais: dependência química, DSTs, infecção pelo HIV, má nutrição, *déficits* de crescimento, lesões por acidentes, gravidez indesejada e morte prematura resultante de suicídio e homicídio.[24]

Além de todas as violações já expostas, é notório que, na situação de rua, a educação se encontra prejudicada. Passando-se à análise desta, não se pode deixar de mencionar seu nexo, na realidade prática, com o direito à saúde, pois é por meio da educação que se qualifica e se instrui a população, dando-lhe, consequentemente, maiores oportunidades para que melhore suas condições de vida.

TAVARES, enfatizando a imprescindibilidade do igual acesso à educação, preleciona: "Nesse sentido, esse direito significa, primariamente, o direito de (igual) acesso à educação, que deve ser concedido a todos, especialmente para os níveis mais basilares de ensino."[25]

A educação formal, no entanto, é apenas uma faceta desse direito, tendo em vista que a Constituição, em seu art. 205, preleciona uma educação voltada para o "pleno desenvolvimento da pessoa", o "exercício da cidadania" e a "qualificação para o trabalho". abrangendo, assim, além do ensino formal, pois é voltada, também, à formação de cidadãos atuantes, capazes de cobrar a efetivação dos direitos que lhes são assegurados e de auxiliar na construção de uma sociedade mais justa e digna. Em sentido convergente, salienta-se que o artigo 56 do ECA reitera esse tripé que compõe o direito à educação.

Tais disposições se encontram em consonância com o conceito de educação trazido por ARANHA, como se pode ver:

> *Educação* é um conceito genérico, mais amplo, que supõe o processo de desenvolvimento integral do homem, isto é, de sua capacidade física, intelectual e moral, visando não só a formação de habilidades, mas também do caráter e da personalidade social.[26]

Desse modo, é essencial a todo ser humano, para que possa ter preservada a sua dignidade, que tenha assegurado o exercício do seu direito à educação, principalmente, quando se fala de crianças e adolescentes. Esse é, sem dúvida, um requisito indispensável ao desenvolvimento pleno de todos como seres humanos. Nesse sentido:

> Somente o processo educacional pode possibilitar o mais amplo desabrochar e a mais larga atuação das faculdades físicas e psíquicas (sensoriais, volitivas, espirituais) de cada indivíduo. Somente ela é capaz de trazer-lhe o autoconhecimento, bem como o conhecimento do entorno em que vive e das demais pessoas com quem convive. É pelo processo educacional que o indivíduo percebe-se como alguém inacabado, alguém que pode viver durante toda sua existência o empolgante processo vital que Carl Rogers denominou *tornar-se pessoa*.[27]

Não se pode concluir, por fim, a presente análise das violações de direitos fundamentais, sem mencionar a previsão da responsabilidade tripartite, posta no artigo 227 da CF/88 e reiterada no artigo 4º do ECA. De acordo com tais dispositivos, incumbe à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes, recaindo também sobre esses três entes a obrigação de impedir situações de negligência e de violação.

Não obstante tal responsabilidade seja atribuída aos três entes, pode-se perceber que, embora haja atuações no sentido de sanar tal problemática, estas ainda são reduzidas diante das necessidades patentes; as violações que permeiam a conjuntura da situação de rua perduram e são, em muito, ignoradas.

3 METODOLOGIA

A realização do presente estudo se fez por meio, primeiramente, de pesquisa bibliográfica e documental, visto que se procedeu a uma revisão da literatura acerca da temática – utilizando-se de doutrina jurídica e de obras de outras áreas, como Sociologia e Psicologia – bem como foi feita uma análise da legislação relacionada ao tema, com ênfase, sobretudo, na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Além disso, efetuou-se uma pesquisa exploratória de campo, tendo sido realizadas visitas a duas instituições que trabalham com a problemática da situação de rua: o Albergue Casa São Francisco (abrigo da Comunidade Shalom)[28] e a Associação O Pequeno Nazareno[29]. Aquele consiste em um abrigo voltado a atender a população de rua adulta, enquanto esta realiza um trabalho direcionado às crianças e aos adolescentes em situação de rua. Na ocasião da visita às duas instituições, foram realizadas entrevistas informais com os responsáveis pelas associações e, no caso do Albergue, também com os próprios assistidos.

Em se tratando da pesquisa exploratória, foi realizada, ainda, uma visita à sede do Comitê Nacional Criança Não é de Rua, na cidade de Fortaleza, durante a qual se procedeu, também, uma entrevista informal com o coordenador nacional do mencionado Comitê e da Campanha Nacional de Enfrentamento à Situação de Moradia nas Ruas de Crianças e Adolescentes – Criança Não é de Rua, Manoel Torquato. Pontua-se, por fim, a utilização de dados e de documentos disponíveis no sítio eletrônico da referida campanha.[30]

4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

Como é possível constatar, já foram obtidos grandes avanços em relação aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, tendo esses indivíduos ultrapassado a condição de objetos meramente tuteláveis pelo Estado, passando a ser vistos como sujeitos de direitos.

Todavia, apesar de se ter conseguido quebrar essa primeira barreira com a criação de um aparato legal, fazendo que

todo o grupo infanto-juvenil pudesse ser detentor de direitos fundamentais, ainda se fazem necessários avanços na realidade prática, a fim de concretizar as previsões legais. Essa necessidade é patente, tendo em vista que, conforme será demonstrado pela análise dos resultados obtidos com a pesquisa, as crianças e os adolescentes, no que diz respeito à situação de rua, pelo menos, continuam a ter seus direitos mais básicos violados.

Importante aduzir que a constatação dos resultados se deu mediante, além da pesquisa bibliográfica e documental, a coleta e a análise de informações e de dados durante a pesquisa exploratória, com a visita às instituições mencionadas no tópico anterior. Utilizaram-se, também, os dados da 'Pesquisa Anual Sobre a Vivência de Crianças e Adolescentes em Situação de Moradia nas Ruas de Fortaleza'[31], realizada em 2010, neste município, intentando, na medida das limitações acadêmicas, tornar tal condição visível perante a sociedade.

Primeiramente, é imperioso comentar a discriminação com que são tratadas as pessoas, de um modo geral, que estão em situação de rua, sendo comumente rotuladas como 'marginais'. Até quando se fala de crianças e de adolescentes na rua, é perceptível a hostilidade de tratamento, justificada, muitas vezes, pelos altos índices de violência que assolam as cidades brasileiras e, não poderia ser exceção, o município de Fortaleza.

Observando com uma visão mais atenta, andando pela cidade, não é difícil encontrar uma criança e/ou adolescente dormindo em calçadas ou pedindo dinheiro nos sinais, e, mais incomum, não ver o distanciamento das pessoas ao se depararem com essa situação. Frequentemente, quando alguém vê uma pessoa mal vestida ou com aspecto "de sujo", já troca de calçada ou se afasta o quanto for possível. Em relação àqueles que fazem malabarismos nos sinais de trânsito, os que vendem bombons, que se oferecem para limpar os para-brisas dos carros ou que são flanelinhas, na maioria das vezes, têm sua conjuntura, tratada com tanta normalidade que impressiona quando se resolve analisar a quantidade e a gravidade das violações de direitos fundamentais vivenciadas corriqueiramente por esses indivíduos.

Diante disso, pergunta-se: quem são essas crianças e adolescentes? O que os levou a viver na rua? Por que não saem das ruas? Essas são algumas indagações que se busca, com este estudo, responder.

Segundo a 'Pesquisa Anual Sobre a Vivência de Crianças e Adolescentes em Situação de Moradia nas Ruas de Fortaleza', no que concerne ao município de Fortaleza, a maioria seria do sexo masculino. Os meninos teriam idade entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos, compondo mais de 50% (cinquenta por cento) da população analisada, apesar de também serem encontradas crianças menores de 12 (doze) anos. Já sobre as meninas, cerca de 60% teria idade entre 12 (doze) e 16 (dezesseis) anos.[32]

Como se pode inferir, a faixa etária abrangida pelos meninos e pelas meninas que se encontram em situação de rua compreende uma das mais importantes, quando começam a passar pelas mudanças ocasionadas pela puberdade e, principalmente, e quando despertam a ter uma consciência mais sólida da realidade e dos problemas que as cercam.

Aqui, deve-se destacar que, com base em entrevista informal realizada com o representante da instituição O Pequeno Nazareno, a principal causa que leva às crianças à rua são os conflitos familiares, circunstância ratificada pela "Pesquisa Anual Sobre a Vivência de Crianças e Adolescentes em Situação de Moradia nas Ruas de Fortaleza" cujos dados estimam que, aproximadamente, 45% dos meninos e meninas foram para as ruas por essa razão, sendo o direito à convivência familiar, talvez, um dos mais complexos a ser, na prática, trabalhado. Quando essas crianças e/ou os adolescentes migram para as ruas como uma forma de fuga do contexto familiar eivado de problemas, demanda-se um trabalho delicado de reinserção familiar. Nesses casos, o combate à situação de rua não se pode restringir à atuação com o grupo infanto-juvenil, é imprescindível que haja uma intervenção no seio familiar a fim de reestruturá-lo.

Ademais, existem outras causas que levam as crianças e os adolescentes a tomar a decisão de viver nas ruas, tais como o abuso sexual, a exploração sexual, os maus tratos, os conflitos comunitários, a toxicodependência, a exploração de trabalho infantil e a miséria. Nesse sentido, o entrevistado, em ocasião informal, também salientou que, muitas vezes, os adolescentes têm mais "traumas" em razão das violências sofridas no lar, antes de ir às ruas, do que em decorrência da própria situação de rua. Sabe-se que ambas as conjunturas de violações são aviltantes e devem ser combatidas, sobretudo em se tratando de crianças e adolescentes, que devem ser tratados com absoluta prioridade.

No que tange aos demais direitos fundamentais, a violação mais evidente é, sem dúvida, em relação ao direito à moradia, uma vez que esses meninos e jovens não só passam o dia nas ruas, mas também procuram se abrigar em viadutos, praças e outros locais públicos, à noite, utilizando-os, ainda, como ambiente para realização de suas necessidades fisiológicas.

Vale ressaltar que, pelo que se pôde constatar, eles procuram, ao máximo, os locais movimentados, pois os consideram "mais seguros" para pernoite, com medo das violências que podem sofrer. Nesse contexto, as crianças e os adolescentes em situação de rua vivem, constantemente, sob a ameaça de sofrerem violência física e/ou verbal e com receio de que isso aconteça. Tal situação fere, cotidianamente, a integridade delas (física, psíquica e moral).

No que concerne às violações do direito à saúde de crianças e adolescentes, a primeira constatação, sem dúvida, é a conjuntura de insalubridade que a rua apresenta por si só e que, em muito, já é prejudicial à saúde, podendo trazer infecções e outras patologias.

Em se tratando, por fim, da violação do direito à educação, esta traz um prejuízo imensurável às crianças e aos adolescentes em situação de rua, visto que são privados do processo educativo, em suas três esferas, durante a sua fase de desenvolvimento, tirando-lhes toda a gama de oportunidades de melhores condições de vida na fase adulta, oportunizadas, via de regra, pelo trabalho qualificado.

Quando o direito à educação não é observado, torna-se extremamente mais difícil a saída da conjuntura de exclusão social, visto que as crianças e os jovens não tiveram o

adequado desenvolvimento, a preparação para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho, aspectos que auxiliam na ascensão social, bem como na aquisição de consciência acerca de seus direitos que podem ser exigidos perante o Estado.

5 CONCLUSÃO

A inobservância de direitos, a aguda exclusão social, a invisibilidade, o desprezo e a estigmatização fazem crianças e adolescentes sofrerem pelas ruas da cidade aos olhos da sociedade e do Estado. Como se não bastasse viver em condições que não lhes concedem um mínimo de dignidade, esse grupo infanto-juvenil tem, na maior parte das vezes, seus problemas, constantemente, ignorados tanto pelo Estado como pela sociedade, ambos entes sobre os quais recai a responsabilidade de concretizar os direitos das crianças e dos adolescentes, com as famílias.

Desse modo, não se pode olvidar que a responsabilidade pela efetivação dos direitos desses indivíduos é tripartite. Por mais que o Estado seja o principal obrigado, cabe à sociedade e às famílias auxiliá-lo. A atuação desses dois entes se pode dar de duas formas: agindo ativamente em prol das crianças e dos adolescentes no sentido de concretizar seus direitos, como é o caso de creches e escolas mantidas pela comunidade, e cobrando e fiscalizando as ações do Estado. Sendo, inclusive, a adoção do princípio da municipalização, uma forma de aproximar os três entes, visto que, na esfera menor do município, torna-se mais fácil o diálogo entre eles.

A conjuntura de violações que perpassa o cotidiano das crianças e dos adolescentes em situação de rua é inadmissível à luz do ordenamento jurídico vigente e ainda demanda enorme atenção dos estudiosos das mais diversas áreas, incluindo o Direito, e só será sanada quando Estado, sociedade e famílias atuarem, de forma dialogada, a fim de cumprir suas obrigações legais.

REFERÊNCIAS

ANDI – Comunicação e Direitos. **Pesquisa do Conanda aborda crianças em situação de rua.** Brasil, 2011. Disponível em: <http://www.andi.org.br/infancia-e-juventude/pauta/pesquisa-do-conanda-aborda-criancas-em-situacao-de-rua>. Acesso em: 18 abr. 2014.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. Filosofia da Educação. 2 ed. São Paulo: Moderna, 2002,

BEZERRA, Eneida Maria Ramos; ROSA, Cleisa Moreno Maffei; VIEIRA, Maria Antonieta da Costa. **População de rua**: quem é, como vive, como é vista. 2. ed. São Paulo: HUCITEC, 1994.

BURSZTYN, Marcel (Org.). **No meio da rua**: nômades, excluídos e viradores. Rio de Janeiro: Garamond, 2003.

CRAIDY, Carmem Maria. **Meninos de rua e analfabetismo**. Porto Alegre: Artmed, 1998.

CRIANÇA NÃO É DE RUA. Campanha nacional de enfrentamento à situação de moradia nas ruas de criança e adolescentes. **Criança não é de rua**. Disponível em: <http://www.criancanaoederua.org.br/proposta.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2014.

EQUIPE – Interinstitucional de abordagem de rua; NÚCLEO DE ARTICULAÇÃO – de educadores sociais de rua. Pesquisa anual sobre a vivência de crianças e adolescentes em situação de moradia nas ruas de Fortaleza. **Criança não é de rua.** Fortaleza, 2010. Disponível em: <http://www.criancanaoederua.org.br/pdf/Pesquisa_Anua_Fortaleza_2010.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2014.

GOMES, Sérgio Alves. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental a educação.In: **Revista de direito constitucional e internacional.** 2005, a. 13, n. 51.

LEITE, Ligia Costa (Org); LEITE, Maria Esther Delgado (Org.); BOTELHO, Adriana Pedreira (Org.). **Juventude, desafiliação e violência.** Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria, 2008.

LEITE, Ligia Costa. **Meninos de rua:** a infância excluída no Brasil. 5. ed. São Paulo: Atual, 2009.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: Aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAIS, Normanda Araújo; KOLLER, Silvia Helena. **Endereço desconhecido:** crianças e adolescente em situação de rua. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2010.

PREFEITURA DE SÃO PAULO – Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social. **Censo da População em Situação de Rua da Cidade de São Paulo 2011.** São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/assistencia_social/observatorio_social/pesquisas/index.php?p=18626>. Acesso em: 18 abr. 2014

TAVARES, Alexandre Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

(Endnotes)

1 BEZERRA, Eneida Maria Ramos; ROSA, Cleisa Moreno Maffei; VIEIRA, Maria Antonieta da Costa. **População de rua**: quem é, como vive, como é vista. 2. ed. São Paulo: HUCITEC, 1994, p. 93-95.

2 Ibid., p. 94.

3 NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Dos excluídos necessários aos excluídos desnecessários. In: BURSZTYN, Marcel (Org.). **No meio da rua**: nômades, excluídos e viradores. Rio de Janeiro: Garamond, 2003, p. 56.

4 A partir do momento em que a temática despertou o interesse das pesquisadoras, dando ensejo ao início do presente estudo, estas passaram a ter um olhar mais acurado no que tange à população de rua no cotidiano da cidade de Fortaleza, seja andando como pedestres, utilizando-se de transportes coletivos ou transitando de carro nas ruas da cidade.

5 CRAIDY, Carmem Maria. **Meninos de rua e analfabetismo**. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 25.

6 LEITE, Ligia Costa. **Meninos de rua:** a infância excluída no Brasil. 5. ed. São Paulo: Atual, 2009, p.11.

7 Ibid., p.11.

8 Ibid., p. 12.

9 AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: Aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 54.

10 Ibid., p. 55-56.

11 Ibid., p. 60-68.

12 Ibid., p. 70-72.

13 ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 88.

14 AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). op. cit., p. 68-70.

15 ANDI – Comunicação e Direitos. **Pesquisa do Conanda aborda crianças em situação de rua.** Brasil, 2011. Disponível em: <http://www.andi.org.br/infancia-e-juventude/pauta/pesquisa-do-conanda-aborda-criancas-em-situacao-de-rua>. Acesso em: 18 abr. 2014.

16 Os dois censos, cujos links serão citados a seguir, expressam, estatisticamente, nos municípios de São Paulo e de Fortaleza, a realidade vivida pelas crianças e adolescentes em situação de rua sob determinados aspectos, como violência sofrida, atividade sexual, área de permanência e grau de instrução. PREFEITURA DE SÃO PAULO – Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social. **Censo da População em Situação de Rua da Cidade de São Paulo 2011.** São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/assistencia_social/observatorio_social/pesquisas/index.php?p=18626>. Acesso em: 18 abr. 2014; EQUIPE – Interinstitucional de abordagem de rua; NÚCLEO DE ARTICULAÇÃO – de educadores sociais de rua. Pesquisa anual sobre a vivência de crianças e adolescentes em situação de moradia nas ruas de Fortaleza. **Criança não é de rua.** Fortaleza, 2010. Disponível em: <http://www.criancanaoederua.org.br/pdf/Pesquisa_Anua_Fortaleza_2010.pdf>. Acesso em 18 abr. 2014.

17 CRIANÇA NÃO É DE RUA. Campanha nacional de enfrentamento à situação de moradia nas ruas de criança e adolescentes. **Criança não é de rua**. Disponível em: <http://www.criancanaoederua.org.br/comite_nacional.html>. Acesso em: 27 mar. 2014.

18 BOTELHO, Adriana Pedreira; LEITE, Ligia Costa. Um adolescente com coceira no pé. In: LEITE, Ligia Costa (Org); LEITE, Maria Esther Delgado (Org.); BOTELHO, Adriana Pedreira (Org.). **Juventude, desafiliação e violência.** Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria, 2008, p. 174.

19 Diante das limitações técnicas da pesquisa, não seria possível fazer a análise de todos os direitos fundamentais, relacionando-os à conjuntura da situação de rua. A opção pelos direitos mencionados se faz em razão de as violações a eles serem mais notórias sob o olhar cotidiano.

20 CRAIDY, op.cit., p. 21.

21 ELIAS, op. cit., p. 32.

22 LEITE, Ligia Costa, 2009,op. cit., p.78.

23 AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). op. cit., p. 77.

24 MORAIS, Normanda Araújo. KOLLER, Silvia Helena. Saúde de crianças e adolescentes em situação de rua. In: MORAIS, Normanda Araújo; KOLLER, Silvia Helena. **Endereço desconhecido:** crianças e adolescente em situação de rua. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2010, p. 235.

25 TAVARES, op. cit., p. 876.

26 ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **Filosofia da Educação**. 2 ed. São Paulo: Moderna, 2002, p. 51.

27 ROGERS, 1999 apud GOMES, Sérgio Alves. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental a educação. In: **Revista de direito constitucional e internacional.** 2005, a. 13, n. 51, p. 91.

28 Cf. Sítio eletrônico da Comunidade Shalom. Disponível em: <http://www.comshalom.org/tag/albergue-sao-francisco/>. Acesso em: 30 mar. 2014.

29 Cf. Sítio eletrônico da Associação Beneficente O Pequeno Nazareno. Disponível em: <http://www.opequenonazareno.org.br/indexsembaner.html>. Acesso em: 30 mar. 2014.

30 Cf. Sítio eletrônico Campanha Nacional de Enfrentamento à Situação de Moradia nas Ruas de Crianças e Adolescentes - Criança Não é de Rua. Disponível em: < http://www.criancanaoederua.org.br/>. Acesso em: 30 mar. 2014.

31 EQUIPE – Interinstitucional de abordagem de rua; NÚCLEO DE ARTICULAÇÃO – de educadores sociais de rua. Pesquisa anual sobre a vivência de crianças e adolescentes em situação de moradia nas ruas de Fortaleza. **Criança não é de rua.** Fortaleza, 2010. Disponível em: <http://www.criancanaoederua.org.br/pdf/Pesquisa_Anua_Fortaleza_2010.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2014.

32 EQUIPE – Interinstitucional de abordagem de rua; NÚCLEO DE ARTICULAÇÃO – de educadores sociais de rua. Pesquisa anual sobre a vivência de crianças e adolescentes em situação de moradia nas ruas de Fortaleza. **Criança não é de rua.** Fortaleza, 2010. Disponível em: <http://www.criancanaoederua.org.br/pdf/Pesquisa_Anua_Fortaleza_2010.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2014.

O ENSINO JURÍDICO E OS DIREITOS HUMANOS

Laura da Silva Reis[31]
Patrícia Freitas de Oliveira[32]
Gerardo Clésio Maia Arruda[33]

Sumário. Resumo. Introdução. 1. Os desafios à adoção dos direitos humanos no ensino jurídico. 2. A distância entre o ensino jurídico e a realidade social. 3. Metodologia da pesquisa. 4. Análise do Resultado. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

Resumo

A educação jurídica brasileira apresenta intenso apego ao aspecto formal e lógico, características históricas que levam à formação de profissionais preparados apenas para decorar e reproduzir os códigos, distanciando-os, assim, da realidade e das necessidades sociais, pois precisamos de profissionais do direito que estejam preparados e qualificados para atender às demandas sociais e que sejam sensíveis no que concerne à aplicação das leis para todos de forma igualitária, pois observamos claramente que vivemos em um país no qual as leis são aplicadas de forma diferente para pessoas integrantes de classes sociais diferentes. Diante disso, o presente artigo pretende discutir a educação jurídica, ressaltando suas deficiências e apontando, como alternativa de superação da crise, a necessidade da educação em Direitos Humanos. Propõe-se a utilização deste de forma ampla e integrada com as demais disciplinas, de forma a permitir ao aluno de Direito a conscientização da sua função social, para que este reproduza um aprendizado consciente de que todos devem ter acesso à justiça e que a todos deve ser garantido o direito à dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Ensino Jurídico. Direitos Humanos. Educação. Crise.

31 Graduanda em Direito; vinculada ao Escritório de Direitos Humanos (EDH) do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS) no ano Ade 2013.
32 Graduanda em Direito; vinculada ao Escritório de Direitos Humanos (EDH) do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS) no ano de 2013.
33 Doutor em Sociologia; Pesquisador da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP); Professor do Centro Universitário Christus (Unichristus) e da Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

INTRODUÇÃO

À luz da teoria de Paulo Freyre, a educação, dentre seus inúmeros objetivos, busca desenvolver no sujeito uma consciência social, capaz de o tornar apto a pensar de forma autônoma, crítica, livre e reflexiva. Contudo, o ensino formal brasileiro se mostra desvinculado desses desígnios, no qual apresenta, historicamente, uma educação mais técnica voltada para o mercado de trabalho, que impede o homem de se inserir, efetivamente, na sociedade, bem como de promover a transformação da própria realidade.

Tal situação se estende à educação jurídica que, igualmente, ainda apresenta intenso apego ao aspecto formal e lógico, características que levam à formação de profissionais preparados apenas para decorar e reproduzir os códigos, distanciando-os, assim, da realidade e das necessidades sociais. São alunos e, futuramente, advogados, juízes, promotores, entre outros, que se mostram despreparados e resistentes para exercerem as funções inerentes à profissão, as quais são a promoção, de modo igualitário, da dignidade da pessoa humana, base dos direitos fundamentais de cada cidadão, e, sobretudo, a busca pela efetivação dos Direitos Humanos.

Percebe-se que há muito esse modelo de educação jurídica brasileira, como Luiz Flávio Gomes ressalta, vem passando por crises, como científico-ideológica, político-institucional e metodológica. São crises reveladoras das insuficiências no ensino que, além de reverberar na sociedade, ainda são, infelizmente, perpetuadas indistintamente como os valores únicos e suficientes para a formação do profissional.

Ante esse panorama, propõe-se, como alternativa, a construção/implementação do ensino jurídico aliado à educação dos Direitos Humanos, demostrando a importância deste para a concretização de uma nova formação jurídica, em que se reclama a promoção da relação sociedade e Direito, apoiando-se no fato de que o estudo dos Direitos Humanos, de forma ampla e integrada com as demais disciplinas, permite ao aluno de Direito a conscientização da sua função social, uma vez que anui a aproximação com a comunidade e o conhecimento das mazelas sociais.

1. OS DESAFIOS À ADOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO ENSINO JURÍDICO

A pesquisadora Ana Maria D'Ávila Lopes (2012) se alicerça na fala do general canadense RoméoDallaire, comandante das tropas da Organização das Nações Unidas (ONU) em Ruanda, durante o conflito étnico em que os africanos de origem hutu quase exterminaram os tutsis, para demonstrar que a educação formal de qualidade não é condição suficiente para gerar uma sociedade harmônica e pacificada. Manifesta o general que o africano nascido de famílias que compõe a elite econômica e política possui formação intelectual assemelhada à dos ocidentais primeiro-mundistas, mas isso não impede a ocorrência de ações, por vezes planejadas ou comandadas por esses indivíduos, que atentam, de maneira exacerbada, contra direitos humanos básicos. Portanto, a busca para fazer imperar a justiça social e o respeito à diversidade cultural impõe o desenvolvimento de estratégias educacionais capazes de inculcar valores humanistas e, assim, gerar comportamento altruísta e ações afirmativas direcionadas para a equidade.

Essa questão pode ser posta também nos seguintes termos: como fazer o sistema de educação formar pessoas que sejam protagonistas da universalização dos direitos geradores da cidadania plena? Noutras palavras, como realizar o objetivo proposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de que se deve procurar estabelecer o consenso amplo de que o sistema de educação praticado seja capaz de promover a salvaguarda da extensão dos direitos humanos universalmente consagrados alhures e a todos? Essa é uma utopia que exigirá diferentes formas de enfrentamento das

comunidades, dos países e dos continentes, uma vez que deva ser perseguida com distinta intensidade de esforços, dados os matizes culturais formados em conjunturas díspares, que colocam desafios específicos.

As dificuldades para a universalização de uma educação formal no Brasil encontram raízes na sua origem colonial e na exploração de sua riqueza apoiado no modelo da monocultura escravocrata. Gilberto Freyre (1992), Sérgio Buarque de Holanda (1995) e Darcy Ribeiro (1995) fornecem em suas obras pensamentos assaz contundentes para a formação do consenso de que se ancora na monocultura escravagista os elementos determinantes do fosso abissal que extrema os brasileiros em uma minoria que concentra poder econômico e político de maneira exacerbada e uma maioria imersa em um cotidiano de pobreza socioeconômica e miséria cultural. Justamente por isso uma análise sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro, que o contemple como uma subestrutura que sofre e projeta influências sobre as demais subestruturas – economia, famílias, Poder Legislativo, etc. - que compõe a contextura social, fatalmente o apanha como legitimador de um modelo educacional gerador de *apartheid* social, como pode ser observado na Constituição de 1937, na qual se lê:

> Art. 125 – A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular.

Vê-se aí a definição de que os pais são os responsáveis primeiros pela educação dos filhos e secundariza o papel do Estado, de sorte que se abre aí um espaço exponencial para a educação particular. Ora, em um país que foi fundado com uma estrutura social marcada pela concentração da riqueza, a educação prioritariamente particular tende a acentuar e recrudescer as distâncias entre os grupos populacionais. Entretanto, poder-se-ia argumentar que não foi esta a orientação normativa que sempre preponderou, o que de fato é verdade. A educação foi um tema sempre presente no ordenamento jurídico brasileiro. Já na promulgação de nossa primeira Constituição, em 1824, sob o regime imperial, a educação primária estava prevista como obrigatória a todos os cidadãos, algo extraordinariamente avançado em termos de direitos sociais; contudo, tratou-se de uma intenção que não se realizou nem mesmo após a Constituição de 1988, pois, nos últimos dez anos, passou-se a conceber como tendo ocorrido, de fato, a universalização do ensino fundamental, dada sua cobertura quantitativa e geográfica, mas vários são os problemas ainda a serem enfrentados, como a baixa qualidade do ensino e as altas taxas de abandono.

Trazendo as preocupações manifestadas pelo general RoméoDallaire, que salienta as limitações da educação técnica como produtora de solidariedade, para discutir a questão da educação no Brasil, tem-se que, apesar da intenção presente desde a primeira Constituição, só recentemente e com graves problemas, pôde-se dizer que se estendeu a todos os brasileiros a educação fundamental, mas uma educação de caráter formativo para o mercado de trabalho, portanto, que não visa ao atendimento da Declaração de Viena e Programa de Ação (1993), da Organização das nações Unidas (ONU), em que está reforçada a ideia da educação, para além de um direito, como sendo um instrumento de conhecimento de construção de direitos:

> 33. A Conferência Mundial sobre Direitos do Homem reafirma que os Estados estão moralmente obrigados, conforme estipulado na Declaração universal dos Direitos do Homem, no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e noutros instrumentos internacionais sobre Direitos do homem, a garantir que a educação tenha o objetivo de reforçar o respeito pelos Direitos do homem e as liberdades fundamentais. A Conferência Mundial sobre Direitos do Homem realça a importância da inclusão do tema "direitos do homem" nos programas de educação e apela aos Estados para que assim procedam. A educação deverá promover a compreensão, a tolerância, a paz e as relações amigáveis entre as nações e todos os grupos raciais ou religiosos e encorajar o desenvolvimento de atividades das Nações Unidas na persecução desses objetivos. Pelo que, a educação em matéria de Direitos do homem e a disseminação de informação adequada, tanto ao nível teórico como prático, desempenham um papel importante na promoção e no respeito dos Direitos do homem relativamente a todos os indivíduos, sem qualquer distinção de raça, sexo, língua ou religião, o que deverá ser incluído nas políticas educacionais, quer a nível nacional quer a nível internacional. A Conferência Mundial sobre Direitos do homem salienta que as limitações de recursos e as inadequações institucionais podem impedir a imediata concretização destes objetivos. (Organização das Nações Unidas – ONU, 2014).

Para se alcançar o objetivo de fazer valer, no Brasil, uma educação capaz de promover um espírito coletivo construtor de direitos, como salientado na Conferência Mundial sobre Direitos do Homem, é preciso considerar os aspectos relativos à mentalidade senhorial e escravocrata que, no Brasil, como assevera Gerardo Clésio Maia Arruda (2010, p. 323), "contribuiu para a preponderância, no exercício de suas interações sociais, da subjetividade e dos desejos e anseios particulares sobre os interesses coletivos" e, principalmente, é preciso atentar para o fato de que a economia brasileira, que consubstanciou a formação de sua estrutura social, extremada em 1% de sua população detendo mais de 20% da riqueza nacional e de, aproximadamente, 1/3 de sua população sobrevivendo abaixo da linha de pobreza, funcionou sempre como subsidiária da produção mundial de mercadorias. Isso que dizer que o sistema econômico brasileiro se estruturou, no transcurso do Período Colonial e Imperial, como fornecedor de matérias-primas e, no Período Republicano, após 1930, acrescentou à sua função de abastecedor de alimentos e de produtos *in natura* na divisão mundial de trabalho o fornecimento de manufaturados. Essa característica da produção econômica prescindiu de um sistema educacional de qualidade, pois se gerou – e ainda se gera – lucros extraordinários com mão de obra de baixa e média qualificação. Em suma, no Brasil, desenvolveu-se uma economia geradora de riqueza sem investimento em conhecimentos, assim condenando seus recursos humanos à incapacidade para a inovação tecnológica.

Se o nível de educação básica instituído no país se caracterizou pela instrução que permite o domínio de conhecimentos necessários para o exercício de atividades

produtivas que requerem pouca habilidade cognitiva, dado que a industrialização se baseou na produção apoiada em trabalhadores que executam atividades simples e repetitivas, o nível superior privilegiou o tecnicismo. O Brasil não se projetava como produtor de novas tecnologias, que demandam a produção de conhecimento científico inovador, assim o subsistema educacional superior edificou-se com o objetivo de formar o profissional capaz de absorver e aplicar conhecimentos já produzidos.

2. A DISTÂNCIA ENTRE O ENSINO JURÍDICO E A REALIDADE SOCIAL

O ensino jurídico não escapou à regra, como esclarece Christianny Diógenes Maia e Thanara Rocha Diógenes (2012, p. 67), ao descreverem a formação do advogado como positivista e elitista, dessa forma, incapaz de propor soluções para os problemas multifacetados da sociedade contemporânea. Essa tese defendida pelas autoras é corroborada por outros acadêmicos que refletem acerca do ensino jurídico, seja na perspectiva histórica, seja na do tipo que denuncia o ensino que restringe o direito a uma técnica descolada da realidade social, como faz Antônio Alberto Machado (2005), que o define como inócuo na capacidade de afirmação de valores humanistas, para esse autor o ensino jurídico na atualidade trata de um:

> Modelo normativo e tecnicista de transmissão do saber jurídico, considerado o único paradigma do ensino do direito, com o objetivo primordial de ensinar o exercício das profissões jurídicas. E, ao insistir numa pedagogia tecnicista, com objetivos exclusivamente profissionalizantes, o ensino jurídico dificilmente se constituirá num ensino superior, (...). Esse conhecimento valorativo de técnicas e procedimentos não admite nenhuma perquirição avaliativo-prescritiva acerca, por exemplo, dos fundamentos do Direito, da função social da dogmática jurídica ou, no campo ético, sobre a necessidade de se promover uma distribuição igualitária dos direitos fundamentais a pessoa humana, indispensáveis a uma convivência democrática. (MACHADO, 2005, p 99)

Em suma, o ensino jurídico é percebido pelos acadêmicos, que se debruçam sobre o tema, como deficiente na formação de indivíduos capazes mesmo de dominar os conhecimentos mais rudimentares da profissão, o que pode ser observado nos elevados índices de reprovação no exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) que, embora restrito a uma visão técnica, não deixa de ser um instrumento de mensuração, e apresentou o seguinte resultado em 2012: "do total de 118.217 inscritos para a primeira fase, 114.763 estiveram presentes e, destes, 19.134 foram aprovados na prova, ou seja, 16,67%."[3]

Nesse sentido, como alimentar uma expectativa de assistirmos a um revolucionamento que fundasse um ensino jurídico alicerçado nos direitos humanos. Ao discutir essa questão, Flávio José Moreira Gonçalves (2012, p. 179) propõe que se faz necessário sair do papel e pôr em prática a exigência da articulação do ensino, da pesquisa e da extensão. Esse autor é contundente ao defender a necessidade dessa articulação, o que aparece na sua crítica ao modelo de aulas baseados em uma "cultura de recitação de códigos", que deve ser substituída por aulas que mantenham o contato com a realidade concreta, com os problemas sociais estruturais e emergentes.

A possibilidade de realizar tal transformação já é prevista pelas normas que determinam o conteúdo mínimo para a educação jurídica. Na Resolução CNE/CES, de 29 de setembro de 2004, por exemplo, que institui diretrizes curriculares básicas para o ensino jurídico no Brasil, observa-se a seguinte assertiva:

> Art. 3º. O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da Ciência do Direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania.

A formação que se reclama para o ensino jurídico no país está voltada para a necessidade de promover a relação entre a sociedade e o Direito. É importante que se estimule a aproximação com a comunidade objetivando desenvolver no profissional do direito a conscientização de sua função social, por intermédio da habilidade para reconhecer necessidades coletivas prementes. Enfim, deve o ensino do Direito procurar superar as metodologias que o reduzem ao conhecimento da técnica processual. Como observa Paulo Bonavides (1984, p. 217), em afirmação já assaz reproduzida por comentadores, quando defende a existência de uma relação intrínseca do Direito com o contexto sociopolítico: "Não é a forma social apenas o que importa, mas em primeiro lugar a forma política, pois esta configura as bases de organização sobre as quais se levantam as estruturas de poder".

Ainda no que concerne ao ensino, podemos nos referir a Paulo Freire (1967, p.5), o qual sempre se pautou em uma prática humanista, através da qual procurou desenvolver uma consciência cidadã nos indivíduos, para que estes pudessem ter acesso à democracia. Podemos observar a crise no ensino citada nos parágrafos anteriores, mas também podemos observar que, desde tempos passados, já existiam autores, pesquisadores, que temiam essa crise e já promoviam práticas humanistas com o fito de evitar ou diminuir a crise no ensino, que é o caso de Paulo Freire, que, em seu livro "Educação como prática de liberdade", publicado em 1967, já apresentava métodos de ensinos voltados para a formação humanista dos profissionais, não só para alfabetizar os indivíduos, mas para promover a humanização dos profissionais de qualquer área da sociedade, é o que observamos na teoria do círculo de cultura, promovido pelo referido autor. De acordo com Paulo Freire, o círculo de cultura promove a troca de experiências, e essas trocas promovem a humanização, pois faz que pessoas entrem umas no mundo das outras, vivenciando um pouco da dificuldade de cada um, e isso sensibiliza e faz que o indivíduo sinta na pele o anseio do próximo, tornando-se um ser mais solidário com os demais.

3. METODOLOGIA DA PESQUISA

Para discorrer sobre o tema, foram feitas pesquisas de cunho bibliográfico e documental do tipo qualitativa, na qual foram colhidas informações para que pudessem ser

justificados os questionamentos expostos no artigo, partindo de textos antigos para textos contemporâneos como a obra "Educação como prática de liberdade", do autor Paulo Freire, publicado em 1967; a obra "Exclusão social, direitos humanos e cidadania no Brasil", do autor Gerardo Clésio Maia Arruda, publicado em 2010; a obra "O direito constitucional e o momento político", de Paulo Bonavides; a obra "Casa-grande e Senzala", de Gilberto Freyre; a obra "Educação em direitos humanos", de Flávio José Moreira Gonçalves, e diversas legislações que servem de arcabouço teórico para o tema, Como a Constituição Federal de 1937, a Declaração de Direitos Humanos da ONU dentre outras.

4. ANÁLISE DOS RESULTADOS

Diante do exposto no artigo, vê-se que há uma crise no ensino jurídico no que concerne à adoção dos direitos humanos, haja vista haver uma resistência das pessoas diante dessa prática; por outro lado, observa-se que a prática de direitos humanos no ensino jurídico contribui para a formação de um profissional preocupado com as demandas sociais, visando não só a uma estabilidade, mas também a uma manutenção da sociedade, fazendo valer os ideais de justiça.

Dessa forma, os autores, supracitados, mostram a formação de advogados positivistas e elitistas, que não são aptos para a resolução dos conflitos sociais, e mostram que existem métodos de práticas humanistas que podem fazer que diminua essa crise referente aos direitos humanos no ensino jurídico.

Assim, observamos a crise, mas notamos também que há soluções, porém é preciso que sejam adotadas pelas instituições de ensino superior as práticas humanistas que visam à inclusão dos Direitos Humanos na formação do profissional.

5. CONCLUSÃO

As crises na educação jurídica, resquício do processo de instalação dos cursos no Brasil, que ora presenciamos, provocam um conhecimento parcial tanto da realidade social quanto do próprio ordenamento jurídico. Isso ocorre porque as faculdades de Direito, responsáveis por formar profissionais e, sobretudo, cidadãos compromissados com as necessidades da comunidade, estão se distanciado, paulatinamente, desses objetivos para atender ou se adequar às exigências mercadológicas, percebidas com a multiplicação indiscriminada de cursos, implementação de currículos mínimos e altos índices de reprovação na OAB.

Diante de todo o exposto, consideramos que a superação da qualidade do ensino jurídico brasileiro perpassa pela necessidade de uma reforma voltada para a criação de métodos pedagógicos nas salas de aula das Faculdades, Universidades e Centros Universitários. Uma reforma que passe, principalmente, pela adoção do estudo, da discussão e da efetivação dos Direitos Humanos, a fim de melhor capacitar o profissional no âmbito social, político e econômico.

Essa educação jurídica com ênfase nos Direitos Humanos busca restabelecer o liame entre o profissional de direito e a sociedade, reavendo o lado humanista da profissão. Tal proposta, por levantar questões referentes às práticas sociais e à construção da cidadania de cada indivíduo, permite aos bacharéis em Direito se sensibilizarem com os anseios sociais, buscando, assim, a sua efetivação. Repensar a prática pedagógica nesses moldes não significa desfazer-se das leis e dos códigos, mas buscar uma forma de entrelaçá-los com outras formas de educação, como os Direitos Humanos, objetivando, dessa maneira, pautar as atitudes do profissional de Direito na defesa dos valores humanos e na busca pela concretização da justiça social.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA, Gerardo Clésio Maia. ***Exclusão social, direitos humanos e cidadania no Brasil***. In: COSTA, Andreia da Silva e LEITÃO, Cláudia Souza. *Direitos Humanos:* ***uma reflexão plural e emancipatória***. Fortaleza: Faculdade Christus, 2010, págs 313 a 335.

BONAVIDES, Paulo. ***O direito constitucional e o momento político***. Fortaleza: Revista de Informação Legislativa, ano 21, nº 81, jan/mar. 1984, págs. 217 a 230.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil* (10 de novembro de 1937). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em 09 jan. 2014.

_____. *Resolução CNE/CES 9/2004*. Diário Oficial da União, Brasília, 1º de outubro de 2004, Seção 1, p. 17. Disponível em:<http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf>. Acesso em 08/02/2014.

FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1967.

FREYRE, Gilberto. ***Casa-grande e Senzala***. Rio de Janeiro: Record, 1992.

GONÇALVES, Flávio José Moreira. *Educação em Direitos Humanos:* ***algumas ideias para a disseminação de práticas transdisciplinares no ensino jurídico***. In: LIMA, Grethaleite Maia Correia Lima e TEIXEIRA, Zaneir Gonçalves. *Ensino jurídico:* ***os desafios da compreensão do Direito***. Fortaleza: Editora LCR, 2012, págs 177 a 197.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. ***A educação em direitos humanos no ensino superior no Brasil***. In: LIMA, Gretha Leite Maia Correia Lima e TEIXEIRA, Zaneir Gonçalves. *Ensino jurídico: os desafios da compreensão do Direito*. Fortaleza: Editora LCR, 2012, págs. 25 a 44.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. São Paulo: UNESP, 2005.

MAIA, Christianny Diógenes e DIÓGENES, Thanara Rocha. ***Crítica ao ensino jurídico brasileiro***. In: LIMA, Gretha Leite Maia Correia Lima e TEIXEIRA, Zaneir Gonçalves. *Ensino jurídico: os desafios da compreensão do Direito*. Fortaleza: Editora LCR, 2012, págs 67 a 82.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Declaração de Viena e Programa de Ação (1993)*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/declaracao_viena.htm> Acesso em 09 Jan. 2014.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: evolução e o sentido do*

Brasil. São Paulo: **Companhia das Letras**, 1995.

GOMES, Luís Flávio.A crise tríplice do ensino jurídico. **Jus Navigandi**. Publicado em 06 10 de 2002. Disponível em: http://jus.com.br/artigos/3328/a-crise-triplice-do-ensino-juridico#ixzz2y8k13o2z

REPARTIÇÃO DAS COMPETÊNCIAS FEDERATIVAS

Rebeca Falcão Lopes Mourão[34*]
Leandro Bessa[35**]

Sumário: Resumo. 1 Introdução. 2 Referencial Teórico. 2.1 Repartição Constitucional de Competências 3 Metodologia da Pesquisa. 4 Análise dos Resultados. 5 Conclusão. 6 Referências.

Resumo

A inovação do federalismo, com a Constituição Federal de 1988, representou um novo modelo de repartição de competências, objetivando uma busca da cooperação entre a União e os entes federados, criando-se, portanto, um equilíbrio e uma harmonia entre a descentralização federal e os imperativos da integração econômica nacional. O presente artigo objetiva explicar e mostrar a importância de cada uma das competências constitucionais no âmbito nacional e toma como ferramenta uma pesquisa de natureza bibliográfica, por meio de consulta a livros, revistas científicas, magazines, *sites* e, também, documental, por intermédio da análise de documentos oficiais relacionados ao tema. A finalidade é nos colocar em contato direto com tudo aquilo que irá abranger o tema em estudo, com a intenção de não impedir aos cientistas um suporte paralelo durante as análises de suas pesquisas ou na apreciação de suas informações. A bibliografia pertinente é uma oportunidade de demonstrar a importância da repartição de competência, estudando a atuação de cada uma delas no plano federativo. Conclui-se que o sistema de repartição de competências, acolhido pela Constituição Federal de 1988, apesar de ter representado uma tendência do Direito no âmbito global, bem como uma garantia na democracia da sociedade, não constitui um tipo jurídico único nem o mais aceito no constitucionalismo contemporâneo.

Palavras-chave: Estado Federal. Federalismo. Repartição de Competências.

1. INTRODUÇÃO

34 * Graduanda no Curso de Direito, Unichristus.
35 ** Defensor público do Estado do Ceará, Mestrado em Direito Constitucional na Unifor.

A inovação do federalismo, com a Constituição Federal de 1988, representou um novo modelo de repartição de competências, objetivando uma busca da cooperação entre a União e os entes federados, criando-se, portanto, um equilíbrio e uma harmonia entre a descentralização federal e os imperativos da integração econômica nacional. Tal descentralização, segundo André Luiz Borges Netto[11], significaria "diferentes níveis de governo ou de centros decisórios que possuem a faculdade, delegada pela Constituição, de emitir, criar ou editar as normas jurídicas necessárias para controlar a conduta humana em determinado espaço do território".

Esse elemento, de grande essencialidade e especificidade para o sistema federativo brasileiro, decorre da autonomia de cada um dos entes federados e foi acolhido por eles de acordo com o seu âmbito de interesse e atuação. Nesse sentido, Juraci Mourão Lopes Filho[22] escreve que "caberia à União matérias de interesse nacional; aos Estados-membros, as de interesse regional; enquanto aos municípios, os de interesse local. A atuação do Distrito Federal é uma mescla de atuação local e regional."

Ao se definir tal repartição de competências, conferindo a cada ente federativo a competência referente ao seu âmbito de interesse predominante, a Lei Maior adota como princípio geral para a partilha das diferentes atividades do Estado federal o princípio fundamental da predominância do interesse.

Desse modo, quanto às espécies, as repartições de competências se dividem em dois grandes grupos: competência material (ou político-administrativa), a qual se subdivide em exclusiva e comum, e competência legislativa, que, por sua vez, se subdivide em residual, privativa, concorrente e suplementar.

A competência exclusiva consiste naquela atribuída a apenas um ente federado, excluindo por completo a atuação dos demais por delegação, conforme o artigo 21 da CF/88.

A competência comum tem previsão legal no artigo 23 da Constituição, o qual atribui à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios as mesmas atividades, sendo, portanto, exercidas de forma igual por todos os entes.

Já a competência estadual também é denominada de residual, reservada ou remanescente, pois, como escreve Juraci Mourão Lopes Filho[33], "Não é possível vislumbrar efeito prático da distinção que procura fazer José Afonso da Silva, porquanto tanto reservada (remanescente) como residual têm sua área de definição obtida por exclusão, como o que resta após a indicação detalhada dos demais entes. Prefere-se, então, utilizar as três expressões como sinônimas.", constitui-se em todas as atividades ou funções estatais que não foram expressamente atribuídas aos outros entes da federação, consoante o artigo 25, § 1º.

A competência privativa, como a exclusiva, é aquela atribuída a apenas um ente federado, porém, ao contrário dessa, existe a possibilidade de delegabilidade a outros entes federados.

A competência concorrente se constitui na possibilidade de a União, os Estados e o Distrito Federal tratarem sobre os mesmos temas os quais estão inseridos no artigo 24 da CF/88.

Por fim, a competência suplementar, conforme artigo 24, **§** II, e artigo 30, **§** II, da CF/88, pode ser atribuída tanto para os Estados quanto para os municípios.

Assim, o quadro com a divisão das competências, acolhida pela atual Constituição, do artigo 21 ao 24, dos entes federados está assim apresentado:

a) competências exclusivas da União;

b) competências legislativas privativas da União;

c) competência comum a todas as entidades federadas;

d) competências concorrentes da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal.

É importante ressaltar que cada uma dessas competências possui atribuições específicas que serão apresentadas a seguir.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

O sistema de repartição de competências é essencial ao perfeito cumprimento do equilíbrio e da harmonia do sistema federativo brasileiro, sendo indispensável, portanto, a compreensão de cada uma delas.

2.1 Repartição constitucional de competências

a) Competências exclusivas da União

O rol firmado no artigo 21 da CF/88 confere à União todas as matérias e atribuições que são de sua competência.

> Art. 21. Compete à União:
>
> I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais;
>
> II - declarar a guerra e celebrar a paz;
>
> III - assegurar a defesa nacional;
>
> IV - permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente;
>
> V - decretar o estado de sítio, o estado de defesa e a intervenção federal;
>
> VI - autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico;
>
> VII - emitir moeda;
>
> VIII - administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada;
>
> IX - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;
>
> X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;
>
> XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;
>
> XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:
>
> a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;
>
> b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;
>
> c) a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária;
>
> d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
>
> e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;
>
> f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;
>
> XIII - organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e a Defensoria Pública dos Territórios;
>
> XIV - organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio;
>
> XV - organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional;
>
> XVI - exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão;
>
> XVII - conceder anistia;
>
> XVIII - planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações;
>
> XIX - instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso;
>
> XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;
>
> XXI - estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação;
>
> XXII - executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;
>
> XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:
>
> a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional;
>
> b) sob regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais;
>
> c) sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas;
>
> d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;
>
> XXIV - organizar, manter e executar a inspeção do trabalho;
>
> XXV - estabelecer as áreas e as condições para o exercício da atividade de garimpagem, em forma associativa.

Todos os vinte e cinco artigos enumerados, portanto, por se tratarem de competências exclusivas da União, são indelegáveis, não podendo a União repassá-las ou, até mesmo, renunciá-las.

b) Competências legislativas privativas da União

O artigo 22 da Lei Maior estabelece todas as matérias de competência legislativa da União e, como escreve Cármen

Lúcia Antunes Rocha[44], "As competências privativas são as que se exercem pelas respectivas entidades para o atendimento de desempenho que lhe é próprio, mas permitem delegação, e seu objeto é sempre matéria de função normativa."

É oportuno ressaltar que a parte transferível é apenas a da execução de um determinado ato e não a competência da União, pois essa é o dever-poder, sendo, portanto, intransferível e irrenunciável.

As matérias expressas ao longo dos incisos do artigo 22 da Lei Maior se constituem em temas que competem unicamente à União legislar, enquanto, no seu parágrafo único, as matérias que podem existir delegabilidade.

> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
>
> I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;
>
> II - desapropriação;
>
> III - requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra;
>
> IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;
>
> V - serviço postal;
>
> VI - sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais;
>
> VII - política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores;
>
> VIII - comércio exterior e interestadual;
>
> IX - diretrizes da política nacional de transportes;
>
> X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;
>
> XI - trânsito e transporte;
>
> XII - jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia;
>
> XIII - nacionalidade, cidadania e naturalização;
>
> XIV - populações indígenas;
>
> XV - emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros;
>
> XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;
>
> XVII - organização judiciária, do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e da Defensoria Pública dos Territórios, bem como organização administrativa destes;
>
> XVIII - sistema estatístico, sistema cartográfico e de geologia nacionais;
>
> XIX - sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular;
>
> XX - sistemas de consórcios e sorteios;
>
> XXI - normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares;
>
> XXII - competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais;
>
> XXIII - seguridade social;
>
> XXIV - diretrizes e bases da educação nacional;
>
> XXV - registros públicos;
>
> XXVI - atividades nucleares de qualquer natureza;
>
> XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1°, III;
>
> XXVIII - defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional;
>
> XXIX - propaganda comercial.
>
> Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

Os vinte e nove incisos acima enumerados representam as matérias de maior importância e de maior interesse comum a todos sobre os quais a União, obrigatoriamente, deverá legislar, ou seja, editar normas.

O parágrafo único do referido artigo, por sua vez, mostra que é possível que as competências legislativas, apenas de questões específicas, privativas da União, sejam delegadas aos Estados- membro, no entanto frisa-se que o fato só irá concretizar-se mediante a autorização expressa em lei complementar. Em outras palavras, inexistindo uma outorga constitucional, representada mediante lei complementar, torna-se impraticável a delegação de questões específicas aos Estados-membros.

A Lei Complementar 103/2000 representa que o legislador já se utilizou da possibilidade expressa no parágrafo único do dispositivo acima transcrito.

c) Competência comum a todas as entidades federadas

O art. 23 da CF/88 apresenta as competências comuns que, segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha[55], "são aquelas outorgadas à União, aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios, na condição unânime e igual de titulares, para o desenvolvimento de determinadas funções". Haverá, portanto, igualdade na competência de todos esses entes federados que atuarão em conjunto, a fim de que se responsabilizem tanto pela defesa quanto pelo fomento de interesses específicos em nossa federação.

> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
>
> I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;
>
> II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;
>
> III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;
>
> IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico,

> artístico ou cultural;
>
> V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;
>
> VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;
>
> VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;
>
> VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;
>
> IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;
>
> X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;
>
> XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;
>
> XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.
>
> Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Verifica-se que, depois de enumerar todas as competências comuns dos entes federados, o legislador, no parágrafo único, ressalta a necessidade de leis complementares que fixarão normas e cooperação entre esses mesmos entes. O objetivo de tais normas de cooperação, segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha[66], seria "exatamente o que se contém, expressamente, no texto constitucional, qual seja, o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional".

Logo, inexiste qualquer grau de hierarquia e, até mesmo, de subordinação entre as entidades, prevalecendo a cooperação, ou seja, a ajuda mútua das entidades com a finalidade única de equilíbrio e harmonia na federação brasileira.

d) Competências concorrentes da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal

A Lei Maior, em seu artigo 24, elenca todas as competências concorrentes da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal, que se verificam a seguir:

> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
>
> I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;
>
> II - orçamento;
>
> III - juntas comerciais;
>
> IV - custas dos serviços forenses;
>
> V - produção e consumo;
>
> VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;
>
> VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;
>
> VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
>
> IX - educação, cultura, ensino e desporto;
>
> X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;
>
> XI - procedimentos em matéria processual;
>
> XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;
>
> XIII - assistência jurídica e Defensoria pública;
>
> XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;
>
> XV - proteção à infância e à juventude;
>
> XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.
>
> § 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.
>
> § 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.
>
> § 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.
>
> § 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

É notório que inexiste, no *caput*, a competência concorrente dos Municípios, cabendo apenas a União, aos Estados e ao Distrito Federal o exercício de todo o rol acima enumerado. Frisa-se, porém, que essa exclusão é só do tipo formal, pois Cármen Lúcia Antunes Rocha[77] esclarece que "(...) materialmente, a competência concorrente dos Municípios é posta, transversalmente, pela determinação contida no art. 30, **§** II, da mesma Lei Maior. Ali se estabelece que compete aos Municípios (...): II. suplementar a legislação federal e a estadual no que couber".

A presente competência é formada tanto de uma legislação da União que irá limitar-se a estabelecer normas gerais, quanto de uma legislação suplementar as quais versam sobre questões específicas dos Estados-membros e do Distrito Federal. Para entender a diferença de ambas, basta verificar se a norma em questão é individual.

3. METODOLOGIA

O presente artigo toma como ferramenta uma pesquisa de natureza bibliográfica, por meio de consulta a livros, revistas científicas, magazines, *sites* e, também, documental, por intermédio da análise de documentos oficiais relacionados ao tema.

A finalidade é nos colocar em contato direto com tudo aquilo que irá abranger o tema em estudo, com a intenção de não impedir aos cientistas um suporte paralelo durante as análises de suas pesquisas ou na apreciação de suas informações. A bibliografia pertinente é uma oportunidade de demonstrar a importância da repartição de competência, estudando a

atuação de cada uma delas no plano federativo.

Esse método, pois, consistir-se-á em coletar informações a respeito do modelo de repartição de competências adotada pela Constituição Federal de 1988 para oferecer a sustentação necessária para elaboração do presente artigo. Então, essa análise terá como vantagem proporcionar um melhor entendimento para os pesquisadores, mostrando um quadro com a divisão das competências das entidades federadas que foram acolhidas pela atual Constituição, detalhando as particularidades de cada uma delas, bem como técnica utilizada por todos os entes para que se alcance o equilíbrio e a harmonia do Estado Federal.

4. ANÁLISE DOS RESULTADOS

O quadro de divisão das competências constitucionais ora apresentado, o qual se constitui em competência exclusiva da União, competências legislativas privativas da União, competência comum a todas as entidades federadas e competências concorrentes da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal, deram uma maior plausibilidade ao tema escolhido, ao passo que demonstraram, de modo claro e objetivo, a forma de cooperação e atuação de cada um dos entes federativos indispensáveis para o equilíbrio e a harmonia do sistema federativo brasileiro. Assim, estados, municípios e o Distrito Federal, todos possuem autonomia reconhecida pelo texto constitucional, sendo sempre observados os princípios constitucionais, com o poder de realizar todas as suas atribuições específicas determinadas pelo legislador.

É notório, portanto, a importância da capacidade de agir, dentro dos limites previstos na Constituição, de cada um dos entes federativos, sendo indispensável saber as competências de cada um, pois será a partir desse conhecimento que se verificará o poder de atuação de cada ente, sendo sempre respeitado o equilíbrio e a harmonia do plano federativo.

5. CONCLUSÃO

Conclui-se, diante do exposto, que o sistema de repartição de competências, acolhido pela Constituição Federal de 1988, apesar de ter representado uma tendência do Direito no âmbito global, bem como uma garantia na democracia da sociedade, não constitui um tipo jurídico único nem o mais aceito no constitucionalismo contemporâneo. Nesse sentido, Cármen Lúcia Antunes Rocha[88] acrescenta: "Tornaram-se mais extensas as funções do Estado contemporâneo, a descentralização política busca novas formas de realizar-se e as propostas constitucionais somam paradigmas de modo a compor-se em desenhos que se justapõem na coordenação e harmonia das ações das pessoas da Federação." Assim, esse sistema representou, em outras palavras, uma repulsa nas medidas centralizadoras, bem como nas ideias antidemocráticas.

Desse modo, a partir do estudo do presente tema e da observação do equilíbrio do sistema federativo brasileiro, instalados no Brasil desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, nota-se a importância de ambos os institutos na garantia da Democracia na sociedade brasileira.[9]

6. REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. **Jurisdição Constitucional e Federação:** o princípio da simetria na jurisprudência do STF. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1998.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Competências federativas na Constituição e nos precedentes do STF.** 1. Ed. Salvador: JusPODIM, 2012.

NETTO, André Luiz Borges. **Competências legislativas dos Estados-membros.** 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil:** traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SOUSA, Matheus da Cunha. **A repartição de competências na Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <http://cumpram-se.blogspot.com.br/2012/03/reparticao-de-competencias-na.html>. Acesso em: 6 mar. 2010.

(Endnotes)

1 [1] NETTO, André Luiz Borges. **Competências legislativas dos Estados-membros.** 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 46.

2 [2] LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Competências federativas na Constituição e nos precedentes do STF.** 1. ed. Salvador: JusPODIM, 2012, p.76.

3 [3] Ibidem, p. 77

4 [4] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil:** traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 239.

5 [5] Ibidem, p. 250.

6 [6] Ibidem, p. 252.

7 [7] Ibidem, p. 245.

8 [8] Ibidem, p. 238.

[9] SOUSA, Matheus da Cunha. A repartição de competências na Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://cumpram-se.blogspot.com.br/2012/03/reparticao-de-competencias-na.html>. Acesso em: 6 mar. 2010.

A GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO COMO ALICERCE PRECURSOR DA FORMAÇÃO DO CIDADÃO: O EXEMPLO DA FUNDAÇÃO FRANKLIN ROOSEVELT

Alauana Maria Roriz da Rocha[36*]
Nyrlla Santos Alves[37**]
Antônio Torquilho Praxedes[38***]

Sumário: 1 Introdução. 2 Referencial Teórico. 2.1 Histórico da Evolução do Direito à Educação. 2.2 A garantia do direito à educação como dever do Estado. 2.3 Insuficiência estatal em fornecer uma educação adequada. 2.4 Fundação Franklin Roosevelt: exemplo de concretização educacional promovido pela sociedade civil. 2.5 Importância da educação como forma de humanização da sociedade. 3 Metodologia. 4 Análise de Resultados. 5 Conclusão. Referências.

36 * Aluna do Curso de Direito do Centro Universitário Christus - Unichristus e integrante do Grupo de Estudo e Pesquisa: O direito à educação e a proteção de crianças em situação de vulnerabilidade – o caso da Comunidade da Serrinha. Currículo *Lattes*: http://lattes.cnpq.br/5037875485719704

37 ** Aluna do Curso de Direito Centro Universitário Christus - Unichristus e integrante do Grupo de Estudo e Pesquisa: O direito à educação e a proteção de crianças em situação de vulnerabilidade – o caso da Comunidade da Serrinha. Currículo *Lattes*: http://lattes.cnpq.br/0882248331771886

38 *** Professor Doutor em Sociologia Jurídica no programa "Direito, Justiça e Cidadania no Séc. XXI" desenvolvido pelas faculdades de Direito e Economia da Universidade de Coimbra, professor do Centro Universitário Christus - Unichristus - e orientador do Grupo de Estudo e Pesquisa "O direito à educação e a proteção de crianças em situação de vulnerabilidade – o caso da Comunidade da Serrinha" da Unichristus. Currículo *Lattes*: http://lattes.cnpq.br/7798814435575159

RESUMO:

O direito à educação é primordial para o desenvolvimento da sociedade, haja vista a formação do cidadão ser alicerçada pela sua efetivação. Tal direito está previsto na vigente Constituição Federal como fundamental, sendo um dos modos que asseguram o princípio da dignidade da pessoa humana. O presente artigo elucida primeiramente uma breve análise da evolução da crescente necessidade de assegurar o direito à educação. Além disso, faz um estudo sintético da Constituição Federal brasileira e das demais leis infraconstitucionais com o fito de legitimar a busca pela concretização desse direito. Perante a verificação da insuficiência estatal em fornecer uma educação de qualidade, observa-se a presença de meios alternativos que proporcionam a realização dessa garantia fundamental, como entidades filantrópicas, a exemplo da Fundação Franklin Roosevelt. Posto isso, o trabalho está norteado pelo modelo educacional desenvolvido na instituição e na sua influência positiva em fornecer ensino de qualidade, com o escopo de proporcionar a formação de cidadãos que ultrapassem os ditames das desigualdades, driblando a ignorância e a alienação, no intuito de fomentar os valores sociais e estimular o ideal democrático.

Palavras-chave: Direito à educação. Entidades filantrópicas. Cidadania.

1 INTRODUÇÃO

Immanuel Kant, de forma ilustre, afirma que "é no problema da educação que assenta o grande segredo do aperfeiçoamento da humanidade"[1]. Ainda, oportunamente, assevera que "o homem não é nada além daquilo que a educação faz dele"[2]. Essas notáveis considerações permitem uma intensa reflexão acerca da essencialidade da educação para a formação dos cidadãos e o progresso da sociedade.

Nesse sentido, o presente artigo fornece um breve estudo acerca da evolução do direito à educação, tendo em vista que constitui um direito fundamental, visando à proteção e à efetivação da dignidade da pessoa humana. Infere-se, assim, que tal direito evolui com o passar do tempo, verificando-se a necessidade de efetivá-lo e sua extrema importância para população.

Diante disso, constata-se que tal direito se encontra amplamente regulamentado pela legislação brasileira, vale dizer pela Constituição Federal de 1988, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9394/1996) e nova Lei do Terceiro Setor (Lei nº 9790/1999). Apesar de estar bastante amparado, nota-se que, infelizmente, o Estado não o assegura de forma satisfatória para toda a sociedade.

A insuficiência estatal em fornecer uma educação adequada para todos gera a necessidade de recorrer a vias alternativas, sendo uma delas as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, formando o Terceiro Setor. Desse modo, dispõe-se para análise a Fundação Franklin Roosevelt, vale dizer uma entidade filantrópica que mantém o funcionamento de uma escola no bairro da Serrinha, na cidade de Fortaleza, no Estado do Ceará.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

A sucinta pesquisa apresenta, primeiramente, a análise do histórico da evolução do direito à educação, prosseguindo com o estudo dos dispositivos legais vigentes e, posteriormente, aborda a insuficiência estatal em efetivar esse direito. Desta feita, verifica-se a garantia de tal direito a partir de entidades filantrópicas, pautado na Fundação Franklin Roosevelt. Por fim, constata-se a imensurável importância da educação para o desenvolvimento da sociedade.

2. 1 HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO

No presente estudo, é preciso ressaltar, em breve relato, a evolução histórica do direito à educação do Brasil para que haja um entendimento da necessidade de solidificar a garantia do processo de aprendizagem, fundamentado nos preceitos normativos, como fonte de desenvolvimento de uma sociedade digna.

No que tange à história da educação no Brasil, Priscila Cristina Oliveira Zignani Pimentel[3] e José Luiz de Paiva Bello[4] trazem em suas investigações aspectos fundamentais a esse entendimento.

Há que se lembrar que, com a chegada dos primeiros padres jesuítas, momento da disseminação da cultura do cristianismo perante a cultura indígena, perdurando por mais de dois

séculos e só se desestruturou com a expulsão dos jesuítas pelo Marquês de Pombal e a vinda da Família Real.

Durante o período em que a Família Real esteve liderando o Brasil, evidenciou-se a abertura das Academias Militares, Escolas de Direito e Medicina, a Biblioteca Real, o Jardim Botânico. No entanto, tais acontecimentos, infelizmente, não sedimentaram a educação, pois era notório que esta estava ao alcance de poucos.

Posteriormente, com a Proclamação da República foram feitas inovações no sistema da educação brasileira com o intuito de instaurar um modelo que marcasse um ensino de qualidade dentro dos ideais republicanos.

Pode-se citar a Constituição de 1937 que enfatizava o ensino pré-vocacional e profissional, tirando do Estado o dever da educação, embora os primeiros anos escolares permanecessem gratuitos. Ao falar da Constituição de 1946, verifica-se um norte liberal e democrático na área da Educação que determinava a obrigatoriedade de se cumprir o ensino primário e dava competência à União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional. Além disso, trouxe o preceito de que a educação é direito de todos, tendo como marco uma possível reforma no sistema educacional com o fim de unificá-lo para um maior alcance da população.

Outro fator relevante no contexto histórico do percurso da educação do Brasil foram as discussões sobre a Lei de Diretrizes e Bases, Lei 5.692, de 1971, que elencaram a relevância em solidificar o ensino profissionalizante da educação, sem que colidissem com os interesses dos militares, que à época se encontravam governando o Brasil.

Entretanto, na Constituição de 1988, tem-se a concretização da educação como direito social, com o fito de encontrar um meio para a sociedade, o Estado e a família construírem uma sociedade melhor, esta capaz de exercer seus direitos e deveres com o saber garantido e tido como alicerce concreto da formação da postura no bojo social que tanto se busca.

Aristóteles já dizia que "a educação tem raízes amargas, mas os seus frutos são doces"[5]. Portanto, ainda que tenhamos experimentado o gosto amargo de anos de repressão e descaso com a garantia de tal direito, é preciso ir além da problemática da educação, afinal, como disse Immanuel Kant, esse é o segredo do aperfeiçoamento da humanidade.

2.2 A GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO COMO DEVER DO ESTADO

A partir da análise do histórico da evolução do direito à educação no Brasil, é possível constatar o crescimento de sua importância, tendo em vista sua natureza de direito fundamental. Desse modo, é fácil perceber a sua essencialidade, pois possibilita o desenvolvimento da sociedade, a partir da melhor compreensão acerca dos direitos e dos deveres dos cidadãos.

Nesse âmbito, John Dewey, filósofo e pedagogo norte-americano, estabelece oportunamente que "a educação é um processo social, é desenvolvimento. Não é a preparação para a vida, é a própria vida"[6]

Nessa seara, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no preâmbulo, estabelece que o ensino e a educação são os alicerces para promover o respeito aos direitos e às liberdades nela consagrados e para adotar medidas progressivas de caráter nacional e internacional, com o fito de "assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição"[7].

Diante do exposto, faz-se necessário mencionar que o direito à educação está previsto na Constituição Federal de 1988, principalmente no artigo 6º, situado no capítulo II, "Dos Direitos Sociais", do título VIII, "Dos deveres e garantias fundamentais"; e nos artigos 205 e seguintes, localizados no título VIII, "Da Ordem Social". Além disso, está prestigiado no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), nos artigos 4º, 22, 53 e seguintes.

Segundo o artigo 6º da Constituição Federal brasileira, é imprescindível destacar que a educação constitui um direito social, necessitando de prestações positivas do Estado. Revela-se, portanto, como já foi mencionado anteriormente, um direito fundamental, consistindo uma cláusula pétrea, conforme o artigo 60, §4º, IV, CF/88, ou seja, não pode ser dificultada a sua realização, nem ser retirada do ordenamento jurídico pátrio.

De acordo com o artigo 205 da Constituição Federal, a educação constitui um direito de todos e um dever do Estado e da família, *in verbis*:

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

Corrobora, assim, o artigo 4º do ECA, asseverando que se revela um dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público, senão vejamos:

> Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Desta feita, observa-se o artigo 1º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9394/1996), *in litteris*:

> Art. 1º A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.[8]

Nesse sentido, é importante salientar que a educação, com a cultura e o desporto, consistem em direitos públicos subjetivos, isto é, propiciam aos titulares a possibilidade de exigirem sua efetivação por meio do Poder Judiciário, conforme leciona Uâdi Lammêgo Bulos:

> Di-los direitos públicos subjetivos, porquanto equivalem a pretensões jurídicas dos indivíduos exigirem do Estado a execução (*facere*) ou a omissão (*non facere*) de certa prerrogativa, em virtude do que preconiza a norma jurídica. Pode ter como sujeito ativo o próprio Estado ou

> os particulares. No primeiro caso, a Administração exige do administrado o cumprimento de deveres jurídicos. No segundo, os particulares requerem do Estado o compromisso de manter aquilo que lhes foi assegurado normativamente.[9]

Em relação a esse assunto, o artigo 5º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9394/1996) estabelece:

> Art. 5º. O acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigi-lo.

Vale ressaltar, portanto, que os direitos fundamentais, inclusive o direito à educação, devem ser respeitados, protegidos e promovidos. De acordo com George Marmelstein, o dever de respeito se baseia na não violação dos direitos pelo Estado, ou seja, na obrigação de agir em conformidade com o direito fundamental; já o dever de proteção se pauta na premissa de que o Estado não pode permitir que os direitos sejam violados; e o dever de promoção consiste em o Estado proporcionar as condições básicas para o pleno exercício dos direitos, conforme se depreende do trecho abaixo transcrito:

> Os deveres de respeito, proteção e promoção, que são inerentes a qualquer direito fundamental, impõem uma multiplicidade de tarefas ao poder público, de modo que a concretização plena dessas normas não se esgota em mero agir ou não agir do Estado.[10]

Além disso, é imperioso frisar que o direito possui aplicação direta e imediata, visto que se trata de um direito fundamental, preceituado no artigo 5º, §1º, da Constituição Federal.

A partir das considerações tecidas, conclui-se que o direito à educação é exigível e justiciável, em virtude de ser uma norma jurídica, podendo, assim, reivindicar sua realização pela via judicial.

Por fim, é de bom alvitre destacar que o STF entende caber aos Municípios a obrigação de garantir o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade, disposta no artigo 208, IV, da Constituição Federal.

Acerca dessa questão, o Ministro Celso de Mello[11] prolatou uma decisão enfatizando que a educação infantil, direito básico de índole social, se revela uma prerrogativa constitucional indisponível, pois é essencial para o desenvolvimento das crianças, sendo a primeira etapa a frequência a creches e pré-escolas. Além disso, dispõe que o Estado possui a obrigação de propiciar as condições objetivas necessárias que possibilitem, efetivamente, o acesso.

Dessa forma, afirma que os Municípios devem garantir esse acesso, segundo o artigo 211, §2º, CF/88, não podendo, de nenhuma maneira, se esquivar desse mandato constitucional, servindo como limitação de sua discricionariedade político-administrativa.

Vale ressaltar que, apesar de caber, primariamente, aos Poderes Legislativo e Executivo formular e executar políticas públicas, o Poder Judiciário poderá ordenar a implementação de políticas públicas pelos órgãos estatais em caso de omissão estatal, comprometendo a eficácia de qualquer direito social e cultural amparado pelo texto constitucional.

2.3 INSUFICIÊNCIA ESTATAL EM FORNECER UMA EDUCAÇÃO ADEQUADA

O direito à educação está amplamente amparado pela legislação brasileira, sendo um dos principais precursores da igualdade e da inclusão social. No entanto, ainda há muito para ser efetivado, pois somente assim será possível o exercício de uma democracia plena.

Posto isso, pertinentes são os dizeres de Francisco C. Weffort, no texto Educação e Política, situado no livro "Educação como prática da Liberdade", de Paulo Freire:

> Conscientizar não significa, de nenhum modo, ideologizar ou propor palavras de ordem. Se a conscientização abre caminho à expressão das insatisfações sociais, é porque estas são componentes reais de uma situação de opressão. (...) A democracia é, como o saber, uma conquista de todos. Toda a separação entre os que sabem e os que não sabem, do mesmo modo que a separação entre as elites e o povo, é apenas fruto de circunstâncias históricas que podem e devem ser transformadas.[12]

De acordo com o posicionamento de Paulo Freire, nota-se que o fornecimento de uma educação adequada pelo Estado a todo o povo brasileiro possibilita o conhecimento das estruturas sociais e dos modos de dominação e de manipulação. Ademais, viabiliza a compreensão do desrespeito aos direitos expressamente prestigiados no ordenamento jurídico, gerando, assim, uma maior conscientização política, econômica e social, e acarretando, por via de consequência, uma maior mobilização da sociedade para se libertar das opressões e concretizar seus direitos.

Outra perspectiva a ser considerada é a questão da reserva do possível. Quanto a essa temática, explicitam-se as lições de George Marmelstein:

> Nas palavras do Tribunal Constitucional alemão, a reserva do possível é aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da coletividade. Se for razoável (melhor dizendo, proporcional), não pode o Estado se negar a fornecer. Assim, pode-se dizer que a reserva do possível é sinônimo de razoabilidade econômica e proporcionalidade financeira. (...)
>
> Os direitos a prestações podem ser exigidos judicialmente, cabendo ao Judiciário, observando os princípios da proporcionalidade, impor ao Poder Público as medidas necessárias à implementação do direito, desde que a ordem judicial fique dentro do financeiramente possível.[13]

Esse postulado está intimamente relacionado ao ativismo judicial e à teoria do mínimo existencial, pois é a inércia estatal em implementar os direitos fundamentais prestacionais que gera para o Poder Judiciário, de forma subsidiária, a possibilidade de fazê-lo, a fim de possibilitar aos cidadãos as condições mínimas para uma vida digna.

Nesse aspecto, o Ministro Celso de Mello[14] proferiu decisão explicitando que o Estado necessita realizar, constantemente, intenso sopesamento de valores, tendo em vista os conflitos existentes na execução de políticas públicas preceituadas na Constituição Federal do Brasil e na implementação de direitos sociais também previstos no texto constitucional.

Essas situações são decorrentes da escassa disponibilidade financeira e orçamentária, obrigando o Poder Público a realizar as chamadas "escolhas trágicas".

Dessa forma, estabelece que as "escolhas trágicas" possuem como base a intangibilidade do mínimo existencial, com o fito de "conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental".

Dispõe ainda que o mínimo existencial, proveniente do princípio da dignidade da pessoa humana, constitui:

> "um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, **à pessoa, acesso efetivo ao** direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança."[15]

Ademais, explicita a interdependência existente entre a cláusula da reserva do possível e a garantia constitucional do mínimo existencial, uma vez que esta limita aquela. Ressalta que a reserva do possível "não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição".

Verifica-se também a correlação dos princípios aduzidos com a proibição do retrocesso social, visto que este impossibilita o desfazimento das conquistas alcançadas pela sociedade, ou seja, objetiva proteger os cidadãos de possíveis retrocessos, garantindo, assim, a estabilidade e o progresso dos direitos fundamentais prestacionais reconhecidos. Desse modo, o Estado tem o dever de efetivá-los e de preservá-los.

Por fim, em face da insuficiência estatal em fornecer uma educação adequada, existem as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que são uma alternativa para a concretização do direito à educação. Essas organizações constituem, portanto, o Terceiro Setor, disciplinada na Lei nº 9790/1999, conhecida como "a nova Lei do Terceiro Setor". Tal lei visa à qualificação das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e à introdução de uma nova concepção de esfera pública social, regulando as relações entre Estado e Sociedade Civil no Brasil, segundo o que está preceituado na Cartilha do Conselho da Comunidade Solidária.

2.4 FUNDAÇÃO FRANKLIN ROOSEVELT: EXEMPLO DE CONCRETIZAÇÃO EDUCACIONAL PROMOVIDO PELA SOCIEDADE CIVIL[16]

Diante da análise do referencial teórico sobre a garantia do direito à educação, bem como sua importância perante a evolução da sociedade, a presente pesquisa tem como objeto a Fundação Franklin Roosevelt, entidade filantrópica que visa a efetivar o direito supracitado por meio do funcionamento de uma escola no bairro da Serrinha.

A fundação citada tem como escopo a promoção do acesso à educação às crianças carentes entre 4 e 13 anos. Tais crianças, em quase sua totalidade, possuem como traço marcante a ausência de uma base familiar estável e de recursos financeiros necessários para possibilitar uma qualidade de vida sem ferir o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, é preciso ressaltar que, durante o período da pesquisa, verificou-se que a escolinha tinha uma estrutura para assistir 140 crianças, entre a alfabetização e o 5º ano do Ensino Fundamental, bem como um regime de semi-internato para aqueles de menor faixa etária, destinando o período da tarde para os de idade superior. Portanto, fica claro que essa fundação não mede esforços para proporcionar não só o direito à educação, mas também disponibiliza alimentação saudável, higiene, período para descanso e lazer. É importante mencionar que, ainda, fornece fardamento, material escolar, amparo odontológico e pedagógico, a fim de viabilizar o crescimento adequado para essas crianças pelo exercício das mais diversas atividades.

No dia 26 de abril de 2013, foi realizada a primeira pesquisa de campo, que se constituiu em uma visita à escola Franklin Roosevelt. Dessa forma, constatou-se que, além do que fora supracitado, há uma mudança de perspectiva na vida de muitos que tiveram a oportunidade de lá estudar, bem como ainda há aqueles que somam esforços para que seja possível o funcionamento e o crescimento das atividades desenvolvidas, com o intuito de resguardar o vínculo institucional estabelecido a partir do instante em que as crianças ingressam na fundação.

2.5 A IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO COMO FORMA DE HUMANIZAÇÃO DA SOCIEDADE

Ao tentar entender o conceito de humanização e relacioná-lo com a importância da educação e como esta contribui para o desenvolvimento da sociedade, adentra-se nos dogmas éticos e morais, ainda que estreitos os caminhos deste saber tão imenso, haja vista a subjetividade de valores existentes.

Contudo, ao tomar como exemplo a Fundação Franklin Roosevelt, entende-se previamente que as habilidades e os desempenhos desenvolvidos nas crianças perpassam os ditames de um futuro voltado ao profissionalismo, sendo direcionados, principalmente, para a incorporação de valores éticos, estes já ditos como subjetivos. No entanto, no caso em estudo, converge a forma de instrumentalizar desde cedo o ideal do bem comum.

Da leitura de Paulo Freire, infere-se que a construção de valores na efetivação do direito à educação, esta que "sozinha não transforma a sociedade, sem ela tampouco a sociedade muda"[17], é fundamental no sentido de otimizá-la e deixá-la ao alcance de todos, partindo-se de ações concretas a fim de que a teoria não se torne "verbalismo". Logo, é imprescindível a inserção de meios que suscitem a sensibilidade do ser humano, ainda que este seja uma criança, fazendo desta o alicerce necessário para uma geração arraigada de atitude, coragem e conhecimento para vencer as adversidades da vida, fazendo que a educação seja veiculada como direito fundamental que o é.

Portanto, não se trata de criar utopias, mas sim de transformar os anseios de um sistema educacional melhor. Posto isso, nota-se que o objetivo da educação, como já dissera Jean Piaget, "é criar pessoas capazes de fazer coisas novas e não simplesmente repetir o que as outras gerações fizeram"[18].

Em outras palavras, nota-se que o cerne da educação é o alicerce de todas as decisões que promovam a efetivação de tal garantia fundamental e tragam um futuro melhor. Nesse sentido, afirmou Agostinho da Silva: "Não há dúvida nenhuma de que o futuro do mundo, a civilização do desenvolvimento, da cultura, do homem superior vai surgir no Brasil – e é por isso que está sendo tão difícil fazer o Brasil"[19].

3 METODOLOGIA

O artigo elaborado utilizou-se de quatro métodos de pesquisa: a exploratória, a bibliográfica, a documental e a jurisprudencial. A construção do referencial teórico apoiou-se em doutrinas produzidas no Brasil, tendo como principal autor Paulo Freire. Ademais, baseou-se em artigos científicos e produções acadêmicas. A pesquisa documental foi realizada na Constituição Federal de 1988, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Estatuto da Criança e do Adolescente, na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9394/1996) e na nova Lei do Terceiro Setor (Lei nº 9790/1999). A pesquisa de campo baseou-se na Fundação Franklin Roosevelt com o fito de verificar o modelo educacional desenvolvido pelo intermédio da sociedade civil.

É imperioso frisar que a pesquisa de campo foi realizada por meio de uma visita à fundação acima mencionada, baseando-se em conhecimento da estrutura da escolinha e observação das atividades disponibilizadas. Além disso, efetuou-se uma entrevista informal com o presidente da entidade filantrópica à época da visita, sendo este Francisco Humberto Marino Guerreiro, em virtude do foco de interesse da pesquisa.

Faz-se necessário mencionar que essa entrevista teve por finalidade obter informações acerca do modo de seleção dos alunos que tem a oportunidade de estudar nessa escola no bairro da Serrinha; das condições financeiras, sociais e psicológicas desses estudantes; da capacidade estrutural para comportar os estudantes; da forma como obtém recursos para sustentar e promover o desenvolvimento do local; das atividades oferecidas; e das dificuldades enfrentadas pela fundação.

4 ANÁLISE DE RESULTADOS

Em face do estudo concretizado, observa-se a vital importância da efetivação do direito à educação para o desenvolvimento da humanidade, a partir da constituição de pessoas conscientes acerca de seus direitos e deveres.

Apesar de tal direito ser bastante resguardado em diversos dispositivos legais, infelizmente, não é assegurado de maneira satisfatória para boa parte da população brasileira. Dessa forma, muitas vezes, aqueles que não possuem condições financeiras para estudar em escolas particulares ficam sem a realização dessa garantia fundamental, sendo privados de uma das vertentes mais relevantes da realização da dignidade humana.

Diante da insuficiência estatal em fornecer uma educação adequada para todos, constata-se a consubstancialização desse direito por meio de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, tendo como exemplo a Fundação Franklin Roosevelt, sendo esta uma entidade filantrópica responsável por uma escola no bairro da Serrinha, em Fortaleza.

Verifica-se, assim, que a educação, realmente, transforma a vida de quem tem a oportunidade de estudar, tendo em vista que possibilita a melhor compreensão acerca da realidade, proporciona a superação de dificuldades e amplia as possibilidades de futuro.

5 CONCLUSÃO

Como pode ser observado, o direito à educação e a busca por sua concretização no bojo social é, de fato, o meio necessário e vital ao desenvolvimento da sociedade, uma vez que fornece o amparo indispensável para a formação de cada ser humano.

Diante de todo percurso dos avanços no sistema da educação nacional, verifica-se que persiste uma carência e certa falta de interesse do Estado em fomentar os preceitos constitucionais e os direitos assegurados como fundamentais à dignidade da pessoa humana.

Em contraposição, nota-se que, apesar de enfrentar dificuldades com recursos, a Fundação Franklin Roosevelt efetiva o direito à educação. Vale ressaltar que esses recursos são oriundos da solidariedade da sociedade civil. Dessa forma, constata-se que essa entidade filantrópica serve de norte para a construção de valores e princípios na vida de cada criança, bem como de seus pais e familiares.

Por fim, empreende-se que é por meio desse direito basilar e primordial, para efeitos jurídicos e morais, que se pode concretizar o sonho de tantos estudiosos da pedagogia e dos direitos humanos, a fim de que seja a educação uma ferramenta libertadora e necessária à edificação da democracia plena.

REFERÊNCIAS

BELLO, José Luiz de Paiva. Educação no Brasil: a História das rupturas. Disponível em : http://www.pedagogiaemfoco.pro.br/heb14.pdf. Acesso em: 20 jan.2014.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário** nº 410715 **AgR - SP**. Relator Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Data do Julgamento: 22 de novembro de 2005. DJ 3 de fevereiro de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo** nº 410715 **AgR - SP**. Relator Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Data do Julgamento: 23 de agosto de 2011. DJe 15 de setembro de 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

DANIEL, Paulo. A importância da educação. Revista Carta Capital. 12 out. 2010. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/a-importancia-da-educacao/>. Acesso em 18 de janeiro de 2014.

FREIRE, Paulo. Conscientização – Teoria e Prática da Libertação. 3ª ed. São Paulo: Moraes, 1980.

FREIRE, Paulo. Educação como prática da liberdade. 26ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

FREITAS, Dirce Nei Teixeira de. FERNANDES, Maria

Dilnéia Espíndola. Gestão local e efetivação do direito à educação. GT-05: Estado e Política Educacional. Disponível em: <http://31reuniao.anped.org.br/1trabalho/GT05-3982--Int.pdf>. Acesso em 20 de janeiro de 2014.

KANT, Immanuel. Sobre a pedagogia. Tradução de Francisco Cock Fontanella: Über Pädagogik. UNIMEP: Piracicaba, 1996.

MARMESLTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 2ªed. São Paulo: Atlas, 2009.

OVANDO, Nataly Gomes. FREITAS, Dirce Nei Teixeira de. Desafios e caminhos da efetivação do direito à educação - enfoque municipal. 4º Seminário Nacional Estado e Políticas Sociais. 16 a 19 de set. de 2009. Disponível em: <http://cac-php.unioeste.br/projetos/gpps/midia/seminario4/trabcompleto_politica_educacional/Trabcompleto_desafios_caminhos_da_efetivacao.pdf>. Acesso em 20 de janeiro de 2014.

PIMENTEL, Priscila Cristina Oliveira Zignani. Evolução histórica da educação. Disponível em: ftp://ftp.unilins.edu.br/priscila/AULA%20DID%C1TICA%20-%205%BA%20SEMESTRE%20-%20EVOLU%C7%C3O%20HIST%D3RICA%20DA%20EDUCA%C7%C3O.pdf. Acesso em 17 de dezembro de 2013.

RAMIRES, Vanessa Ramos. SANTANA, Cristina Fátima Pires Ávila. Panorama da educação brasileira: aspectos para a efetivação do direito à educação para todos. Revista Eletrônica do Campus de Jataí- UFG. Vol.2.n.9.2010. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/index.php/ritref/article/view/20367/11857>. Acesso em 20 de janeiro de 2014.

RODRIGUES, Neidson. Educação: da formação humana à construção do sujeito ético. Outubro de 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/es/v22n76/a13v2276.pdf>. Acesso em 16 de dezembro de 2013.

VIANA, Mateus Gomes e LENZ, Raquel Coelho Cesar. Direito à educação no Brasil: exigibilidade constitucional. Disponível em: http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v_encontro/direitoaeducacaonobrasil.pdf>. Acesso em 20 de dezembro de 2013.

(Endnotes)

1 KANT, Immanuel. Sobre a pedagogia. (Tradução de Francisco Cock Fontanella: Über Pädagogik). UNIMEP: Piracicaba, 1996.

2 KANT, Immanuel. Sobre a pedagogia. (Tradução de Francisco Cock Fontanella: Über Pädagogik). UNIMEP: Piracicaba, 1996.

3 PIMENTEL, Priscila Cristina Oliveira Zignani. Evolução histórica da educação.

4 BELLO, José Luiz de Paiva. Educação no Brasil: a História das rupturas.

5 J. BRUN. Aristóteles, Lisboa: Publicações D. Quixote. 1986.

6 DEWEY, John. Democracia e educação: capítulos essenciais. CUNHA, Marcus Vinicius da (org.). São Paulo: Editora Ática, 2007.

7 Declaração Universal dos Direitos Humanos

8 Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9394/1996)

9 Bulos, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional, 6ª Ed., Editora Saraiva, 2011, p. 1395.

10 Marmesltein, George. Curso de Direitos Fundamentais, 2ªEd., Editora Atlas, 2009, p. 291.

11 Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410715 AgR - SP. Relator Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Data do Julgamento: 22 de novembro de 2005. DJ 3 de fevereiro de 2006

12 Freire, Paulo. Educação Como Prática da Liberdade, Editora Paz e Terra, p. 11 e 12.

13 Marmesltein, George. Op. Cit., p. 321.

14 Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental com Recurso Extraordinário com Agravo nº 410715 AgR - SP. Relator Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Data do Julgamento: 23 de agosto de 2011. DJe 15 de setembro de 2011

15 Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental com Recurso Extraordinário com Agravo nº 410715 AgR - SP. Relator Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Data do Julgamento: 23 de agosto de 2011. DJe 15 de setembro de 2011

16 Dados utilizados em um resumo científico, intitulado "A efetivação do direito fundamental à educação por entidade filantrópica: o exemplo da Fundação Franklin Roosevelt", de autoria de Alauana Maria Roriz da Rocha e de Tabitha Brito Barros

17 Freire, Paulo. Educação Como Prática da Liberdade, Editora Paz e Terra.

18 PIAGET, Jean. A formação do Símbolo na Criança: imitação, jogo, e sonho, imagem e representação. 3. Ed. Rio de Janeiro :Zahar, 1978.

19 Citações e Pensamentos de Agostinho da Silva, org. de Paulo Neves da Silva, Lisboa, Sílabo, 2009.

DIREITO À MORADIA: A VULNERABILIDADE DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA

Jordana Pinheiro Saraiva39
Andréia da Silva Costa Castelo Branco Sales40

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Referencial Teórico; 2.1 O direito à moradia na Constituição Federal de 1988; 2.2 O direito à moradia e as pessoas em situação de rua; 3 Metodologia; 4 Análise dos resultados; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO

O Estado Democrático de Direito traz como premissa os direitos fundamentais, sendo o direito à moradia um deles. Porém, já é comum, ao andar na rua, nos depararmos com a presença de pessoas que encontram naquele local sua moradia. Esse é um problema que vem cada vez mais se agravando, em vista do rápido e notório crescimento do número de pessoas vivendo nessa condição. Todos os dias, uma considerável parcela da população brasileira vive uma situação de extrema vulnerabilidade, sendo privada de direitos básicos como a saúde, educação, segurança, alimentação e trabalho. A dignidade humana é, segundo a CF/1988, fundamento do ordenamento jurídico brasileiro e conteúdo essencial dos direitos ditos fundamentais, que têm como titular todo cidadão brasileiro, inclusive os que possuem as ruas como seu *habitat*, seu lar. Percebe-se, pois, diante da realidade experimentada por esse público, que o ordenamento jurídico do Brasil se mostra inoperante, visto que não viabiliza a concretização de seu conteúdo mais importante – o constitucional, trazendo, portanto, uma insegurança em relação às demais normas jurídicas. O presente trabalho tem por objetivo esclarecer a real situação dessas pessoas, apontar os problemas mais frequentes, apresentar possíveis soluções e explanar sobre o papel do Estado diante do tema em discussão. A primeira dificuldade encontrada quando se resolve pesquisar referido problema se manifesta no pequeno número, ou mesmo na inexistência, de pesquisas e estudos realizados a respeito do tema, o que demonstra que não houve tanta abordagem por parte de pesquisadores e doutrinadores. Essa indiferença se espraia para outros setores da vida social, de modo que, ao final do trabalho, concluiu-se, consequentemente, que a invisibilidade, o descuido e a estigmatização dedicados a essas pessoas compõem o cenário no qual (sobre)vivem essas pessoas e que referido contexto é agravado pela visível ignorância desses sujeitos acerca de seus direitos. É preciso que, além da criação de políticas públicas e da busca de soluções para resolver tal fato, haja um compromisso permanente do Estado com o reconhecimento e com a efetivação dos direitos fundamentais das pessoas em situação de rua, pensando ações de pequeno, médio e longo prazo.

Palavras-chave: Pessoas em situação de rua. Violação de direitos. Poder público. Efetivação.

39 Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Christus (Unichristus). jordanapsaraiva@gmail.com
40 Mestre em Direito Constitucional. Pesquisadora. Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Christus. Link do lattes: XXXXXXX

1 INTRODUÇÃO

Para se fazer uma análise sobre a realidade experimentada por pessoas em situação de rua e as violações de direitos que sofrem diariamente, é necessário partir do estudo dos direitos fundamentais e de sua importância para o Estado Democrático brasileiro. De acordo com George Marmelstein:

> Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.[1]

A nova ordem constitucional brasileira trouxe a dignidade da pessoa humana como base axiológica da legislação nacional, sendo, portanto, considerada uma norma-princípio. Tal princípio já havia sido reconhecido por constituições alienígenas, tais como a Constituição Italiana, em 1947, trazendo, em seu artigo 3º, o seguinte: "Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei". Já a Constituição Alemã em 1949, em seu artigo 1º, ressaltou o princípio da intangibilidade da dignidade da pessoa humana, expondo da maneira a seguir: "A dignidade do homem é intangível. Os Poderes Públicos são obrigados a respeitá-la e protegê-la". As Cartas Magnas de Portugal e Espanha também aderem tal princípio".[2]

Uma vida digna pressupõe bem-estar amplo, levando em consideração todos os aspectos da vida humana, como relações sociais respeitosas e saudáveis, moradia, transporte, educação e lazer de qualidade, trabalho decente e remunerado, igualdade de condições, respeito à liberdade, à autonomia e à integridade humanas e convivência solidária com os semelhantes. Quando o homem é tratado como coisa, como objeto, configura-se desrespeito e afronta direta à dignidade da pessoa humana, o que ocorre com a escravidão, a título de exemplo. Em decorrência disso, o professor Ingo Wolfgang Sarlet diz que:

> [...] onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta, por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.[3]

A respeito de tal princípio, o ilustríssimo Paulo Bonavides afirma que:

> A dignidade da pessoa humana, desde muito, deixou de ser exclusiva manifestação conceitual daquele direito natural metapositivo, cuja essência se buscava ora na razão divina, ora na razão humana, consoante professavam em suas lições de teologia e filosofia os pensadores dos períodos clássicos e medievo, para se converter, de último, numa proposição autônoma do mais súbito teor axiológico, irremissívelmente presa na concretização constitucional dos direitos fundamentais.

> Toda a problemática do poder, toda a porfia de legitimação da autoridade e do Estado no caminho da redenção social há de passar, de necessidade, pelo exame do papel normativo do princípio da dignidade da pessoa humana. Sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, portanto, máxima e se houver reconhecimento da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados.[4]

A Declaração Universal da ONU de 1948 ressalta, em seu art. 1º, que: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade".[5] Ou seja, tal dignidade e direitos são de todas as pessoas indistintamente. Ao nascer, o homem já é detentor de direitos e possui liberdade e igualdade perante os demais, são de todos indistintamente e da mesma forma, devendo respeitar, não ofendendo e nem lesionando, também, os direitos de outrem.

Embora sejam muitas vezes confundidos, os direitos humanos e os direitos fundamentais se diferenciam. De acordo com George Marmelstein[6], os primeiros são aqueles que foram positivados na esfera constitucional internacional, por exemplo, os tratados internacionais. Enquanto os segundos são valores positivados na esfera constitucional nacional, como as leis, por exemplo. Porém, os dois tratam de valores éticos, como a limitação do poder e a dignidade da pessoa humana.

Dentre os direitos fundamentais, há os denominados direitos econômicos, culturais e sociais, que se caracterizam por serem direitos positivos que exigem do Estado uma prestação, um fazer, a ser realizado para que o detentor de tal direito possa o exercer.

A Constituição Federal garante, em seu artigo 6º, o direito à moradia como um direito fundamental, previsto no rol dos direitos sociais. O conceito de direito à moradia vai além da residência fixa e da casa própria, exige-se um mínimo de qualidade, de dignidade e de adequação aos padrões de saúde e de saneamento. Considera-se que a moradia deve preservar a privacidade dos indivíduos e protegê-los dos possíveis eventos climáticos e de segurança pública. Em relação ao direito à moradia:

> A "casa é asilo inviolável" do morador, é o maior espaço de liberdade que alguém pode ter, porque somente dentro dela é que o ser humano pode se expor por completo; é o endereço certo e determinado para que uma pessoa interaja com a sociedade; é o espaço por excelência da família; é o nosso porto seguro; é a revelação de um dos mais elementares direitos do homem: o direito de morar.[7]

De acordo com o que já foi abordado, a moradia é um direito fundamental de qualquer ser humano, não sendo possível fazer qualquer distinção, seja de cor, credo, sexo, idade, seja de qualquer outra característica. Porém, tal direito não é por todos alcançado. É perceptível o aumento de pessoas em situação de rua, que não possuem uma moradia, demonstrando, assim, um flagrante desrespeito a tal direito social.

Essas pessoas encontram refúgio nas ruas, que findam sendo sua própria casa. Não há uma certeza quanto ao local onde irão descansar, se alimentar, realizar suas necessidades, tomar um banho ou, até mesmo, constituir uma família. A rua, mesmo com toda a insegurança que a envolve, se torna um abrigo para muitos que não têm nenhum outro lugar para morar.

O convívio com a insegurança é presente na vida dessas pessoas, que vai desde a escolha do local onde dormir, comer, tomar banho e as demais necessidades inerentes a qualquer ser humano que conviva em sociedade, além de estarem constantemente susceptíveis à violência, tanto moral quanto física, discriminações, insalubridade, desconforto e diversas outras dificuldades. As pessoas em situação de rua estão frequentemente vulneráveis às adversidades da vida.

A partir de tal constatação, é necessário analisar como o Estado vem se posicionando diante dessa triste realidade social, o que vem fazendo, quais as políticas públicas que vem sendo empreendidas por ele. Impende também pesquisar de quem é a responsabilidade pela inobservância do direito fundamental à moradia dessa parcela da população e pelas inúmeras violações de direitos dela decorrentes.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 O direito à moradia na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 inaugurou um novo ciclo jurídico-constitucional no Brasil. Com o advento de tal Constituição, ocorreram mudanças importantes e de grande significado na seara do Direito, trazendo consigo modificações não apenas no campo constitucional, mas em todo o ordenamento jurídico brasileiro, visto que a Constituição é a Lei Maior, ou seja, possui as normas de maior relevância do ordenamento, servindo de base para toda a legislação infraconstitucional, pois seus efeitos irradiam por ele todo, em decorrência da sua força normativa.

O professor George Marmelstein afirma que:

> Como se sabe, toda Constituição é fruto de uma ruptura com o passado e de um compromisso com o futuro. Ela rompe com o passado, revogando a ordem jurídica anterior, e faz surgir em seu lugar outro sistema normativo, calcado nos novos valores que inspiraram o processo constituinte. A Constituição Federal de 88 bem demonstra isso. Nossa Constituição pretendeu sepultar o cadáver autoritário da ditadura militar e representou, para os brasileiros, a certidão de nascimento de uma democracia tardia, mas sempre aguardada.[8]

A nova Constituição trouxe consigo uma inovação no seu conteúdo normativo, assumindo uma postura diferenciada das anteriores, no que diz respeito a uma maior ênfase aos direitos fundamentais. Juntamente à sua entrada em vigor, veio também um espírito de transformação, principalmente no âmbito social. Ditou como um valor básico e imprescindível em todo o ordenamento jurídico a dignidade da pessoa humana, devendo, assim, legitimar toda a legislação nacional a partir da sua acepção jurídica. Portanto, a República Federativa do Brasil possui a dignidade da pessoa humana prevista como fundamento da Carta Magna, em seu artigo 1º, III, CF, ora transcrito:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa

humana;

Os Direitos Fundamentais, antes situados nos últimos títulos das Constituições passadas, ganharam um lugar privilegiado no texto constitucional, sendo, então, encontrados logo no início, no Título II, que trata Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Tal fato não passa despercebido, pois não foi uma mera organização de texto, mas sim um reconhecimento da relevância que os Direitos Fundamentais trazem em seu conteúdo, pois são valores que merecem uma proteção jurídica especial em decorrência do que eles significam para que os indivíduos possuam uma vida digna, à vista disso são reconhecidos formalmente pelo Poder Constituinte, ou seja, o povo.

Conforme o exposto por Daniel Sarmento quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, este exprime "a primazia da pessoa humana sobre o Estado. A consagração do princípio importa no reconhecimento de que a pessoa é o fim, e o Estado não mais do que um meio para a garantia e promoção de seus direitos fundamentais". A dignidade deve conferir sentido e valor a toda ordem estatal, limitando o Estado em suas ações para que este não cometa abusos e nem lesões contra os direitos dos indivíduos.

Tais direitos são dotados de tamanho prestígio que foram considerados como cláusulas pétreas, ou seja, não podem ser abolidos nem mesmo por meio de emendas constitucionais, conforme o art. 60, § 4º, inc. IV, da Constituição Federal de 1988. Em relação a tal novidade trazida pela nova Constituição, o ilustríssimo Paulo Bonavides afirma que "os direitos e garantias individuais recebem ali uma proteção suprema, vedando-se ao poder constituinte derivado a introdução de emenda que tenda a suprimi-los''. Também possuem força normativa capaz até mesmo de influenciar na interpretação das normas jurídicas, uma consequência de sua dimensão objetiva.[9] Quanto à interpretação dos direitos fundamentais, o respeitável Paulo Bonavides diz que:

> [...] vincula-se, de necessidade, a uma teoria dos direitos fundamentais; esta, por sua vez, a uma teoria da Constituição, e ambas – a teoria dos direitos fundamentais e a teoria da Constituição – a uma indeclinável concepção do Estado, da Constituição e da cidadania, consubstanciando uma ideologia, sem a qual aquelas doutrinas, em seu sentido político, jurídico e social mais profundo, ficariam de todo ininteligíveis. De tal concepção brota a contextura teórica que faz a legitimidade da Constituição e dos direitos fundamentais, traduzida numa tábua de valores, os valores da ordem democrática do Estado de Direito onde jaz a eficácia das regras constitucionais e repousa a estabilidade de princípios do ordenamento jurídico, regido por uma teoria material da Constituição.[10]

Os Direitos Fundamentais se encontram expressamente entre os artigos 5º e 17/CF88, porém, seu rol não é taxativo, conforme o exposto no §2º do art. 5º CF/88, ora transcrito: "§2º 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.''. Isso significa dizer que existem Direitos Fundamentais implícitos, isto é, podem ser encontrados fora da Constituição e até mesmo em tratados internacionais nos quais o Brasil faça parte, visto que a sociedade está em constante evolução e o Direito tem de acompanhar tal desenvolvimento social para que não fique atrasado em relação àquela.

A Constituição passou a proteger não somente os direitos individuais liberais, mas também os direitos econômicos, sociais e culturais. Destaca-se o Direito à Moradia como nosso objeto de estudo no presente trabalho.

A moradia, embora somente considerada como direito social pela Emenda Constitucional nº 26/2000, é um direito fundamental de todo e qualquer cidadão brasileiro, previsto no art. 6º/CF88, ora transcrito: "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, **a moradia**, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição". Porém, infelizmente nem sempre o que está na lei é constatado na prática. É sabido da situação de inúmeras pessoas que não possuem nem mesmo um teto para morar, vivendo, literalmente, ao relento, enfrentando diariamente diversas adversidades, tais como o frio, a fome, a insegurança e sem um lugar sossegado para dormir. Já se tornou comum em diversos pontos de cidades brasileiras encontrar pessoas morando na rua e encontram ali, naquele pedaço de chão tão incerto, o único lugar o qual podem chamar de "casa".

A moradia é um direito constitucional, sendo, portanto, um dever do Estado de garantir, proteger e promover tal direito. A moradia adequada foi reconhecida como um Direito Humano, em 1948, pela Declaração Universal de Direitos Humanos, tornando-se, assim, aplicável em toda parte do mundo e essencial na vida de qualquer ser humano. Então, é quase inevitável se questionar a respeito desses extremos, pois, já que as pessoas têm direito a uma moradia, sendo este direito uma função social do Estado, torna-se complicado compreender como que este não cumpre o seu dever estatal de promoção de moradia a todas as pessoas.

2.2 O direito à moradia e as pessoas em situação de rua

O Decreto nº 7053 de 2009 institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e determina os princípios, diretrizes e objetivos para o atendimento a tal população. O parágrafo único do seu art. 1º vem trazendo o conceito de população de rua, ora transcrito:

> Parágrafo único: Para fins deste Decreto, considera-se população em situação de rua o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória.

Depreende-se, pois, que integra o grupo denominado população de rua toda pessoa que vive em situação de vulnerabilidade, no qual a rua é sua moradia, necessitando dos serviços mais básicos que devem ser fornecidos pelo Estado a todos os cidadãos, tal como uma casa.

O art. 5º do Decreto supracitado aborda os princípios da

Política Nacional para a População em Situação de Rua, como se vê a seguir:

> Art. 5º São princípios da Política Nacional para a População em Situação de Rua, além da igualdade e equidade:
>
> I - **respeito à dignidade da pessoa humana**;
>
> II - **direito à convivência familiar e comunitária**;
>
> III - valorização e respeito à vida e à cidadania;
>
> IV - atendimento humanizado e universalizado; e
>
> V - respeito às condições sociais e diferenças de origem, raça, idade, nacionalidade, gênero, orientação sexual e religiosa, com atenção especial às pessoas com deficiência.

Tais princípios se relacionam diretamente com os direitos fundamentais, tendo presente a dignidade da pessoa humana, que é o valor básico da sociedade, na qual prioriza a vida digna dos cidadãos. Trazem, também, a convivência familiar e comunitária como um princípio da Política Nacional para a População em Situação de Rua, que, no caso desta população, merece destaque, pois a família, muitas vezes, é o alicerce de uma pessoa, um instituto protegido pela Constituição, e aqueles, em virtude das circunstâncias nas quais vivem, não possuem condições para a formação de uma família constituída com dignidade.

Já os objetivos de tal política vêm elencados no art. 7º do Decreto nº7059:

> Art. 7º São objetivos da Política Nacional para a População em Situação de Rua:
>
> I - **assegurar o acesso amplo, simplificado e seguro aos serviços e programas que integram as políticas públicas de saúde, educação, previdência, assistência social, moradia, segurança, cultura, esporte, lazer, trabalho e renda**;
>
> II - garantir a formação e capacitação permanente de profissionais e gestores para atuação no desenvolvimento de políticas públicas intersetoriais, transversais e intergovernamentais direcionadas às pessoas em situação de rua;
>
> III - instituir a contagem oficial da população em situação de rua;
>
> IV - produzir, sistematizar e disseminar dados e indicadores sociais, econômicos e culturais sobre a rede existente de cobertura de serviços públicos à população em situação de rua;
>
> V - **desenvolver ações educativas permanentes que contribuam para a formação de cultura de respeito, ética e solidariedade entre a população em situação de rua e os demais grupos sociais, de modo a resguardar a observância aos direitos humanos**;
>
> VI - incentivar a pesquisa, produção e divulgação de conhecimentos sobre a população em situação de rua, contemplando a diversidade humana em toda a sua amplitude étnico-racial, sexual, de gênero e geracional, nas diversas áreas do conhecimento;
>
> VII - **implantar centros de defesa dos direitos humanos para a população em situação de rua**;
>
> VIII - incentivar a criação, divulgação e disponibilização de canais de comunicação para o recebimento de denúncias de violência contra a população em situação de rua, bem como de sugestões para o aperfeiçoamento e melhoria das políticas públicas voltadas para este segmento;
>
> IX - proporcionar o acesso das pessoas em situação de rua aos benefícios previdenciários e assistenciais e aos programas de transferência de renda, na forma da legislação específica;
>
> X - criar meios de articulação entre o Sistema Único de Assistência Social e o Sistema Único de Saúde para qualificar a oferta de serviços;
>
> XI - **adotar padrão básico de qualidade, segurança e conforto na estruturação e reestruturação dos serviços de acolhimento temporários, de acordo com o disposto no art. 8º**;
>
> XII - implementar centros de referência especializados para atendimento da população em situação de rua, no âmbito da proteção social especial do Sistema Único de Assistência Social;
>
> XIII - implementar ações de segurança alimentar e nutricional suficientes para proporcionar acesso permanente à alimentação pela população em situação de rua à alimentação, com qualidade; e
>
> XIV - disponibilizar programas de qualificação profissional para as pessoas em situação de rua, com o objetivo de propiciar o seu acesso ao mercado de trabalho.

Os objetivos trazidos por tal Política visam a proporcionar uma vida menos miserável para essas pessoas, amenizando, assim, a triste condição na qual elas vivem. É necessário que se tenha um verdadeiro e sincero compromisso em assegurar os direitos mais básicos para que, desta forma, tais pessoas desfrutem realmente destes direitos dos quais são titulares. A implementação de centros de direitos humanos, assim como o desenvolvimento de ações educativas, são imprescindíveis para se efetivar tais objetivos elencados no artigo supracitado, pois asseguram os direitos que essas pessoas possuem, como qualquer outro cidadão.

As pessoas em situação de rua vivem uma triste realidade, convivendo diariamente em condições miseráveis e ficam a mercê de trabalhos incertos, tais como os chamados bicos, assim como à bondade das atitudes de voluntários, de organizações não-governamentais e, principalmente, da atividade do poder estatal. Existem abrigos que acolhem essas pessoas, oferecendo uma boa alimentação, um local confortável para dormir e para realizar suas necessidades e higiene. Os alimentos muitas vezes são doados ou adquiridos por meio do dinheiro que conseguem com esmolas.

3 METODOLOGIA

O presente artigo tem por escopo ressaltar a realidade vivida por pessoas em situação de rua e destacar o papel estatal na efetivação do direito à moradia.

Para a realização do presente estudo, foi utilizada a pesquisa do tipo bibliográfica, sendo feita em livros, artigos, documentos em meio eletrônico assim como documental.

4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

O número de pessoas em situação de necessidade, sem moradia e sem emprego, cresce cada vez mais. A sociedade está sempre em constante evolução, mas algumas realidades permanecem no campo da inércia, dependentes do poder estatal, que se mantém ausente perante tais circunstâncias, poder este concentrado nas mãos de uma minoria que não toma atitudes para atender aos direitos sociais mínimos.

A ausência de moradia é uma violação de direitos fundamentais que sofre essa parcela da população, pois, se há na Constituição Federal expressamente a existência de tal direito, todos os indivíduos são detentores e seu não cumprimento configura um desrespeito tanto para o texto legal, quanto para a população.

A sociedade, em geral, sofre com a inércia do Estado, pois a garantia, a promoção e a proteção dos direitos fundamentais são do interesse de todos. Quando o direito de algum indivíduo é maculado, fere não somente este, mas todos aqueles possuem interesse no seu cumprimento. Tal inobservância de direitos traz uma insegurança jurídica na ordem social, pois o Estado deixa de cumprir com o papel que lhe é inerente, gerando, portanto, uma desconfiança e descrença quanto à plena satisfação dos direitos fundamentais.

5 CONCLUSÃO

Apesar de tantas proteções jurídicas previstas em toda legislação nacional, é visível a ausência do poder estatal e a carência do real comprometimento deste com as pessoas em situação de rua, que ficam em uma constante espera de uma atitude eficaz do poder público que continua a se manter distante de alcançar o verdadeiro objetivo contido no texto da lei e das políticas públicas. Há um vazio na ação do Estado, certo absentismo na elaboração de mecanismos de concretização do direito à moradia, bem como em propostas de solução para a problemática de efetivação de tal direito.

O engajamento do poder estatal para resolver a inoperância do direito à moradia é imprescindível e fundamental para se obter uma mudança na situação atual de nosso país, assim como realizar o que está contido na Constituição, retirando, desse modo, a descrença existente em volta do cumprimento dos direitos fundamentais, que de tanto serem abordados em situações irrelevantes, são considerados por muitas pessoas como mera falácia.

Não há uma plena efetivação das políticas públicas já instaladas nem a promoção de outras novas. A garantia e a proteção do direito à moradia sofrem com o não comprometimento do Estado na sua realização e concretização, caracterizando, assim, uma falta grave na execução do texto legal e, mais ainda, da Lei Maior.

É necessário que se faça nascer um verdadeiro compromisso estatal no qual se efetive materialmente os direitos conquistados no papel, tornando-os concretos na vida de seus titulares, em que a dignidade da pessoa humana esteja presente em todos os setores sociais, juntamente a propositura de um estudo sistemático mais aprofundado sobre a população de rua, bem como o estabelecimento de políticas públicas que tenham por escopo a mudança dessa realidade social que aflige nosso país.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Cecília Pinheiro. Dignidade da pessoa humana no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12452&revista_caderno=12>. Acesso em: 28 mar. 2014.

BEZERRA, Eneida Maria Ramos; ROSA, Cleisa Moreno Maffei; VIEIRA, Maria Antonieta da Costa. **População de rua:** quem é, como vive, como é vista. 2 ed. São Paulo: HUCITEC, 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

CIRNE, João Rober Melo. Direito à moradia. **Lume**. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/35825/000816611.pdf?...1>. Acesso em: 01 abr. 2014.

GAZOLA, Patrícia Marques. Concretização do direito à moradia digna: teoria e prática. **Google**. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=XN91jSV8fVEC&oi=fnd&pg=PP2&dq=direito+%C3%A0+moradia&ots=Mo9eLybGiE&sig=G-12tcsK9ceZubxX_Mfm-iHKXX8#v=onepage&q=direito%20%C3%A0%20moradia&f=false>. Acesso em: 28 mar. 2014.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MELO, Everton. Estimativa de Moradores de Rua no Brasil. **Moradores de rua**. Disponível em: <http://moradoresderua.org.br/portal/estimativa-de-moradores-de-rua-no-brasil/>. Acesso em: 31 mar. 2014.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. Direito Fundamental à Moradia. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=obras_visualiza&id_o=292>. Acesso em: 28 mar. 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais:** Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

Sumário Executivo: Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua. **MDS**. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/backup/arquivos/sumario_executivo_pop_rua.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2014.

VALENCIO, Norma Felicidade Lopes da Silva; PAVAN, Beatriz Janine Cardoso; SIENA, Mariana; MARCHEZINI, Victor. **CCHLA**. Disponível em: <http://www.cchla.ufpb.br/rbse/NormaArt.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2014.

WOLF, Guilherme Eidelwein. A regularização fundiária urbana no Brasil e seus instrumentos de alcance. Âmbito

Jurídico. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/22699/a-regularizacao-fundiaria-urbana-no-brasil-e-seus-instrumentos-de-alcance>. Acesso em: 28 mar. 2014.

(Endnotes)

1 MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.17.

2 BARBOSA, Cecília Pinheiro. Dignidade da pessoa humana no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente. Âmbito Jurídico. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12452&revista_caderno=12>.

3 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

4 .BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 231.

5 BARBOSA, Cecília Pinheiro. Dignidade da pessoa humana no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente. Âmbito Jurídico. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12452&revista_caderno=12>.

6 MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 24.

7 CIRNE, João Rober Melo. Direito à moradia. **Lume**. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/35825/000816611.pdf?...1>.

8 MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 61, 62.

9 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais diz respeito à força axiológica que deles decorrem, ou seja, possuem tanta importância, que todas as normas do ordenamento jurídico devem ser interpretadas a partir de tal força, pois tais direitos têm o poder de legitimar toda a legislação.

10 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

AS LACUNAS DO DIREITO

*Ingrid Collyer Rodrigues, autora[41]**
*Anna Luíza Matos Coêlho, professora orientadora[42]***

Sumário: Resumo. 1 Introdução. 2 É possível a existência de lacunas no Direito? 2.1 Mas, afinal, o que é uma lacuna? 2.2 A questão da existência de lacunas. 2.2.1 Correntes e pensadores que negam a existência de lacunas. 2.2.2 Correntes e pensadores que afirmam a existência de lacunas. 2.3 Lacuna da lei ou lacuna do Direito? 3 Formas de integração do Direito. 3.1 Previsão do artigo IV da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. 3.1.1 Analogia 3.1.2 Costumes. 3.1.3 Princípios gerais do Direito. 4 Equidade. 5 Metodologia de pesquisa. 6 Análise de resultados. 7 Considerações finais. Referências.

RESUMO

O presente artigo trata do tema das lacunas no Direito. No texto, serão abordados os posicionamentos a favor e os posicionamentos contrários a respeito da existência desses vazios do Direito. Ademais, serão analisados onde se encontram essas lacunas, pois há doutrinadores que acreditam serem elas uma problemática inerente ao Direito, e outros pensam ser da própria lei. Trata-se de um estudo teórico-documental. Por fim, será visto como a legislação brasileira lida com esse problema e a forma que o Poder Legislativo escolheu para suplementar esses vazios. Desse modo, conclui-se que o Poder Legislativo resolveu tal questão conferindo ao magistrado o dever de fazer justiça no caso concreto, devendo sempre julgar uma situação, ou seja, não podendo abster-se de julgar, alegando espaços não preenchidos pela lei, devendo recorrer, em caso de existência de lacunas, segundo o artigo IV da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, à utilização de recursos, como a analogia, os costumes, os princípios gerais do Direito e a equidade.

Palavras-chave: Lacunas. Preenchimento. Formas. Integração.

41 Ingrid Collyer Rodrigues é graduando em DIREITO no Centro Universitário Christus ingrid.collyer@hotmail.com

42 Possui Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC, especialização em Direito Privado pela Universidade de Mogi das Cruzes - UMC, e especialização em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Ceará - UFC. É professora de graduação e pós-graduação em Direito em Fortaleza - CE. Conselheira consultiva da Fundação Paulo Bonavides e membro da comissão editorial da Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Diretora executiva do Instituto Pensar Direito - IPD. Advogada.

1 INTRODUÇÃO

A existência de lacunas no Direito não é algo incomum. Tal circunstância decorre do episódio de que o Direito é produto dos fatos sociais e aquele não acompanha, necessariamente, todos estes. Dessa forma, é frequente encontrar-se situações em que a norma jurídica não foi prescrita, não regulando, portanto, a resolução de conflitos. Desse modo, diante da omissão do legislador, como deve o magistrado agir para dar à sociedade uma resposta jurídica a um caso concreto não contemplado pela norma de direito?

De acordo com o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Outrossim, o art. 126 do Código de Processo Civil (CPC), também, trata desse tema, apresentando, em seu texto, que o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Desse modo, como é possível ver, o próprio legislador entendeu ser impossível, de sua parte, prever todas as circunstâncias que poderão ocorrer nos casos concretos, admitindo, assim, a existência de lacunas. Esse fato consagra, por meio dos artigos citados acima, o princípio da proibição do *non liquet*[1], ou seja, da impossibilidade do magistrado se negar a dar uma resposta jurídica aos cidadãos quando se deparar com questões cujas soluções não estão expressas explicitamente na lei.

2 É POSSÍVEL A EXISTÊNCIA DE LACUNAS NO DIREITO?

Como dito anteriormente, o juiz não deve se esquivar de julgar alegando obscuridade ou omissão da lei. Nesse sentido, tem o magistrado o dever jurídico de analisar o conflito e sentenciar.

Ver-se-á a seguir como se posicionam os doutrinadores a respeito desse tema e os seus principais argumentos.

2.1 Mas, afinal, o que é uma lacuna?

A palavra "lacuna" pode ser utilizada em diferentes âmbitos. Esse termo, no geral, significa um espaço não preenchido, ou seja, um vazio.

Segundo Dermival Ribeiro Rios[2], "1. lacuna é um espaço vazio, um pequeno vão. 2. falha, omissão. 3. Pequena abertura ou cavidade".

Em contrapartida, em uma perspectiva filosófica, lacuna é a ocultação de algo que não pode ser explicitado, ou seja, é o que a ideologia não diz.

Por fim, Deocleciano Guimarães[3], em seu dicionário jurídico, afirma ser "falta de disposição legal aplicável ao caso concreto. Quando isso se der, deve-se recorrer ao costume, aos princípios de direito, à analogia e à equidade".

Mergulhando mais profundamente nesse último significado, a doutrina nunca alcançou um consenso sobre o significado de lacuna.

Segundo Maria Helena Diniz[4], as lacunas são "faltas ou falhas de conteúdos de regulamentação jurídico-positiva para determinadas situações fáticas, que admitem sua remoção por uma decisão judicial jurídico-integradora".

Ademais, por sua vez, José Domingos[5], promotor de justiça de São Paulo, entende por lacuna "a inexistência, no ordenamento jurídico, de uma norma para regular o caso concreto. Em outras palavras, a existência de um caso concreto que não

encontrasse, no sistema jurídico, uma solução".

Lacuna, portanto, é o reflexo da evolução da sociedade, a qual avança, não tendo, muitas vezes, o devido acompanhamento do Direito, que, por sua vez, não é capaz de emitir soluções expressas para todos os casos concretos que repercutem na esfera jurídica e que almejam uma resposta do Poder Judiciário. Desse modo, diante desse vazio da lei, faz-se necessário o uso de outros meios para complementá-la.

2.2 A questão da existência de lacunas

Analisando historicamente o tema deste artigo, constata-se que nunca existiu, de fato, um consenso sobre a real existência das lacunas na lei. Com efeito, algumas teorias negadoras da existência das lacunas, como a Escola da Exegese e o positivismo jurídico, ganharam grande adesão no passado e, atualmente, ainda possuem uma corrente conservadora que negam sua existência.

Em contrapartida, atualmente, muitos são os argumentos que aceitam a teoria das lacunas do Direito. Diversos doutrinadores, diante da dinamicidade das relações sociais, consideram a necessidade de admitir a questão das lacunas da lei para que haja o cumprimento efetivo da função social do direito. Com efeito, no decreto-Lei nº 4.657/1942 , como já citado anteriormente, o magistrado está obrigado, segundo o art. 4º e o art. 126 do Código de Processo Civil, a atuar mesmo diante de uma situação lacunosa da lei.

2.2.1 Correntes e pensadores que negam a existência das lacunas.

Apesar de não ser a doutrina majoritária, existem correntes que negam a existência de lacunas no Direito, defendendo a tese de que o ordenamento jurídico por si só é pleno, não havendo a necessidade de ser completado.

Nesse contexto, a Escola da Exegese[6], por exemplo, à luz da obra Hermenêutica e Aplicação do Direito de Carlos Maximiliano, adotava um método formalístico, no qual havia um grande apego a letra da lei, impedindo a atividade de interpretação do magistrado, tendo este como única função a de extrair a norma posta, de caráter imutável, e aplicá-la ao caso concreto. Essa escola acreditava ser o direito isento de lacunas, e o jurista um órgão cujo dever era refletir o pensamento do legislador, contrariando a dinamicidade da vida social.

Outra corrente negadora, que afirma a completude como propriedade do ordenamento jurídico, no sentido de afirmar que este não possui nenhuma lacuna, é o positivismo jurídico[7]. Tal corrente defende a aplicação do Direito tal qual como está descrito no texto, sem a permissão do posicionamento do juiz diante do caso analisado por ele.

Segundo Maria Helena Diniz[8]:

> Karl Bergohm, Brinz e Santi Romano defenderam a tese da inexistência das "lacunas" no ordenamento jurídico porque, onde ele faltar, falta o próprio direito. As esferas de atividades dos homens estão divididas em duas partes: aquelas submetidas às normas e aquelas livres. Mas não há uma lacuna possível.

Na verdade, segundo Maria Helena Diniz, esses autores quiseram dizer que existem ações humanas que estão regulamentadas, e outras que não estão. Nesse primeiro caso, há de se falar em um espaço juridicamente pleno e, no segundo, um espaço vazio de direito. Sendo qualquer ação parte ou do espaço juridicamente pleno ou, quando não, do espaço vazio, não havendo, portanto, lacunas, mas, sim, limites do ordenamento.

Maria Helena[9], Ernst Zitelmann e Donati, também, negam a existência das "lacunas" no direito, pelo fato do:

> Ordenamento jurídico, considerado em sua necessária organicidade, teria sempre a amplitude suficiente para abarcar qualquer situação. O direito nunca falta. Toda atividade humana está disciplinada em normas jurídicas porque aquilo que não incide na norma particular recai numa norma geral exclusiva que permite o comportamento.

Por fim, vale ressaltar que Kelsen[10], também, compartilhou desse mesmo entendimento, afirmando que,_"uma conduta que não é juridicamente proibida é – neste sentido negativo – juridicamente permitida". Ou seja, se não existe uma norma que não proíba determinada conduta, essa é admitida.

2.2.2 Correntes e pensadores que afirmam a existência de lacunas

As lacunas no Direito são aceitas por inúmeros doutrinadores. Com o fito de acompanhar a evolução e a dinamicidade das relações sociais, os juízes se veem necessitados de outros meios que os ajudem a solucionar hipóteses que não estão previstas no sistema normativo, ou que não atendem às especificidades do caso concreto, sendo a principal função do juiz a solução do caso concreto, estando ele positivado ou não no ordenamento jurídico.

Segundo Maria Helena Diniz[11]:

> As normas não podem contemplar todos os problemas da vida. A multiplicidade dos casos e das circunstâncias que os cercam ultrapassa a capacidade de previsão do elaborador das normas, fazendo com que o conflito, que deve ser resolvido, não encontre o seus *status* deôntico delineado em nenhum sistema normativo.

Desse modo, é possível concluir que, segundo essa doutrina, as falhas da lei são inerentes à legislação, ou seja, já nascem com ela, devido ao fato da impossibilidade de o legislador criar normas aptas a regular toda a grande variedade de condutas dos seres humanos.

2.3 Lacuna da lei ou lacuna do Direito?

Uma dúvida bastante frequente sobre o assunto tema desse artigo é questão de não se saber se as lacunas são imanentes ao Direito ou à própria lei. Por isso, é de fundamental importância que se saiba a diferença entre lei e Direito.

De acordo com Miguel Reale[12], o Direito é uma condição essencial para que se haja uma convivência ordenada, não sendo possível a subsistência de uma sociedade sem o mínimo de ordem. A lei, no entanto, é um comando elaborado pelo Poder Legislativo com o fim de regular a conduta da sociedade.

Segundo Maria Helena Diniz[13], "A lacuna é captada em primeiro lugar como problema de lacuna da lei".

Seguindo o pensamento da autora supramencionada, há uma diferenciação entre direito e lei e, por isso, não é possível igualar as expressões "lacuna da lei" à "lacuna do Direito". É fato que o Direito extrapola o significado de lei e, em decorrência disso, faz-se necessária a diferenciação desses dois termos.

Desse modo, o que existe, na realidade, são lacunas na lei. É fato que o Poder Legislativo procura regulamentar ações que merecem esse ato. Todavia, com a evolução da sociedade, novas condutas surgem, havendo a necessidade de uma resposta jurídica que estabeleça a justiça entre as partes, ao passo que a lei não acompanha esse progresso com a mesma agilidade. Dessa forma, no momento em que essas novas ações ilícitas chegam ao Poder Judiciário e que este não encontra no texto jurídico uma resposta ao caso concreto, o magistrado, por meio do art. 4º da LINDB, tem o dever de preencher qualquer vazio apresentado pela lei, utilizando a analogia, os costumes, os princípios gerais do direito. Desse modo, averígua-se a completude que há no direito, por meio do magistrado, sendo capaz de suprir as lacunas existentes na lei, oferecendo uma solução para qualquer caso concreto.

De acordo com Magno Gomes e Frederico Freitas[14], "é feita uma distinção entre o ordenamento jurídico e o legislativo, sendo que aquele não possui lacunas, até porque corrige as imperfeições deste que, por sua vez, possui omissões que são supridas pelo do primeiro".

Entretanto, esse entendimento está longe de ser um consenso, havendo autores que não comungam dessa opinião. Nesse ínterim, existem correntes que admitem a presença de lacunas no Direito, outras que admitem a presença de lacunas somente na lei e outras que não admitem as lacunas no Direito.

3 FORMAS DE INTEGRAÇÃO DO DIREITO

Reconhecendo a problemática da existência de lacunas na lei, faz-se necessária a utilização de meios alternativos capazes de preencher tais vazios, a fim de que se possa atender às necessidades jurídicas dos cidadãos desamparados pela lei expressa.

Nesse sentido, sabe-se que os meios de preenchimento do Direito estão previstos na própria lei, no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e no art. 126 do Código de Processo Civil, como se verá adiante.

3.1 Previsão do artigo IV da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

De acordo com o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". Diante disso, o magistrado se encontra obrigado a julgar o caso concreto, integrando, em qualquer hipótese, o vazio da lei, devendo utilizar determinados meios supletivos.

Segundo Maria Helena Diniz[15]:

> A auto-integração é o método pelo qual o ordenamento se completa, recorrendo à fonte dominante do direito: a lei. O procedimento típico é a analogia. A heterointegração é a técnica pela qual a ordem jurídica se completa, lançando mão de fontes diversas da norma jurídica em geral, p. ex.: o costume e a equidade.

Há, também, uma inclinação da autora em considerar os princípios gerais de direito como instrumentos heterointegrativos.

Acrescidos aos meios citados no art. 4º da LINDB, a lei, também, prevê, como meio de integração das lacunas, a equidade, que será abordado posteriormente.

3.1.1 Analogia

Ao dispor sobre as formas de integração do Direito, o legislador estabeleceu que essa deve ser iniciada por meio da analogia nos moldes do art. 4º da LINDB.

A palavra analogia deriva do termo grego "analogía", que significa "proporção". De acordo com Dermival Ribeiro Rios, essa palavra possui diversos significados, como, semelhança e ponto de semelhança entre coisas diferentes.

No âmbito do Direito, a analogia é um processo de integração de normas que é aplicado, primordialmente, a fim de preencher as lacunas da lei. Esse procedimento consiste na aplicação de uma norma jurídica expressa a um caso concreto semelhante não regulado diretamente pelo ordenamento jurídico.

A analogia se concretiza quando um juiz ao se deparar com um evento não abordado de modo direto pela lei realiza uma investigação, buscando uma norma parecida com a do caso em questão, na qual ele possa estender ao caso concreto a mesma consequência daquele tipo legal.

Salienta Maria Helena Diniz[16] que: "premissa maior: Se é S, deve ser C; premissa menor: H não é S, porém é semelhante a S; Conclusão: Para H deve ser C." Em sua explicação a autora destaca que para averiguar a existência de semelhanças entre o ato legal e o fato não contemplado, há a necessidade do juízo avaliativo dos elementos importantes de ambos, e, quando constatados, pode-se aplicar a disposição legal ao não previsto.

O processo de suplementação das lacunas por meio da analogia é algo bastante comum de se encontrar, por exemplo: "As alegações de ofensa ao art. 535 do CPC não devem ser realizadas de forma genérica, ou seja, sem apontar com exatidão o dispositivo que padeceria de vício e a sua relação com o deslinde da controvérsia. Aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF".

3.1.2 Costumes

O costume é uma das fontes jurídicas mais antigas e que até os dias atuais tem sua importância, podendo, em muitos casos, substituir, até mesmo, a própria lei.

Nesse ínterim, de acordo com o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o costume é uma prática, utilizada de forma secundária, para suplementar a lei nos casos omissos, preenchendo suas lacunas, quando o processo analógico não for suficiente. Para explicar esse fato, Magno Gomes e Frederico Freitas citam Maria Helena Diniz[17] quando ela fala: "o recurso ao costume só tem cabimento quando se esgotarem todas as potencialidades legais, o que revela a presença, em nosso ordenamento, de uma ideologia liberal, traduzindo o propósito de garantir a segurança jurídica e o culto à lei".

Além disso, é importante frisar que o costume é constituído

por dois elementos[18]: o objetivo, que é a prática reiterada, e o subjetivo, que é a convicção de obrigatoriedade da norma. Sendo esses elementos a essência do costume.

Outrossim, existem três espécies de costume jurídico, a saber,[19] *secundum legem, praeter legem* e *contra legem*.

O *secundum legem* é aquele que está previsto na lei, que é segundo a lei, reconhecendo o valor e a obrigatoriedade da norma. Nesses casos, o costume é admitido, sendo contemplado pelo próprio ordenamento jurídico, por exemplo, como consta no art. 596 do Código Civil que diz: "Não se tendo estipulado, nem chegando a acordo as partes, fixar-se-á por arbitramento e retribuição, segundo o costume do lugar, o tempo de serviço e sua qualidade".

O *contra legem,* no entanto, é aquele que não reconhece a lei como obrigatória, sendo sua prática contrária a ela, resultando no desuso da lei. Outrossim, o *contra legem* é a existência de um costume contrário a lei escrita, que despreza a norma expressa e a torna letra morta.

E, por fim, o *praeter legem,* segundo Diniz, é "quando se reveste de caráter supletivo, suprindo a lei nos casos omissos, preenchendo lacunas". Este último, *praeter legem* é, segundo a autora, o costume que completa o ordenamento jurídico em caso de vazio da lei e de sua não suplementação, em primeiro lugar, pela analogia. Um exemplo de costume *praeter legem* é o cheque pré-datado, que é ordem de pagamento à vista, mas devido à omissão do legislador e segundo o costume da sociedade, admite-se o cheque como promessa de pagamento a prazo.

3.1.3 Princípios Gerais do Direito

Os princípios gerais de direito, também, são fontes subsidiárias de preenchimento de lacunas. Eles[20] são mandamentos basilares do sistema jurídico, muitas vezes, implícitos nas normas de direito, que norteiam à compreensão do ordenamento, a sua feitura pelo legislador, a sua aplicação pelos juízes.

Nesse contexto, segundo Maria Helena Diniz, "os princípios não tem existência própria, estão ínsitos no sistema, mas é o juiz que, ao descobri-los, lhes dá força e vida". Ademais, esses princípios devem sempre estar de acordo com o próprio ordenamento jurídico e apresentar uma solução justa para resolver o caso duvidoso, dando, assim, apoio ao Direito.

Alguns desses princípios têm uma importância tão grande que o legislador lhes confere força de lei, como os princípios da irretroatividade da lei e o da isonomia.

Muitos são os exemplos de princípios gerais de direito: do contraditório, da ampla defesa, o que afirma que todos são inocentes até prova em contrário, dentre outros.

4 EQUIDADE

No ordenamento jurídico brasileiro, são encontradas tanto regras específicas quanto normas gerais e abstratas. Nesse primeiro caso, geralmente, não há a necessidade de adaptação da norma ao caso concreto, pois a conduta descrita pelo texto normativo está plenamente de acordo com o evento analisado pelo juiz. Entretanto, no segundo caso, a fim de que o Direito seja justo, torna-se indispensável a atividade do magistrado, adaptando as normas gerais ao caso concreto e as suas individualidades. Essa prática é chamada de equidade.

De acordo com Icílio Vanni[21], a equidade "não é mais do que um modo particular de aplicar a norma jurídica aos casos concretos; um critério de aplicação, pelo qual se leva em conta o que há de particular em cada relação".

Simplificando, a equidade é a aplicação do direito ao caso concreto, na qual o juiz é responsável por adaptar a norma jurídica genérica e abstrata às condições do caso. A equidade faz que a aplicação do Direito não seja rígida, seguindo criteriosamente o mandamento do texto legal, sendo ela um instrumento da justiça.

Para Paulo Nader[22], "a equidade é a justiça do caso particular". Afirma, com sabedoria, ser um critério que projeta as normas sobre os casos concretos, ou seja, a equidade ajusta o texto jurídico às realidades do caso em avaliação.

Ademais, no ordenamento jurídico brasileiro, pode-se encontrar, em vários textos, a permissão do uso da equidade, por exemplo, na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), no art. 8º; no Código de Processo Civil, art. 127 e no Direito Penal, nesse caso, a equidade só pode ser utilizada como atenuante da pena, como no art. 109 do Código Penal.

Em síntese, a equidade está presente implicitamente no art. 4º da LINDB e deve ser o último mecanismo de integração das lacunas. É por meio da equidade que o juiz vai aplicar o direito ao caso concreto, resolvendo o conflito de maneira justa, tendo como base o ordenamento jurídico.

5 METODOLOGIA DE PESQUISA

Realizou-se uma pesquisa bibliográfica baseada, principalmente, na leitura da obra "As Lacunas no Direito" de Maria Helena Diniz. Ademais, foram feitas pesquisas em artigos de revistas jurídicas e em sites que tratavam do tema abordado, dos quais foram compiladas as principais ideias que tratam da questão das lacunas, resultando no presente artigo. Trata-se de um estudo teórico-documental.

6 ANÁLISE DOS RESULTADOS

Analisando o presente artigo, pode-se entender a dimensão da importância do assunto tratado. Vê-se que o tema proposto é algo que existe na sociedade brasileira e que não é raro de ser encontrado, havendo, assim, a necessidade da aplicação de meios que possam suplementar as falhas das leis, estando, dessa forma, o Direito sempre apto a dar soluções aos conflitos que lhe são postos para apreciação.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Lacunas do Direito são vazios apresentados no ordenamento jurídico devido à ausência de legislação que não é capaz de regular todos os casos concretos. Sendo o Direito produto dos fatos, e o avanço destes acontecerem em uma rapidez maior que a do Direito, o Poder Legislativo não é capaz, muitas vezes, de apresentar uma solução a todos os problemas que surgem posteriormente na sociedade.

A questão da existência das lacunas do Direito é um tema bastante discutido ainda nos dias de hoje. A doutrina majoritária acredita serem essas falhas um problema da lei e não do Direito.

Conclui-se, no entanto, que, apesar da existência da

problemática das lacunas, o legislador, com o fito de promover a justiça, dando uma resposta jurídica a todo aquele desamparado pela lei, obriga o magistrado a promover, em caso de lacunas, o preenchimento de tais espaços, por meio da utilização de métodos de suplementação desses vazios, como a analogia, os costumes, os princípios gerais e a equidade.

REFERÊNCIAS

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Magno Frederici; FREITAS, Frederico Oliveira. Os Dilemas das Lacunas no Direito. Revista Jurídica, São Paulo, v. 59, n. 400, p. 133–154, fev. 2011.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. Dicionário Compacto Jurídico. 9. ed. São Paulo . Rideel, 2006.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

MARINHO, José Domingos da Silva. As Chamadas "Lacunas" do Direito. Revista Justitia, São Paulo, p. 98-114, out/dez. 1987.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. ed. São Paulo: Revista Forense, 2006.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito.** 30. ed. Rio de Janeiro, 2008.

NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 36. ed. São Paulo: Forense, 2014.

(Endnotes)

1 BIGAL, Valmir**. A obrigatoriedade das decisões judiciais.** DireitoNet.. 03 ago. 2006. Disponível em: < http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2794/A-obrigatoriedade-das-decisoes-judiciais**>.** Acesso em: 23 mar. 2014.

2 RIOS, Dermival Ribeiro. **Minidicionário Escolar Língua Portuguesa**. ed. São Paulo: DCL, 2009. P. 316.

3 GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Compacto Jurídico**. 9ª. ed. **São Paulo .** Rideel, 2006. P. 127.

4 DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 70.

5 MARINHO, José Domingos da Silva. As Chamadas "Lacunas" do Direito. **Revista Justitia**, São Paulo, p. 98-114, out/dez. 1987. P. 103.

6 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. ed. São Paulo: Revista Forense, 2006. p. 15.

7 GOMES, Magno Frederici; FREITAS, Frederico Oliveira. Os Dilemas das Lacunas no Direito**. Revista Jurídica, São Paulo,** v. 59, n. 400, p. 133–154, fev. 2011. P. 137.

8 DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 32.

9 DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 34.

10 Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979. p. 71.

11 DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 79.

12 REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 02.

13 DINIZ, Maria Helena. **As Lacunas no Direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 03.

14 GOMES, Magno Frederici; FREITAS, Frederico Oliveira. Os Dilemas das Lacunas no Direito**. Revista Jurídica, São Paulo,** v. 59, n. 400, p. 133–154, fev. 2011.p. 149.

15 DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 8. ed, São Paulo, 2007. p.139.

16 DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 8. ed, São Paulo, 2007. p.143.

17 GOMES, Magno Frederici; FREITAS, Frederico Oliveira. Os Dilemas das Lacunas no Direito**. Revista Jurídica, São Paulo,** v. 59, n. 400, p. 133–154, fev. 2011.p.14.

18 DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 8. ed, São Paulo, 2007. p.198.

19 DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 8. ed, São Paulo, 2007. p.204.

20 AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. As lacunas da lei e as formas de aplicação do Direito. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 49, 1 fev. 2001. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/30>. Acesso em: 1 abr. 2014.

21 VANNI, Icílio. **Lições de Filosofia do Direito**. p. 43.

22 NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito.** 30. ed. Rio de Janeiro, 2008. p. 114.

A FUNDAÇÃO FRANKLYN ROOSEVELT E O DIREITO À EDUCAÇÃO

Henrique Torquilho Almeida[43]
Laura da Silva Reis[44]
AntonioTorquilhoPraxedes[45]

Sumário: Resumo. Introdução. 1. O direito à educação naConstituição Federal de 1988.2. 2. O direito à educação no Estatuto da Criança e doAdolescente. 3. O Estado frente à educação. 4. A Fundação Franklyn Roosevelt:4.1. O surgimento da Fundação Franklyn Roosevelt. 4.2. A Fundação Franklyn Roosevelt e o direito à educação. 5. Metodologia da pesquisa. 6. Análise de Resultados. 7. Considerações Finais. 8. Referências bibliográficas.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo expor o papel da Fundação Franklin Roosevelt, localizada no município de Fortaleza, no bairro da Serrinha, no que diz respeito à educação, haja vista a instituição exercer uma atividade relevante no tocante à efetivação desse direito. Para discorrer sobre o assunto, foram feitas pesquisas de cunho bibliográfico e documental, com pesquisas de campo promovidas pelo grupo de estudos e pesquisa do Centro Universitário Christus (Unichristus), cujo objetivo era analisar o "direito à educação e a proteção de crianças em situação de vulnerabilidade: o caso da comunidade da serrinha", grupo este promovido pelo Curso de Direito da Unichristus. Apesar da limitação do número de crianças assistidas pela instituição, o trabalho desta tem se mostrado relevante não só para efetivação do direito à educação, como também para a promoção da dignidade da pessoa humana, base dos direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988. Tendo em vista a insuficiência da parceria com o Estado, concluiu-se, portanto, que é preciso uma maior participação do Poder Público para a efetivação desse direito as demais crianças do bairro.

43 Graduando em Direito no Centro Universitário Christus; Vinculado ao Grupo de Estudos e Pesquisa: "O direito à educação e à proteção de crianças em situação de vulnerabilidade – o caso da Comunidade da Serrinha".

44 Graduanda em Direito no Centro Universitário Christus; Vinculada ao Grupo de Estudos e Pesquisa: "O direito à educação e à proteção de crianças em situação de vulnerabilidade – o caso da Comunidade da Serrinha".

45 Professor orientador e Coordenador do Grupo de Estudos e Pesquisas no Centro Universitário Christus:"O direito à educação e à proteção de crianças em situação de vulnerabilidade – o caso da Comunidade da Serrinha".

Palavras-chave: Direito à educação. Dignidade da pessoa humana. Cidadania. Vulnerabilidade.

INTRODUÇÃO

O presente artigo irá versar sobre o direito à educação, que se encontra previsto em nosso ordenamento jurídico como um direito fundamental e social, por meio da análise da Fundação Franklin Roosevelt, projeto da loja maçônica Franklin Roosevelt nº 19, que, desde o seu surgimento até os dias atuais, vem recebendo crianças do bairro da Serrinha, na cidade de Fortaleza, para a prestação de serviços escolares por meio de uma parceria com o Governo do Estado, com doações e com trabalhos voluntários, atendendo atualmente 126 crianças na faixa etária de 4 a 13 anos.

Feitas essas considerações, cumpre mencionar o que se entende por direitos fundamentais e direitos sociais. Os direitos fundamentais podem ser definidos como "normas jurídicas intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico".[46] As primeiras noções de direitos fundamentais surgiram na antiguidade e foram sendo desenvolvidas ao longo do tempo, com a incorporação destes aos documentos de maior importância para a sociedade.Os direitos sociais, por sua vez, são direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão, condicionados à realização de políticas públicas por parte do Estado, que "nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser quem os ampara e estimula".[47] Estes, em especial, são criados por volta da metade do século XIX em meio ao cenário da Revolução Industrial e a sua positivação aos primeiros textos constitucionais ocorre no início do século XX com a Constituição do México de 1917 e com a Constituição da Alemanha de 1919. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 se destacou por apresentar em seu texto um título destinado aos direitos e às garantias fundamentais, bem como um capítulo específico para os direitos sociais.

1. O DIREITO À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Inicialmente, a Constituição Federal, em seu artigo 6º, define e elenca a educação como um direito social ao lado da saúde, da alimentação, do trabalho, da moradia, do lazer, da segurança, da previdência social, da proteção à maternidade e à infância e da assistência aos desamparados.

Tratando mais especificamente sobre o direito à educação, o artigo 205 assegura que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, sendo promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Dessa forma, percebe-se que a educação constitui-se como um direito e também como um dever. A família e o Estado possuem uma responsabilidade constitucionalmente outorgada em relação à educação e têm por objetivo de promovê-la e incentivá-la. A sociedade, por seu turno, deve colaborar com isso. Um dos objetivos da educação é desenvolver plenamente a pessoa, sua personalidade, para, em seguida, prepará-la para o exercício da cidadania e, por fim, qualificá-la para o trabalho.

46 MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.20.

47 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.564.

Essa é uma ordem que deve ser observada.

O artigo 227, por sua vez, estabelece a responsabilidade tripartite entre a família, a sociedade e o Estado, de forma que esses três entes devem unir esforços e buscar garantir à criança, ao adolescente e ao jovem o direito à educação com prioridade absoluta.

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

A Carta Constitucional assegurou, em seu artigo 227, da mesma forma que o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Doutrina da Proteção Integral ou da Prioridade Absoluta que:

> [...] estabelece um novo *status* em relação à criança e ao adolescente, ao reconhecê-los como sujeitos de direito, implicando em não serem mais tratados como objetos passivos da intervenção da família, da sociedade e do Estado. O que é importante salientar [...] é que, nessa nova Doutrina, a criança passa a ser considerada em sua dignidade de pessoa humana e sujeito pleno de direito: à vida, à educação, à saúde, ao lazer, à convivência familiar, à dignidade etc., cabendo a todos nós – família, Estado e sociedade – o dever de garantir esses direitos, com absoluta prioridade.[48]

Assim, de acordo com Norberto Bobbio, "não existe atualmente nenhuma carta de direitos, para darmos um exemplo convincente, que não reconheça o direito à instrução – crescente, de resto, de sociedade para sociedade – primeiro, elementar, depois secundária, e pouco a pouco até mesmo universitária".[49]

2. O DIREITO À EDUCAÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069 de 1990), fundamentado na doutrina da proteção integral ou da prioridade absoluta, veio em substituição ao Código de Menores, baseado na doutrina da situação irregular. O ECA entende as crianças e os adolescentes como sujeitos de direitos e não mais como meros objetos de proteção da forma que era no diploma anterior.

Nesse sentido, o artigo 53 do ECA estabelece que "a criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, ao preparo para o exercício da cidadania e da qualificação para o trabalho".

A educação possui uma série de objetivos ou finalidades a serem observados e levados em consideração. Contudo, existe uma ordem que deve ser respeitada, tendo em vista que:

> O *caput* do art. 53, ao tratar do direito à educação, hierarquiza os objetivos da ação educativa, colocando, em primeiro lugar, o pleno desenvolvimento do educando como pessoa, em segundo lugar, o preparo para o exercício da cidadania e, em terceiro lugar, a qualificação para o trabalho. Este é um ordenamento que não pode e **não deve ser, em momento algum, ignorado na interpretação deste artigo.** Essa hierarquia estabelece o primado da pessoa sobre as exigências relativas à vida cívica e ao mundo do trabalho, reafirmando o princípio basilar de que a lei foi feita para o homem e não o contrário. Isso significa que a pessoa é a finalidade maior, devendo as esferas da política e da produção levarem em conta esse fato na estruturação e no funcionamento de suas organizações[50].

Em relação à responsabilidade pela educação, o ECA dispõe, em seu artigo 4º, que "é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária".

As normas do Estatuto são bastante semelhantes às da Constituição em razão daquele buscar seu fundamento nesta. Em comparação com o artigo 227 da Carta Constitucional, percebe-se que o dispositivo do ECA incluiu a comunidade em seu texto, tendo em vista que:

> Ao acrescentar a comunidade à enumeração constante da Constituição, o legislador apenas destacou uma espécie de agrupamento que existe dentro da sociedade e que se caracteriza pela vinculação mais estreita entre seus membros, que adotam valores e costumes comuns. Foi bem inspirada essa referência expressa à comunidade, pois os grupos comunitários, mais do que o restante da sociedade, podem mais facilmente saber em que medida os direitos das crianças e dos adolescentes estão assegurados ou negados em seu meio, bem como os riscos a que eles estão sujeitos. É a comunidade quem recebe os benefícios imediatos do bom tratamento dispensado às crianças e aos adolescentes, sendo também imediatamente prejudicada quando, por alguma razão que ela pode mais facilmente identificar, alguma criança ou algum adolescente adota comportamento prejudicial à boa convivência.[51]

3.O ESTADO FRENTE À EDUCAÇÃO

O Estado é o ente que tem o papel principal em relação à educação. A família e a sociedade atuam como colaboradores e assistentes nessa missão. Assim, ao Poder Público são atribuídos maiores deveres e responsabilidades em razão de ter uma estrutura compatível e proporcional a essa tarefa, bem como por entender-se hoje que o Estado deve garantir direitos mínimos e essenciais aos cidadãos, como também direitos sociais, destacando-se entre estes a educação.

Nesse sentido, cumpre mencionar que "com fundamento no art. 211, §§ 2º e 3º da CF, os municípios devem promover o Ensino Infantil e Fundamental, e os Estados, prioritariamente, o Ensino Médio e Fundamental. Para tanto, deve haver, entre os entes, parcerias que possibilitem o cumprimento da norma

48 SACAVINO, Susana. Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológicos. Direito humano à educação no Brasil: uma conquista para todos/as?

49 BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos.

50 CURY, Coordenador Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2010. Antonio Carlos Gomes da Costa

51 CURY, Coordenador Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2010. Dalmo de Abreu Dallari

constitucional."[52]

Contudo, não basta simplesmente que esse direito esteja assegurado em lei e que existam normas disciplinando essa atividade. As condutas devem sair do âmbito teórico e vir para a realidade, ou seja, deve ocorrer a sua efetivação. No que se refere à educação, este é um direito social condicionado à realização de atividades por parte do Estado, conhecidas como políticas públicas, ou seja:

> Quando se fala em direito à educação, à moradia ou ao atendimento médico hospitalar, não se está, bem entendido, aludindo à possibilidade jurídica de exercer pretensões à partilha de bens que o Poder Público já possua em estoque e possa ser compelido a distribuir. A referência só pode ser a *direitos à realização de políticas públicas*. Ora, de direitos dessa natureza somente podem surgir pretensões juridicamente exequíveis quando a organização dos Poderes Públicos já está devidamente aparelhada para levar a efeito, com a necessária constância e coerência, os programas de ação adequados. Ou seja, quando o Estado foi organizado, institucionalmente, para exercer a função pública de planejamento.[53]

Assim, conforme destaca Jayme Benvenuto Lima Jr:

> O caminho das Políticas Públicas Sociais se impõe como uma das formas de resolver ou minorar os problemas sociais, por meio de um processo de diálogo e de ações claramente definidas e destinadas a apressar a realização dos DHESC, e como reconhecimento de que o caminho legal não esgota as possibilidades de realização de direitos.[54]

Algumas das políticas públicas conhecidas em relação à educação são a construção de escolas, a contratação e a remuneração de professores, o fornecimento de material escolar, a disponibilização de vagas para a demanda de estudantes, entre outras. Entretanto:

> [...] ante a reconhecida miserabilidade da população brasileira, também os programas suplementares de oferta de material escolar, transporte, saúde e alimentação são indissociáveis do direito à educação: uma pessoa que não possua livros não poderá acompanhar as lições que lhe são ministradas; não possuindo recursos para custear o transporte, simplesmente não poderá comparecer à escola; estando doente, não poderá estudar e entrar em contato com outros estudantes; e, ainda, sem alimentação, não haverá como assimilar as mais comezinhas lições.[55]

Desse modo, "o direito à educação é: mais do que o direito de não ser excluído de uma escola; é de fato, o interesse de conseguir uma vaga e as condições para estudar (ou seja, tempo livre, material escolar, etc.)."[56]

O Poder Público, por outro lado, não está sozinho nessa empreitada. A iniciativa privada também pode participar da atividade de ensino, contribuindo com a educação, de acordo com o artigo 209 da Constituição, que dispõe o seguinte: "o ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I – cumprimento das normas gerais da educação nacional; II – autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público".

Entretanto, a educação ainda não está no patamar que se espera. A evasão escolar ainda é grande em todo o país, faltam professores e escolas em diversos lugares, e muitas pessoas ainda não têm acesso à educação. Em razão disso, surgem instituições da sociedade civil com a finalidade de tentar garantir educação aos que não têm acesso, oportunidade ou condições para isso.

4. A FUNDAÇÃO FRANKLYN ROOSEVEL:

4.1 O surgimento da Fundação Franklyn Roosevelt

A Fundação é fruto do trabalho de maçons da loja maçônica Franklin Roosevelt nº 19, daí o nome da instituição. A maçonaria, de acordo com José Carlos de Almeida Filho, "é antes de tudo, o sistema moral de cunho predominantemente social: é filosofia de vida e, como tal, deve ser encarada, sob pena de ser repelida pela sociedade que não necessita de mais uma denominação religiosa, mas sim de liberdade, igualdade e principalmente fraternidade, base do arcabouço maçônico" [57]. O conceito nos leva a entender a atitude dos maçons no tocante à criação da Fundação, haja vista os integrantes da maçonaria procurarem, por meio de projetos sociais, promover a isonomia quanto à liberdade dos cidadãos e à harmonia entre os indivíduos.

De acordo com o histórico exposto no site da instituição[58], a primeira ação de concretude se deu com a doação em 1987, pelo hoje sócio benemérito da Fundação, Fernando de Oliveira Rocha, o qual doou um terreno, localizado no bairro Serrinha, na rua Pupunha, que é conhecido como um dos bairros mais necessitados da cidade de Fortaleza, haja vista apresentar um índice de incidências de crimes bem elevado, não contar com um correto atendimento hospitalar e as escolas não possuírem estrutura adequada para atender às necessidades das crianças e dos adolescentes do bairro.

No mesmo ano de 1987, houve a implementação de um centro comunitário e uma escola em tempo integral. A escola atendia, inicialmente, a 40 crianças divididas em duas turmas, e, para essa implementação, os maçons promoveram ações beneficentes, feiras e eventos, com o fito de arrecadar subsídios. Daí, em 1990, conseguiu-se finalizar as obras e, em 1991, foi formalizada a Fundação Franklin Roosevelt.

4.2 A Fundação Franklyn Roosevelt e o Direito à Educação

A Instituição trabalha na promoção do direito à educação, recebe crianças na faixa etária de 4 a 13 anos de idade e abrange o ensino do Jardim I até o 5º ano do Ensino Fundamental. Porém, apesar de a Fundação contar com uma parceria do Estado, essa se mostra insuficiente, pois a parceria advém somente de um

52 7CAMPOS, Eugênia Maria de Holanda. **Os Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito**. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2012, p. 69.

53 HORTA, José Silverio Baia. Direito à Educação e Obrigatoriedade Escolar.

54 LIMA JR., Jayme Benvenuto. Os Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.131.

55 GARCIA, Emerson. O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade.

56 FARIA, José Eduardo. Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. 1. Ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010, p. 127.

57 ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo; Maçonaria ao alcance de todos.

58 Endereço eletrônico;

professor de educação física, que vai à escola duas vezes por semana, e isso deixa a desejar, haja vista as necessidades das crianças exigirem bem mais, pois elas necessitam de uma boa alimentação, atendimento psicopedagógico, dentre outros fatores que devem influenciar seu bom desenvolvimento, e, para isso, é preciso que o Governo contribua com verbas. Contudo, ainda não houve a liberação de verbas para a escola, daí a impossibilidade de o atendimento da instituição não poder ser ampliado para as demais crianças do bairro.

As crianças que conseguem ter o direito á educação efetivado na instituição, só o conseguem devido ao trabalho de professores, médicos, psicólogos e demais cidadãos que, voluntariamente, dedicam parte de seu tempo para promover o ensino e o cuidado com a saúde dessas crianças. O Estado deve cumprir com o seu papel, no tocante à promoção de políticas públicas, investimento na educação, principalmente na instituição, que poderia ampliar o número de crianças assistidas, pois uma educação de qualidade é essencial para a dignidade da pessoa humana, haja vista formar sujeitos de direitos, que saberão como, quando e onde reivindicar e exercer a cidadania como cidadãos. No entanto, em meio à corrupção existente em nosso país, como o desvio de verbas, observa-se que o dinheiro que é usado para investir na educação torna-se insuficiente, não suprindo o número determinado de crianças que necessitam frequentar a escola.

Ademais, a instituição, além de atender às crianças, ainda ajuda na estruturação familiar destas, pois o dinheiro arrecadado com os eventos promovidos são usados também para a compra de cestas básicas, que são distribuídas a seus familiares, e as famílias contam com a participação em palestras promovidas pela instituição que visa à ampliação do ensino desenvolvido para as crianças e a ressocialização de muitos pais ou responsáveis, pois muitas das crianças assistidas, contam com um histórico na família de alcoolismo, drogas, exploração, abandono etc.

O trabalho desenvolvido pela Fundação busca promover a conscientização das crianças, para que estas saibam lidar com as situações que a vida irá lhe proporcionar, podemos ver essa prática da Fundação no que concerne à prática humanista de Paulo Freire, o qual afirma que "eis aí um princípio essencial: a alfabetização e a conscientização jamais se separam. Princípio que, de nenhum modo, necessita limitar-se à alfabetização, pois tem vigência para todo e qualquer tipo de aprendizado".[59]

Paulo Freire, sempre se pautou em uma prática humanista, por meio da qual procurou desenvolver uma consciência cidadão nos indivíduos, para que estes pudessem ter acesso à democracia. No livro Educação como Prática da Liberdade, publicado em 1967, o referido autor fala também de um círculo de cultura, por meio do qual conseguiu alfabetizar 300 homens em 45 dias, no círculo de cultura, todos ensinavam e aprendiam, e, na Fundação, os profissionais não só ensinam como também aprendem, pois se tornam mais sensíveis para as situações em que crianças necessitam de um acompanhamento psicológico, médico, odontológico dentre outros.

5. METODOLOGIA DA PESQUISA

Para discorrer sobre o tema do artigo em questão, foram feitas pesquisas de cunho bibliográfico e documental, com uma pesquisa de campo, que se consumou com uma visita feita à Fundação Franklyn Roosevelt, a qual foi promovida pelo Grupo de Estudos e Pesquisas do Centro Universitário Christus-Unichristus, o qual teve como proposta trabalhar "O direito à educação e à proteção de crianças em situação de vulnerabilidade – o caso da Comunidade da Serrinha", durante todo o ano de 2013. As pesquisas de cunho documental foram pautadas na Constituição Federal de 1988, bem como no Estatuto da Criança e do adolescente, para fins de justificativas legais.As pesquisas de cunho bibliográfico foram embasadas em consultas feitas a Artigos de periódicos e a livros, assim como também recorremos a sites, como o da Fundação Franklyn Roosevelt. Os Livros pesquisados foram obras de George Marmelstein, Paulo Freire, Paulo Bonavides, dentre outros que se encontram citados nas referências bibliográficas.

6. ANÁLISE DE RESULTADOS

Diante do artigo, tendo como base as pesquisas realizadas, observa-se que as leis que consagram o direito à educação e à proteção das crianças se mostram ineficazes, haja vista uma omissão do Estado no que concerne à correta aplicação das leis, porém temos observados que trabalhos propostos pela sociedade civil se mostram benéficos para a proteção e educação de algumas crianças.

Por mais que os trabalhos desenvolvidos pela Fundação Franklyn Roosevelt não possam ser estendidos para as demais crianças que necessitam de uma educação de qualidade e todo um acompanhamento psicopedagógico, as atividades desenvolvidas pela Fundação conseguem atender uma parte das crianças da Comunidade da Serrinha, localizada em Fortaleza- Ceará, e as capacitam dando-lhes um ensino de qualidade, com atendimento psicopedagógico, assim como também contam com atendimento hospitalar, o que supre não só o direito à educação como o direito à saúde, também elencado na CF/88, no que concerne aos Direitos Sociais.

Portanto, nota-se que, para que ocorra uma efetiva e eficiente aplicação dos direitos inerentes às crianças, resguardados pelas leis vigentes em nosso país e tratados dos quais o Brasil é signatário, é preciso que sociedade e Estado trabalhem juntos, o Estado deve promover meios de aplicação desses direitos e incentivar a sociedade a compartilhar aprendizado e disseminar o que sabe, porém, para que ela dissemine, é preciso que ela tenha uma boa educação, para que, sendo uma sociedade consciente do exercício da cidadania, possa esta contribuir para a formação de futuros cidadãos.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Fundação, apesar de suas limitações, consegue efetivar o direito à educação e assegurar uma educação de qualidade às crianças que atende no Bairro da Serrinha. Por outro lado, as políticas públicas do Estado em relação à educação tem se mostrado insuficientes. E o trabalho desenvolvido no Grupo de Estudos e Pesquisa da Unichristus se mostrou importante no sentido de levar os alunos integrantes do grupo a perceber a atuação da sociedade civil, quando da não efetiva participação do Estado, mostrando que é possível sim se promover o Direito, talvez não para todos, mas para uma parcela da sociedade que necessita de um Direito

59 FREIRE, Paulo. Educação como prática da liberdade. 1967, p.5

à educação, haja vista ser papel não só do Estado, mas também da sociedade como um todo, trabalhar na promoção desse direito. Porém, é preciso que se busque, diante das autoridades públicas, uma efetiva execução dos Direitos e Garantias Fundamentais, tendo em vista que o trabalho em conjunto da sociedade com o estado é que proporcionará uma maior efetivação desses direitos. Sendo assim, deve-se procurar que o Estado promova políticas públicas em conjunto com a sociedade, tendo como objetivo a promoção de uma educação para todas as crianças, não só do Bairro da Serrinha, mas de todo o país, assim o Brasil deixará de ser um país de leis e passará a ser um país de eficácia, formando cidadãos capacitados para uma participação na vida pública, sendo apto a exercer uma cidadania digna de um país que se diz Democrático de Direito.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo; **Maçonaria ao alcance de todos**.Publicado em 4 de abril de 2009. Disponível em http://pt.slideshare.net/processoeletronico/a-maonaria-ao-alcance-de-todos-j-c-de-arajo-almeida.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2004.

CURY, Coordenador Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2010.

CAMPOS, Eugênia Maria de Holanda. **Os Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito**. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2012.

FARIA, José Eduardo. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. 1. Ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010, p. 127.

FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1967.

GARCIA, Emerson. **O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade**. Publicado em Outubro de 2004. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/o_direito_a_educacao.pdf

HORTA, José Silverio Baia. **Direito à Educação e Obrigatoriedade Escolar**. São Paulo. 1998. Fundação Carlos Chagas. Disponível em: http://educa.fcc.org.br/scielo.php?pid=S0100-15741998000200001&script=sci_arttext

LIMA JR., Jayme Benvenuto. **Os Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARMELSTEIN, **George. Curso de Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SACAVINO, Susana. **Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológicos**. Direito humano à educação no Brasil: uma conquista para todos/as? Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/br/fundamentos/27_cap_3_artigo_05.pdf

BRASIL. *D.O.U de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

BRASIL. *Lei n° 8.069 de 13 de julho de 1990*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm

Unichristus
Centro Universitário Christus

ENCONTRO DE PESQUISADORES

ARTIGOS

2014

A TRIBUTAÇÃO DOS CEMITÉRIOS À LUZ DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS TEMPLOS DE QUALQUER CULTO

Rafaela Barbosa de Brito[1]
Ana Paula Martins Albuquerque[2]

RESUMO

A imunidade tributária dos templos de qualquer culto é uma norma constitucional de não incidência de certos tributos que tem por objetivo a proteção à liberdade de manifestação de crenças religiosas, assegurada na Carta Magna. Entretanto, muitas são as tentativas de definir o conceito de templo e culto e, consequentemente, o alcance da norma imunizadora. Dessa forma, ao proceder-se à análise dessas expressões, nota-se que os rituais praticados nos cemitérios, independentemente da sua natureza pública ou privada, são dotados de religiosidade, devendo essas pessoas jurídicas, portanto, gozar do benefício da imunidade tributária dos templos de qualquer culto. Em relação aos públicos, a doutrina e a jurisprudência são pacíficas no tocante a não incidência de alguns tributos com base na imunidade tributária recíproca, mas há controvérsia no enquadramento dos privados, considerando a imunidade tributária dos templos de qualquer culto. Para tanto, utilizando-se do método dedutivo, fez-se uma pesquisa do tema pelo levantamento bibliográfico, com consulta a livros e a periódicos, bem como por visitas a sítios eletrônicos e análise de decisões do Supremo Tribunal Federal. Como objetivos, busca-se, precipuamente, analisar o direito fundamental à liberdade de crença resguardada na Constituição Federal de 1988; estudar o instituto da imunidade tributária; e demonstrar a compatibilidade entre o enquadramento dos cemitérios privados como locais de manifestação de crença religiosa e a possibilidade de gozar da imunidade tributária dos templos de qualquer culto.

Palavras-Chave: Imunidade. Templos de qualquer culto. Cemitério.

1 Advogada, especialista em Direito Tributário pela Faculdade Sete de Setembro (FA7), bacharela em Direito pelo Centro Universitário Christus (Unichristus) e professora do Curso de Direito do Centro Universitário Christus.

2 Mestra em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Advogada. Especialista em Direito e Processo Tributários pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e, também, em Contabilidade e Planejamento Tributário pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Possui Licenciatura Plena em Letras, com habilitação em Língua Portuguesa, pela Universidade Federal de Campina Grande e o Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Foi Assessora de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJ/CE). Atualmente, é Coordenadora de Estágio e do Núcleo de Práticas Jurídicas (NPJ) do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS), Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Christus (UNCHRISTUS) e de Pós-Graduação.

1 INTRODUÇÃO

Ainda é confusa, tanto na doutrina como na jurisprudência, a definição da expressão "templos de qualquer culto", que consta no art. 150, VI, "B", da Constituição Federal de 1988, para a análise dos locais de manifestação de crenças religiosas.

Ocorre que, o que pode ser verificado, desde a mais remota Antiguidade, é que o enterro das pessoas está diretamente ligado às mais diversas crenças religiosas, bem como na ideia de "salvação e a vida eterna em paz". Assim, para um número relevante de religiões, o local onde é deixado o morto adquire um significado muito especial para os que ficam vivos. Afinal de contas, a sepultura, para amigos e para familiares do morto, passa a ser um lugar sagrado, onde podem ser praticados variados rituais.

Dessa forma, considerando que os mortos, normalmente (já que há a possibilidade da cremação), encontram-se enterrados nos mais diversos tipos de cemitérios públicos ou privados, indaga-se se estes devem ser enquadrados como representativos de manifestações de crenças religiosas e, se assim considerados, deveriam gozar de toda a proteção dada pelo ordenamento jurídico pátrio, como possível garantia de concretização do direito fundamental à liberdade de crença.

Contudo, nem a doutrina, nem a jurisprudência reconhecem os cemitérios privados como beneficiários da imunidade tributária dos templos de qualquer culto. Há apenas o reconhecimento da imunidade tributária recíproca quando considerados os cemitérios públicos e da imunidade tributária dos templos de qualquer culto quando se analisa os cemitérios ligados às igrejas.

Questiona-se, entretanto, esse pensamento, uma vez que os cemitérios, independentemente da natureza jurídica que possuem, poderiam ser enquadrados como verdadeiros locais de culto. Afinal de contas, as pessoas enterram seus mortos não apenas por uma questão de saúde e higiene pública, mas principalmente porque foi construída, pela própria sociedade, uma ideia de que é após a morte que a alma encontra a vida eterna e que o corpo que a abrigou enquanto ser vivo merece uma "última moradia" digna.

Pergunta-se, então, se os cemitérios, de um modo geral, são verdadeiros locais de culto, pois, independentemente da religião professada, sempre haveria o pensamento de que aquele local é um chão sagrado e que, muitas vezes, serve de palco para a realização dos mais diversos rituais, como missas e oferendas, em prol daqueles que já morreram.

Assim é que, considerando todo o exposto, passa-se à análise, no presente trabalho, da tributação dos cemitérios à luz da imunidade tributária dos templos de qualquer culto com a finalidade de verificar a possibilidade do enquadramento dos cemitérios privados como templos de qualquer culto e se gozaria ou não dos preceitos dessa regra negativa de competência tributária.

2 CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DA LIBERDADE DE CRENÇA NO BRASIL

Para que fosse possível a convivência do homem em sociedade, indispensável foi o surgimento de uma entidade superior que fosse capaz de fazer valer as regras de conduta que deveriam ser observadas. Assim, nasceu o Estado[3], que, de acordo com os ensinamentos do cientista político Dalmo de Abreu Dallari,

3 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

é "a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território"[4].

Esse Estado pode contar ou não com a interferência de uma determinada igreja nos seus atos de governo. Caso haja confusão entre Estado e igreja, com a existência de uma religião oficial, está-se diante de um Estado Confessional. Contudo, se não for observada nenhuma interseção entre os dois entes citados, vê-se diante de um Estado Laico, de várias religiões, ou nenhuma oficial, sem a interferência do Estado.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1948, em seu art. 18, prevê que todas as pessoas têm direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião, sendo que este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de sua manifestação, sozinho ou em comum, tanto em âmbito público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos.[5]

Nesse contexto, o direito à liberdade de crença foi previsto de forma expressa na Carta Magna brasileira, por meio da qual a pessoa, caso deseje, é livre para professar sua fé, ou mesmo não professar fé alguma, podendo inclusive mudar de religião. Assim, deve o Estado e os demais particulares não intervir na esfera individual da pessoa, bem como aquele deve oferecer o aparato básico necessário para o exercício desse direito.

A atual Constituição vigente no Brasil, a Carta Magna de 1988, no seu artigo 5º, inciso VI, assegurou a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, como espécie de direito fundamental, a inviolabilidade da liberdade de crença e consciência, estando garantido o livre-exercício ou não de cultos religiosos, bem como a proteção dos locais de culto e suas liturgias. Essa ideia é de fundamental importância, uma vez que é o fundamento da imunidade tributária dos templos de qualquer culto.

Pode-se, segundo Abbagnamo, entender de forma genérica crença como:

> a atitude de quem reconhece como verdadeira uma proposição: portanto, a adesão à validade de uma noção qualquer. A crença não implica, por si só, a validade objetiva da noção à qual adere nem exclui essa validade. Tampouco tem, necessariamente, alcance religioso, nem é, necessariamente, a verdade revelada, a fé; por outro lado, também não exclui essa determinação e, nesse sentido, pode-se dizer que uma crença pode pertencer ao domínio da fé. (...) Portanto, podem ser chamadas de crenças aas convicções científicas tanto quanto as confissões religiosas, o reconhecimento de um princípio evidente ou de uma demonstração, bem como a aceitação de um preconceito ou de uma superstição. Mas não se pode chamar de crença a dúvida, que suspende a adesão à validade de uma noção, nem a opinião, no caso de excluir as condições necessárias para uma adesão desse gênero.[6]

Considerando-se ainda os ensinamentos do autor supracitado, consciência, também de um modo geral, seria:

> a possibilidade de dar atenção aos próprios modos de ser e às próprias ações, bem como de exprimi-los com a linguagem. (...) O uso filosófico desse termo tem pouco ou nada a ver com o significado comum, de estar ciente dos próprios estados, percepções, ideias, sentimentos, volições, etc. (...) O significado que esse termo tem na filosofia moderna e contemporânea, embora pressuponha genericamente essa acepção comum, é muito mais complexo: é o de uma relação da alma consigo mesma, de uma relação intrínseca ao homem, ´interior´ ou ´espiritual´, pela qual ele pode conhecer-se de modo imediato e privilegiado e por isso julgar-se de forma segura e infalível. Trata-se, portanto, de uma noção em que o aspecto moral – a possibilidade de autojulgar-se – tem conexões estreitas com o aspecto teórico, a possibilidade de conhecer-se de modo direto e infalível.[7]

Assim, é inequívoca a importância atribuída ao direito fundamental titularizado pela pessoa humana sobre a sua liberdade de crença, estando ela livre para professar qualquer fé, mudar de religião, ou mesmo não crer ou professar nenhuma doutrina.

Buscando modos de assegurar esse direito fundamental, a Lei Maior assegurou ainda a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva (art. 5º, VII, CF) pela qual, de um modo geral, "ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei" (art. 5º, VIII, CF).

Complementando o sentido da norma supracitada, o texto constitucional ainda prevê que "é vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa nos termos do art. 5º, VIII, CF" (art. 15, IV, CF).

A Carta Magna também dispôs que o Estado não deve influir nem sofrer influência de nenhuma religião e culto existente no país ao prever que à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, é vedado o estabelecimento de cultos religiosos ou igrejas, bem como subvencioná-los, embaraçar-lhe o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência e aliança, sendo ressalvada, na forma da lei, a colaboração que tenha como base o interesse público.[8]

Salienta-se que, apesar da previsão do vocábulo Deus no preâmbulo constitucional, o Estado brasileiro é laico, não tem uma religião oficial. Essa previsão significa apenas que é um Estado teísta, que reconhece a existência de um ser supremo, não necessariamente o Deus da Igreja Católica Apostólica Romana, mas qualquer que seja ele, sendo o cidadão livre para crer em qualquer ente supremo, ou não.

Destaca-se, que o Código Civil, no art. 44, IV, §1º, estabelece que as organizações religiosas são pessoas jurídicas de direito privado e que são livres a criação, organização,

4 Ibid, p. 119.

5 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

6 ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 218.

7 Ibid, p. 185.

8 Cf. art. 19, I, da Constituição Federal de 1988.

estruturação interna e o funcionamento destas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos.

Ademais, convém ainda destacar que a proteção à liberdade religiosa encontra amparo também em outras normas infraconstitucionais, como o Código Penal, que prevê um capítulo destinado aos crimes contra o sentimento religioso[9].

Pelo exposto, resta claro que há, no ordenamento jurídico brasileiro, a previsão de que o Estado não pode embaraçar o funcionamento das entidades religiosas de modo algum, sob pena de estar ferindo o direito fundamental do cidadão à liberdade de crença.

Dentre as mais diversas previsões constitucionais que têm como objetivo o resguardo de direitos fundamentais, vê-se também a figura da imunidade tributária dos templos de qualquer culto que visa à proteção do direito fundamental à liberdade de crença diante da arrecadação de impostos pelo Estado.

3. A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA COMO FORMA DE GARANTIA DO EXERCÍCIO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição brasileira atribuiu ao Estado o poder de tributar, prevendo também, por outro lado, uma série de obrigações relacionadas com a organização e sobrevivência da sociedade brasileira. Assim é que é seu dever a prestação de serviços públicos (art. 175, CF) relacionados à saúde, educação, segurança, saneamento básico, seguridade social, etc.[10] Mas, para isso, indispensável é a obtenção de recursos.

O meio mais adequado que o Estado dispõe para obtê-los é o avanço sobre o patrimônio privado dos indivíduos e das empresas, transferindo aos cofres públicos parte das riquezas produzidas por estes na exploração de atividade econômica, sendo a parcela da propriedade privada que deve ser recolhida ao patrimônio estatal de forma compulsória chamada de tributo.[11]

Entretanto, os tributos só podem ser criados de acordo com a competência tributária atribuída pela Constituição aos entes estatais. O exercício dessa aptidão deve ocorrer com a observância integral das normas constitucionais para que seja válido.

Ao partilhar a competência tributária, a Constituição Federal estabelece fronteiras que tem como finalidade resguardar valores por ela reputados relevantes, dispensando especial atenção aos direitos fundamentais. São as limitações ao poder de tributar[12], que se encontram ao longo de todo o texto constitucional como verdadeiros direitos fundamentais do contribuinte, desdobrando-se, no conjunto de princípios e imunidades tributárias presentes principalmente nos artigos 150 a 152 do texto constitucional.

Esses princípios e imunidades tributários desdobram-se, segundo as lições de Luciano Amaro, na "técnica por meio da qual, na definição do campo sobre que a Constituição autoriza a criação de tributos, se excepcionam determinadas situações, que ficam, portanto, fora do referido campo de competência tributária".[13]

Relevante é a análise da imunidade tributária, que consiste em uma norma constitucional que limita o poder de tributar, prevendo situações em que, a priori, o próprio legislador constituinte entendeu poder haver a incidência de tributação, ao tratar da competência tributária, mas que, para proteger determinados valores ou pessoas consagrados pela própria Constituição, achou por bem afastar a arrecadação estatal.

Trata-se de uma questão bastante debatida pela doutrina, qual seja, o método de interpretação das normas de imunidade. Alguns dizem que, por se tratar de normas constitucionais que fixam um limite negativo ao poder de tributar, devem ser interpretadas de forma ampla, extensiva, atribuindo ao texto, muitas vezes, sentido mais abrangente do que dado pela Constituição. Outros entendem que essas normas devem ser interpretadas como qualquer outra do sistema, não cabendo ao intérprete nem ampliar, nem reduzir o seu alcance, mas sim buscar o seu melhor efeito considerando as circunstâncias do caso concreto e o disposto em todo o ordenamento jurídico.[14]

Destaca-se que os preceitos imunizantes são de eficácia plena e de aplicabilidade imediata, que devem ser interpretadas de modo teleológico e da forma mais ampla possível, em clara sintonia com a regra *"in dubio pro imunitatem"*.[15]

Com a finalidade essencial de proteger o direito fundamental à liberdade de crença, uma das formas de garantia da dignidade da pessoa humana, prevista pela Constituição Federal como fundamento da República, foi que o mencionado texto legal, em seu art. 150, VI, "b", previu a imunidade tributária dos templos de qualquer culto. De acordo com Carvalho: "Trata-se de reafirmação do princípio da liberdade de crença e prática religiosa, que a Constituição prestigia no art. 5º, VI a VIII. Nenhum óbice há de ser criado para impedir ou dificultar esse direito de todo cidadão".[16]

Por encontrar fundamento na própria Constituição Federal, nenhuma lei, ordinária ou complementar, pode prever

9 O art. 208 do Código Penal prevê que o agente sofrerá pena de detenção de 1 (um) mês a 1 (ano) ou multa no caso de escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso. A pena será aumentada de 1/3 (um terço), sem prejuízo da pena correspondente à violência, se o crime ocorrer mediante emprego desta.

10 Convém colacionar, nesse contexto, o conceito de justiça fiscal que, para Arnaldo Godoy, seria "um combinado de justiças distributivas, comutativas, repressivas, equitativas e legais. Seu exato termo médio consistiria na adequada distribuição de encargos, com a não menos adequada distribuição de resultados, informando instituições justas, punindo os desviantes, sempre, no também não menos importante contexto de leis devidamente discutidas e aprovadas. *Justiça fiscal* é indicativo de funcionamento de instituições democráticas." (GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O Conceito de Justiça Fiscal na Tradição Ocidental. **Consultor Jurídico.** São Paulo, 19 maio 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mai-19/embargos-culturais-conceito-justica-fiscal-tradicao-ocidental>. Acesso em: 8 ago. 2013.)

11 CASALINO, Vinícius. **Curso de Direito Tributário e Processo Tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v.1.

12 AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

13 Ibid, p. 128.

14 Ibid.

15 CARRAZZA, Roque Antônio. A Imunidade Tributária dos Templos de Qualquer Culto (art. 150, VI, b, da CF) – Questões conexas. In: CARRAZZA, Elizabeth Nazar (Coord.); MORETI, Daniel (Org.). **Imunidades Tributárias**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

16 CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 239.

situação de tributação sobre o patrimônio, renda ou serviços dos cultos religiosos, sob pena de incorrer em manifesta inconstitucionalidade. As imunidades tributárias e a imunidade dos templos de qualquer culto, por consequência, configuram situações permanentes de não incidência estabelecidas pela Constituição Federal da norma tributária que nem mesmo a lei pode afastar.

Segundo Casalino, "os cultos e religiões devem estar de acordo com os valores básicos da sociedade brasileira, principalmente aqueles positivados pela Constituição. Porém, já não cabe ao direito tributário tal averiguação"[17]. Dessa forma, é tarefa atribuída aos demais ramos do direito. Sendo a entidade lícita, faz jus à imunidade.

Para Carrazza, culto nada mais seria do que uma "entidade dotada de estrutura orgânica hierarquizada, instituída com o objetivo fundamental de agrupar, de modo permanente, pessoas que (...) nutrem a mesma fé numa dada divindade".[18]

Assim, são quatro os requisitos básicos que definem a existência de um culto: a) a crença comum num Ser Supremo; b) existência de atos de culto que disciplinem os fiéis, que devem ser em número significativo, na sua relação com o Ser Supremo; c) organização jurídica mínima; e d) vontade de perdurar no tempo.[19] Entretanto, existem ainda alguns outros requisitos que evidenciam ainda mais a existência jurídica de uma confissão religiosa. Em rol exemplificativo, seriam eles: literatura própria, prestação de

serviços religiosos em caráter regular, código formal de doutrina e disciplina, governo eclesiástico definido e distinto dos demais etc.[20]

Nesse contexto, os cultos precisam de um local com estrutura física, um templo, para a realização de suas atividades, que, segundo Saraiva Filho, é lugar de livre acesso aos fiéis, destinado à meditação espiritual e à íntima sintonia do ser humano crente com o Criador, sendo onde se realizam os atos de adoração e louvação ao referido Deus[21].

Destaca-se que, em relação aos cemitérios, segundo Schoueri:

> Ínsita à ideia de um culto religioso está, pois, a busca, pelo homem, de uma (nova) ligação com o sobrenatural, com a divindade, enfim, com o que não (mais) está presente concretamente. O exercício da religião é, antes de tudo, um exercício de fé. Um momento profundo em que o homem se volta àquele de quem provém (por isso, a religação). É, em síntese, uma união entre criatura e criador. Este profundo sentimento de espiritualidade faz-se presente quando uma pessoa se dirige ao cemitério, em respeito e veneração à memória de seus antepassados. Por meio da oração, o visitante conforta a sua
>
> alma e se sente próximo da pessoa falecida. Há – e eis o ponto comum dos diversos cultos celebrados nos cemitérios – a convicção, reforçada pela fé, de que existe uma ligação entre os seres vivos e seus mortos queridos. Não se trata, note-se, de mera memória por um passado, mas uma veneração, um diálogo com aquele que se foi, mas que continua presente para os que cultuam sua memória[22]

Assim, por todo o exposto, cumpre ressaltar que todas as confissões religiosas devidamente constituídas têm direito à imunidade tributária dos templos de qualquer culto, que, como já analisado, é um dos modos do Estado brasileiro proteger o direito fundamental da pessoa à liberdade religiosa e, por conseguinte, ter resguardada a sua dignidade da pessoa humana, e não cabe ao Direito Tributário a análise no sentido de estar determinada religião de acordo com os valores constitucionais brasileiros.

4 DOS CEMITÉRIOS COMO LOCAIS DE MANIFESTAÇÃO DE CRENÇAS RELIGIOSAS E A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

Desde a mais remota antiguidade, é atribuído grande valor ao enterro dos mortos diretamente ligado às crenças religiosas e na ideia de salvação e vida eterna em paz.

Em "A Cidade Antiga", é possível ver que, desde os tempos mais remotos da história da raça indo-europeia, nunca se acreditou que a existência terminaria com a morte do homem, significando esta apenas uma simples mudança de vida.[23]

Do mesmo modo, pode-se ver, em "Antígona", o grande valor que a antiguidade clássica atribuía aos rituais de enterro da pessoa morta. A narrativa trata da saga da protagonista que dá nome à obra, enfrentando às ordens de Creonte, para proporcionar ao seu irmão falecido, uma sepultura, considerada indispensável para a paz eterna.[24]

Em um salto para a Idade Média, tem-se a crença na não oposição do espírito e da matéria. O homem desse período não acreditava que os seres possuíam um espírito indestrutível, transcendente, sublime, em oposição a um corpo fadado à degradação, à decomposição, de dignidade menor, e que estes pudessem ser separados.[25]

Como espírito e matéria, corpo e alma não se separavam. Como de algum modo lixo é o que sobra da vida dos objetos, o cadáver é o que sobra da vida do espírito. Assim é que não havia, nessa época, divisão entre a vida e a morte, devendo a vida continuar depois da morte e a morte começar depois da vida. Predominava a concepção de que morrer é dormir.[26]

Encerrando a análise da morte na Idade Média e a sua relação com o lixo, "a analogia entre morte e lixo se faz muito mais forte em nosso tempo porque na cultura industrial morrer é mais ou menos ir para o lixo".[27] Em contrapartida, reside o velho sentimento religioso ligado à questão da morte que persiste desde a remota antiguidade.

17 CASALINO, op. cit., p.297.
18 CARRAZZA, op. cit., p. 25.
19 Ibid.
20 Ibid.
21 SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. A Imunidade Tributária dos Templos de Qualquer Culto. **Revista Tributária e de Finanças Públicas,** São Paulo, v. 78, n.1, p. 184-197, jan./fev. 2008.
22 SHOUERI, Luís Eduardo. A imunidade tributária dos cemitérios: templos de qualquer culto. **Direito Tributário Atual**, v. 21, p. 254-281, 2007, p. 367.
23 COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga.** São Paulo: Martin Claret, 2007.
24 SOFOCLES. **Antígona.** Porto Alegre: L&PM, 1999.
25 RODRIGUES, José Carlos. **Higiene e ilusão**: o lixo como invento social. Rio de Janeiro: NAU, 1995.
26 Ibid.
27 Ibid, p. 12.

Vê-se que, para um número relevante de religiões, principalmente a católica que tem um grande número de fiéis, o local onde é deixado o morto adquire um significado especial para os vivos, principalmente para manifestações de crença na vida eterna de parentes e amigos. Como destaca Schoueri: "são as oportunidades em que os indivíduos próximos ao falecido vão, sozinhos ou em grupo, lembrar-se do falecido, orar por ele e até "comunicar-se" com ele".[28]

Na verdade, os cemitérios desempenham propósitos funcionais e emocionais. Além de serem locais para enterramento dos corpos, os cemitérios são lugares onde os vivos sentem que podem se comunicar com os falecidos.[29]

Contudo, a grande dificuldade em conseguir vagas nos cemitérios públicos e o descaso do poder público com a manutenção desses locais, entre outros, estão fazendo com que cada vez mais as pessoas optem em enterrar os seus entes queridos em cemitérios particulares, proporcionando-lhes melhores condições para o repouso eterno.

Dessa forma, é que os cemitérios, sejam eles públicos sejam privados, puramente particulares ou ligados às Igrejas de um modo geral, podem ser considerados templos de qualquer culto, sendo frequentados por várias pessoas que creem na vida eterna.

Esses cemitérios podem ser classificados como áreas do domínio público[30] ou privados, que são os instituídos em terrenos do domínio particular, embora estejam também sob o controle do Poder Público, uma vez que há uma série de aspectos que tem relação, entre outros, com a higiene e saúde públicas, e que devem ser averiguados.[31]

Considerando as lições de Carvalho Filho[32], pode-se afirmar que os terrenos onde estão situados os cemitérios públicos são, em regra, de propriedade dos Municípios, só excepcionalmente pertencendo aos demais entes da Federação, isso porque o serviço funerário é da competência municipal, já que é, inegavelmente, assunto de interesse local (art. 30, I, CF).[33]

Como bens públicos que são, os cemitérios públicos fazem jus à imunidade recíproca, imunidade das entidades políticas ou imunidade mútua, prevista no art. 150, VI, "a", CF/1988, pela qual "as entidades políticas integrantes da Federação não podem fazer incidir impostos umas sobre as outras"[34], estando protegidos o patrimônio, a renda e os serviços dessas pessoas jurídicas de direito público e de suas autarquias.

Quando privados, os cemitérios podem ser explorados tanto pelas igrejas quanto pelos particulares no exercício de atividade econômica.

28 SCHOUERI, op. cit., p. 376.
29 Ibid.
30 Domínio público é "o conjunto de bens móveis e imóveis destinados ao uso direto do Poder Público ou à utilização direta ou indireta da coletividade, regulamentados pela Administração e submetidos ao regime de direito público". (CRETELLA JÚNIOR apud CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1122).
31 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
32 Ibid.
33 Ibid.
34 AMARO, op. cit., p. 178.

Não há grandes problemas na atribuição da condição de imune dos cemitérios privados ligados às igrejas. Aqui não se fala mais da imunidade recíproca, mas sim da imunidade tributária dos templos de qualquer culto. Isso porque, de acordo com o pensamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, os cemitérios ligados às igrejas podem ser tidos como verdadeiras extensões dos templos religiosos, fazendo jus à imunidade tributária dos templos de qualquer culto.

Entretanto, nem a doutrina, nem a jurisprudência reconhecem os cemitérios privados (que exploram a atividade funerária lucrativa) como beneficiários da imunidade tributária dos templos de qualquer culto. Acredita-se, contudo, que tal pensamento é equivocado, uma vez que, pelo já exposto, estes, sejam de que natureza for, são verdadeiros locais de culto.

As pessoas enterram seus mortos não apenas por uma questão de saúde e higiene pública, mas principalmente porque, ao longo do tempo, foi construída uma ideia de que é após a morte que a alma encontra a vida eterna e que o corpo que a abrigou enquanto ser vivo merece uma "última moradia" digna.

Entende-se, entretanto, que, no caso de serem enquadrados como beneficiários da imunidade tributária em questão, os cemitérios particulares deveriam, com base no princípio da boa-fé, repassar o valor do benefício aos usuários dos seus serviços, uma vez que é o direito à liberdade de crença destes que está sendo resguardado.

Para o STF, deve-se distinguir os cemitérios extensões de entidades de cunho religioso daqueles que são objeto de exploração comercial por empresas que alugam ou vendem jazigos[35]. Só aqueles são imunes porque "a imunidade dos tributos, de que gozam os templos de qualquer culto, é projetada a partir da proteção aos locais de culto e suas liturgias e da salvaguarda contra qualquer embaraço ao seu funcionamento"[36].

De acordo com o Informativo número 507/2008, STF, no Recurso Extraordinário 544.815, não reconheceu a imunidade em processo no qual proprietária de imóvel alugado a empresa particular que o explora como cemitério privado, pleiteia a imunidade ao IPTU com base na imunidade tributária dos templos de qualquer culto. Tal julgamento ainda está em andamento. Espera-se, entretanto, a mudança do entendimento acerca da não aplicabilidade do instituto da imunidade tributária dos templos de qualquer culto aos cemitérios privados.

Verifica-se que o STF tem atribuído caráter reducionista da expressão "templos de qualquer culto", apesar da orientação doutrinária no sentido de que a interpretação das normas de imunidade tributária deve ocorrer da forma mais ampla possível, a fim de resguardar os direitos fundamentais que a estas devem proteger.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Desde a mais remota antiguidade, o homem atribuiu elevada

35 STF, Informativo número 507/2008.
36 Ibid.

estima aos seus mortos, temendo-os e dirigindo-lhes preces antes mesmo de adorar aos diversos deuses. A terra, local onde deveria permanecer o corpo do morto, adquiriu inestimável valor, sendo que as sepulturas poderiam ser facilmente identificadas como locais de culto. Assim, pode-se dizer que data desse período a origem do sentimento religioso.

Mesmo com o decorrer do tempo, para a maioria das crenças religiosas, o ritual de enterro dos mortos e as homenagens que são prestadas nesse local ao longo dos anos persistem e podem ser consideradas como verdadeiras manifestações de crença.

Nesse contexto, é que o cemitério adquire papel de fundamental importância na discussão sobre o direito fundamental à liberdade de crença. Eles devem ser enquadrados como locais de manifestação desta e merecem a proteção do ordenamento jurídico brasileiro nos mais diversos aspectos, inclusive contra as investidas estatais que podem dificultar ou barrar o exercício de determinadas religiões por meio da tributação.

O Supremo Tribunal Federal, em entendimento restrito, atribuiu legitimidade ao gozo da imunidade tributária somente aos cemitérios públicos (com base na imunidade tributária recíproca) e aos cemitérios ligados às Igrejas (com base na imunidade tributária dos templos de qualquer culto), não contemplando os cemitérios privados. Entretanto, entende-se que o entendimento é equivocado, já que cidadãos que enterram seus mortos nesses locais exercem seu direito fundamental à liberdade de crença.

Defende-se que, pelo raciocínio exposto, a aplicação da imunidade tributária deve contemplar os cemitérios, seja de que natureza for, onde os fiéis podem praticar os seus diversos rituais de acordo com cada religião.

Os frequentadores dos cemitérios assumem tal conduta para lembrarem-se dos falecidos entes queridos e ainda para homenagear tais pessoas. As mais diversas religiões preveem rituais que devem ser realizados, inclusive no próprio local do enterro. Nesse ponto, está a manifesta importância espiritual na existência dos cemitérios, que não podem ser vistos apenas sob um ponto de vista sanitarista, como um local afastado onde deve ser colocado o "lixo humano".

Assim, as pessoas que enterram seus mortos e prestam a eles homenagens diversas, inclusive pela prática de rituais, exercem sim o seu direito à liberdade de crença nos cemitérios e devem ter tal direito resguardado pelo Estado nas esferas pública e privada, inclusive perante ele próprio, que pode valer-se da tributação como instrumento de cerceamento do direito.

Ao contrário do que entende a nossa Suprema Corte, defende-se, portanto, que todos os cemitérios, por serem inquestionavelmente locais de manifestação de crença religiosa, devem gozar da imunidade tributária dos templos de qualquer culto, beneficiando todos os cidadãos em um dos modos de exercício do direito fundamental em questão.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. CARRAZZA, Roque Antônio. A Imunidade Tributária dos Templos de Qualquer Culto

(art. 150, VI, b, da CF) – Questões conexas. In: CARRAZZA, Elizabeth Nazar (Coord.); MORETI, Daniel (Org.). **Imunidades Tributárias**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CASALINO, Vinícius. **Curso de Direito Tributário e Processo Tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v.1.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2007. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O Conceito de Justiça Fiscal na Tradição Ocidental. **Consultor Jurídico.** São Paulo, 19 maio 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mai-19/embargos-culturais-conceito-justica-fiscal-tradicao-ocidental>. Acesso em 8 ago. 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RODRIGUES, José Carlos. **Higiene e Ilusão: o lixo como invento social.** Rio de Janeiro: NAU, 1995.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. A Imunidade Tributária dos Templos de Qualquer Culto. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v. 78, n.1, p. 184-197, jan./fev. 2008.

SHOUERI, Luís Eduardo. **A imunidade tributária dos cemitérios: templos de qualquer culto**. Direito Tributário Atual, v. 21, p. 254-281, 2007. SOFOCLES. **Antígona**. Porto Alegre: L&PM, 1999.

ANÁLISE CRÍTICA DA RESTITUIÇÃO DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS (ICMS) SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA PELO CONSUMIDOR FINAL

Rafaela Barbosa de Brito[37]
Diego Maia Crescêncio Pereira[38]

RESUMO

O tema discutido neste trabalho se inspira em uma prática bastante comum adotada pela administração pública estadual, qual seja: no caso de grandes consumidores, como as indústrias, o consumo e a demanda de potência compõem a tarifa da energia elétrica, que tem como objetivo a garantia ao consumidor final de que toda a energia elétrica que será necessária ao seu consumo estará efetivamente à disposição. Uma vez contratada a demanda de potência, a energia elétrica poderá ou não ser utilizada em sua totalidade pelo consumidor. Entretanto, o ICMS, imposto de competência estadual, incide sobre toda a energia contratada, e não somente sobre a de fato consumida. Como quem tem o dever legal de recolher aos cofres públicos o referido imposto é a concessionária fornecedora, por força do art. 166 do Código Tributário Nacional, o industrial, consumidor final, ficaria impedido de pleitear a restituição do imposto que foi pago sobre a parcela da energia contratada que não foi consumida. Diante do exposto, utilizando-se do método dedutivo, fez-se uma pesquisa do tema pelo levantamento bibliográfico, com consulta a livros e a periódicos, bem como por visitas a sítios eletrônicos e análise de decisões do Superior Tribunal de Justiça. Como objetivo, busca-se, precipuamente, analisar a (im)possibilidade de gozo do direito à restituição de tributo pago indevidamente por consumidor final e o posicionamento jurisprudencial atual sobre o assunto.

Palavras-chave: ICMS. Repetição de indébito. Energia elétrica.

37 Advogada, especialista em Direito Tributário pela Faculdade Sete de Setembro (FA7), bacharela em Direito pelo Centro Universitário Christus (Unichristus) e professora do Curso de Direito do Centro Universitário Christus (Unichristus).
38 Advogado, bacharel em Direito pelo Centro Universitário Christus (Unichristus).

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: O CASO CONCRETO

O tema discutido neste trabalho se inspira em uma prática bastante comum adotada pela administração pública estadual, qual seja: no caso de grandes consumidores, como as indústrias, o consumo e a demanda de potência[39] compõem a tarifa da energia elétrica, que tem como objetivo a garantia ao consumidor final de que toda a energia elétrica que será necessária ao seu consumo estará efetivamente à disposição.

Uma vez contratada a demanda de potência, a energia elétrica poderá ou não ser utilizada em sua totalidade pelo consumidor. Entretanto, o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e prestações de serviços (ICMS), imposto de competência estadual, incide sobre toda a energia contratada, e não somente sobre a de fato consumida. Como quem tem o dever legal de recolher aos cofres públicos o referido imposto é a concessionária fornecedora, por força do art. 166 do Código Tributário Nacional (CTN), o industrial, consumidor final, ficaria impedido de pleitear a restituição do imposto que foi pago sobre a parcela da energia contratada que não foi consumida.

Em situações como essas, o Estado, buscando cada vez mais o aumento na arrecadação de verbas por meio dos tributos, esquece que a sua relação com as pessoas sujeitas à tributação é uma relação jurídica e que, como as demais relações jurídicas, a relação tributária surge da ocorrência de um fato previsto em uma norma como capaz de produzir seus efeitos, considerando sempre as limitações ao poder de tributar que constam na Constituição Federal de 1988, compostas pelas regras de competência tributária e obediência aos princípios e às imunidades. Sendo assim, essa prática da incidência tributária do ICMS sobre a energia elétrica contratada, mas não consumida, viola, flagrantemente, as previsões da Carta Magna e o entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça.

2 DA INCIDÊNCIA DO ICMS NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA

O ICMS, de acordo com a Constituição Federal de 1988, é de competência dos Estados e do Distrito Federal (art. 155, II, CF/1988) e, em comparação às Constituições anteriores, teve seu âmbito de abrangência ampliado, contemplando não só a circulação de mercadorias, mas também as prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.[40]

O tributo em questão, de função predominantemente fiscal, ou seja, arrecadatória, que consisti em uma das principais fontes de receita dos Estados e do Distrito Federal[41], tem, como o próprio nome diz, base nuclear do fato gerador na circulação de mercadorias ou prestação de serviços interestadual ou intermunicipal de transporte e de comunicação, ainda que

39 "Empresas que consomem muita energia elétrica geralmente contratam diretamente com concessionárias uma reserva de potência fixa chamada demanda contratada. Demanda contratada é a quantidade de energia colocada pela concessionária à disposição do contratante (empresa), que, em contrapartida, paga um preço combinado de antemão, sendo que esse pagamento é realizado independentemente da utilização efetiva da energia colocada à disposição. Vale dizer, a mera disponibilização da energia elétrica, mesmo que não seja efetivamente utilizada, gera o dever da empresa de pagar à concessionária." (NASRALLAH, Amal. Demanda contratada. Empresas podem pedir a restituição do ICMS incidente sobre a demanda de potência não utilizada. **Tributário nos Bastidores**. Disponível em: <http://tributarionosbastidores.wordpress.com/2013/5/21/rep-dem/>. Acesso em: 6 set. 2013).

40 MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário.** 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
41 Ibid.

iniciados no exterior[42]. Segundo Sabbag:

> Diz-se que existem, na verdade, QUATRO impostos definidos na outorga de competência do inciso II do art. 155 do texto constitucional vigente, quais sejam:
>
> a) Imposto sobre a circulação de mercadorias;
>
> b) Imposto sobre serviços de transportes interurbanos de interestaduais e de comunicação;
>
> **c) Imposto sobre a produção, importação, circulação, distribuição e consumo de combustíveis líquidos e gasosos e energia elétrica;**
>
> d) Imposto sobre extração, importação, circulação, distribuição e consumo de minerais. (grifo nosso)[43]

Pelo exposto, convém destacar que, segundo a Constituição Federal, o vocábulo "mercadoria" deve ser entendido em seu sentido estrito para fins de incidência do ICMS, como sendo bem ou coisa móvel com aptidão ao comércio, sendo que a energia elétrica, apesar de não ser uma coisa móvel, é pacificamente entendida como "mercadoria" para efeito da incidência do referido imposto.[44]

Assim, inquestionável é o enquadramento da energia elétrica como mercadoria e a afirmação de que sobre a sua comercialização, de acordo com a Constituição Federal, há a incidência de ICMS.

De acordo com o art. 166 do CTN, todos os tributos indiretos[45], dentre os quais se insere o ICMS, são passíveis de restituição do encargo financeiro suportado, contanto que o comprador ou consumidor da mercadoria cumpra a prova da sua transferência, ou por este se apresente, devidamente autorizado a recebê-la, o requerente, sob pena de caracterização de um enriquecimento sem causa.[46]

A rigor, o consumidor final, industrial, no caso da contratação de reserva de potência de energia elétrica, que paga o ICMS imbutido no preço da energia elétrica repassada pela concessionária, não poderia pleitear a restituição do que foi pago correspondente ao que foi disponibilizado (energia contrada), mas não foi utilizado.

Contudo, mesmo diante do argumento, o motivo pelo qual se deve excluir da base de cálculo do ICMS a potência de energia contratada, porém não consumida pelo cliente da concessionária, é que a mera formalização do contrato de compra e fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza, por si só, circulação de mercadoria. Para fins de ICMS, tem de ter ocorrido o fato gerador, que é o efetivo consumo de energia.

Nesse sentido, de acordo com a Súmula nº 391 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), "o ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada".

Entretanto, na prática, não é isso o que tem sido visto. De acordo com Sabbag:

> Infelizmente, o que tem sido visto no Poder Judiciário é o uso despautado e irracional desse argumento pelas Fazendas, a fim de (in)justificar a recusa da devolução dos valores indevidamente pagos pelo contribuinte, seja alegando que ocorreu a repercussão tributária, quando se apresenta judicialmente o indivíduo que efetuou o pagamento, seja pela alegação da suposta ilegitimidade processual, para afastar a existência de relação jurídico-tributária estabelecida entre ela e o requerente.[11]

Portanto, mesmo sendo o ICMS enquadrado como tributo indireto, devendo, desse modo, obediência ao preceito do art. 166 do CTN, de acordo com a jurisprudência a diante analisada, o consumidor final teria direito à restituição do ICMS já pago sobre a diferença entre a energia elétrica contratada e a efetivamente consumida.

3 DA SUJEIÇÃO PASSIVA NA RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA

De acordo com o disposto no artigo 121 do CTN, o sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e pode ser o contribuinte tributário, quando é quem tem relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador, ou o responsável tributário, quando é quem, se revestir a condição de contribuinte, sua obrigação para tal pagamento decorra de disposição expressa de lei.

Pela leitura do mencionado dispositivo legal, pode-se concluir que o sujeito passivo da obrigação tributária, ou seja, aquele que deve realizar, em regra, o pagamento do mencionado tributo, é o contribuinte, que realizou o fato gerador da referida obrigação, ou o responsável, que tem algum contato com o fato gerador da obrigação tributária, sem enquadrar-se na condição de contribuinte, mas que a lei atribuiu o dever de recolhimento do tributo. Conforme as lições de Coêlho:

> Quando o fato gerador descrito hipoteticamente na norma de tributação ocorre no mundo, dá-se a instauração da relação jurídico-tributária entre o ente titular da capacidade para receber o tributo (sujeito ativo) e o sujeito passivo obrigado a satisfazer a prestação pecuniária, o chamado *crédito tributário*, correspondente ao *tributo devido*. O sujeito passivo é denominado pelo CTN de contribuinte quando realiza, ele próprio, o fato gerador da obrigação, e de responsável quando, não realizando o fato gerador da obrigação, a lei lhe imputa o dever de satisfazer o crédito tributário em prol do sujeito ativo.[47]

Assim, de acordo com o previsto no diploma legal que prevê as normas gerais de Direito Tributário com base na Constituição Federal, o sujeito passivo só pode ser um dos dois: ou o contribuinte ou o responsável. Entretanto, o responsável pode assumir essa condição de responsável por duas condutas distintas.

42 SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 2009.

43 Ibid, p. 941.

44 Ibid.

45 Tributos indiretos são aqueles pagos diretamente ao fisco pelos contribuintes de direito, que têm alguma relação com o fato gerador e que são designados pela lei a realizar tal pagamento, mas que tem o seu encargo financeiro transferido a outrem, normalmente o consumidor final. São exemplos desses tributos o ICMS e o imposto sobre produtos industrializados (IPI).

46 SABBAG, op. cit.

47 COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 596.

O responsável pode, por lei, substituir aquele que deveria ser naturalmente o contribuinte, como no caso do recolhimento do Imposto de Renda (IRPF) de pessoa física direto da fonte pagadora pelo empregador, quando, na verdade, quem realiza o fato gerador de auferir renda é o empregado, que deveria pagar o imposto; ou ainda pode receber por transferência tal encargo, como no caso do locatário que se obriga ao pagamento do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) por meio do contrato de locação, lembrando que tal contrato não pode ser oposto contra a Fazenda Pública para fins de cobrança do referido imposto do responsável, devendo, no caso de cobrança judicial, o proprietário do imóvel atuar como réu e, se quiser, ao final, ajuizar ação regressiva em face do locatário para reaver o valor inicialmente pago.

Corroborando com esse entendimento, ainda com base na doutrina do autor supracitado, pelo sistema do CTN, o responsável tributário assume essa condição por dois modos:

> a) substituindo aquele que deveria ser naturalmente o contribuinte, por multivários motivos previstos em lei; e
>
> b) recebendo, por transferência o dever de pagar o tributo antes atribuído ao contribuinte, o qual, por motivos diversos, não pode ou não deve satisfazer a prestação.[48]

Dessa forma, confirma-se que são sujeitos passivos da obrigação tributária apenas as figuras do contribuinte e do responsável tributário, seja ele por substituição, seja por transferência.

Entretanto, há casos nos quais estão em questão o pagamento dos chamados tributos indiretos, como o ICMS e o IPI, situações em que o responsável tributário arca com o ônus da tributação, mas transfere o encargo financeiro para o consumidor final. Nessas situações, podem-se ver duas figuras bem nítidas: os chamados contribuintes de direito, responsáveis tributários pelo recolhimento do tributo, e os contribuintes de fato, quem, na verdade, arca com o ônus financeiro tributário, uma vez que paga no preço final o correspondente também à tributação. Convém destacar que essa nomenclatura foi atribuída pelos doutrinadores estudiosos do Direito Tributário e é amplamente utilizada no meio.

Nesses casos, é pacífico, tanto na doutrina como na jurisprudência, o entendimento de que os contribuintes de fato, apesar de serem chamados de contribuinte, não o são quando considerado o art. 121 do CTN para fins de sujeição passiva tributária. Apesar de arcarem com o ônus financeiro, não se enquadram na definição nem de contribuinte nem de responsável tributário, e essa constatação é de suma importância quando da análise da sujeição ativa nas ações de repetição de indébito tributário.

4 LEGITIMAÇÃO PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO

A informação destacada no tópico anterior é de fundamental importância para a análise da legitimidade ativa para a propositura da ação de repetição de indébito tributário. Isso porque nunca se deve esquecer de que são sujeitos passivos da obrigação tributária apenas o contribuinte e o responsável tributário, além de que o contribuinte de direito, apesar de ser chamado pela doutrina de contribuinte, não o é para os fins legais, uma vez que não se enquadra em nenhum dos conceitos legais presentes no art. 121 do CTN.

O art. 165 do referido diploma legal cuida da ação repetitória e prevê que o sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo

162 (que não mais se aplica, pois não há mais tributos pagos por estampilha), nos casos de cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido; erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento; ou reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

Portanto, o sujeito ativo da ação repetitória é o sujeito passivo da obrigação tributária. Assim, só o contribuinte e o responsável tributário, em qualquer uma de suas duas modalidades, é que podem, de acordo com os preceitos legais, propor em juízo a ação de repetição de indébito tributário.

Ainda prevê o CTN, no art. 166, que a restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

Com base no exposto, no caso dos mencionados tributos indiretos, como o ICMS incidente sobre a energia elétrica, o consumidor final, contribuinte de fato que não é contribuinte aos olhos do Direito Tributário, não poderia atuar como autor da ação de repetição de indébito para restituir o ICMS que foi pago sobre a parcela da energia contratada e não consumida. Este era o entendimento dos Tribunais. De acordo com Machado Segundo:

> Assim, para o STJ, no âmbito dos tributos ditos indiretos, somente o contribuinte "de direito" pode discutir os termos da relação jurídica, sendo certo que, no caso de restituição, mesmo ele não pode fazê-lo se não provar haver assumido o ônus econômico representado pelo tributo. Cria-se, com isso, entrave praticamente intransponível à restituição do indébito, o que se faz de forma fortemente incoerente. Para um efeito, é 'jurídica' a transferência do ônus do tributo ao consumidor final. Para outro, é "meramente econômica".[49]

Dessa forma, no caso do fornecimento de energia elétrica, o consumidor final, que arca com todo o ônus tributário incidente sobre a mercadoria em questão, não poderia ajuizar ação pleiteando o ressarcimento dos valores pagos a maior, tendo o seu direito de acesso à justiça expressamente barrado pela lei. Nesse sentido leciona o supracitado doutrinador:

> No fornecimento de energia, o preço é tarifado, e o imposto é juridicamente cobrado como um "plus". Há,

48 Ibid, p. 597.

49 MACHADO SEGUNDO, p. 432.

> portanto, clara repercussão jurídica do imposto, como aliás preconizam Alfredo Augusto Becker e Hugo de Brito Machado. O ICMS não é custo do fornecedor de energia. Seus custos são cobertos pela tarifa. Na verdade, a lei apenas conferiu ao concessionário o dever jurídico de recolher o ICMS, mas atribuiu-lhe também o direito de exigir do consumidor o reembolso respectivo. Há, inclusive, semelhança entre a incidência do ICMS na energia elétrica e a sistemática de arrecadação do *sale tax* norte-americano. O consumidor conhece o preço do item consumido *sem* o imposto, que, após a compra, no momento do pagamento, é adicionado.[50]

Ainda reitera, em ponto de vista tido como mais adequado, que:

> Tal entendimento não nos parece acertado. Do ponto de vista do direito material, não se deveria aplicar o art. 166 do CTN a tributos como ICMS e o IPI, quando pagos sob a forma normal de tributação. Em se tratando de consumo de energia elétrica, como já explicado (item 3.1, *supra*), a rigor há repercussão jurídica para o consumidor, que figura como verdadeiro contribuinte "de direito", assemelhando-se a concessionária, em verdade, a uma responsável tributária. Seja como for, do ponto de vista processual, esse entendimento ora acolhido pelo STJ cria um obstáculo praticamente intransponível ao acesso à prestação jurisdicional em matéria de tributos ditos como indiretos, em ofensa ao art. 5º, XXXV, CF/88.[51]

Desse modo, o precedente aberto pelo STJ em relação às ações de repetição de indébito tributário no caso do ICMS incidente sobre a demanda de potência de energia elétrica representa uma forte conquista dos cidadãos para a efetividade do seu direito de acesso à justiça.

5 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS NAS AÇÕES QUE ENVOLVEM RESTIUIÇÃO DO ICMS INCIDENTE SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA

Por tudo já exposto, é necessário, então, mostrar qual vem sendo o entendimento reinante na jurisprudência, principalmente mediante a análise de decisões ao longo do tempo dos Tribunais Superiores.

Primeiramente, vejamos um importante julgado do STJ:

> RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS. TRIBUTO INDIRETO. CONSUMIDOR. "CONTRIBUINTE DE FATO". ILEGITIMIDADE ATIVA. RECURSO NÃO PROVIDO. **1. Os consumidores de energia elétrica, de serviços de telecomunicação não possuem legitimidade ativa para pleitear a repetição de eventual indébito tributário do ICMS incidente sobre essas operações. 2. A caracterização do chamado contribuinte de fato presta-se unicamente para impor uma condição à repetição de indébito pleiteada pelo contribuinte de direito, que repassa o ônus financeiro do tributo cujo fato gerador tenha realizado (art. 166 do CTN), mas não concede legitimidade ad causam para os consumidores ingressarem em juízo com vistas a discutir determinada relação jurídica da qual não façam parte**. 3. Os contribuintes da exação são aqueles que colocam o produto em circulação ou prestam o serviço, concretizando, assim, a hipótese de incidência legalmente prevista. 4. Nos termos da Constituição e da LC
>
> 86/97, o consumo não é fato gerador do ICMS. 5. Declarada a ilegitimidade ativa dos consumidores para pleitear a repetição do ICMS. 6. Recurso ordinário não provido. (grifo nosso)[52]

Pela análise dessa e de outras decisões do STJ, como o Recurso Especial nº 903394[53], pode-se perceber que os consumidores finais (industriais) não podiam pleitear a restituição em caso de tributos indiretos por não possuírem legitimidade ativa para propor ação repetitória.

Quem realmente tem a legitimidade ativa são, na verdade, os contribuintes de direito (no caso, as concessionárias de energia elétrica), pois são eles que participam da relação jurídica tributária, são eles, portanto, que realizam o fato gerador.

Como visto anteriormente, o art. 165 do CTN dispõe expressamente que quem tem legitimidade ativa para propor ação de repetição de indébito é o sujeito passivo da relação jurídica tributária. Já o art. 121 do mesmo diploma legal diz que o sujeito passivo das mencionadas relações jurídicas são quem tem o dever de pagar o tributo, podendo ser o contribuinte ou o responsável tributário.

O contribuinte de fato, para o Direito Tributário, não é nem contribuinte nem responsável tributário, não sendo, assim, sujeito passivo capaz de atuar como autor nas ações repetitórias. Embora a expressão "contribuinte de fato" contenha a palavra "contribuinte", esta corresponde apenas a uma nomenclatura adotada pela doutrina e pela jurisprudência, pois é ele quem suporta o ônus financeiro do tributo.

O fato de o contribuinte de direito repassar o encargo financeiro para os contribuintes de fato não altera em nada a relação jurídica. Trata-se apenas de uma prática comum de mercado, que resguarda a possibilidade de o empresário fornecedor obter lucro ao desempenhar a sua atividade.

Este o entendimento reinante no Superior Tribunal de Justiça até pouco tempo. Acontece que, em agosto de 2012, houve uma alteração nesse modo de pensar, como se pode ver no julgado abaixo:

> RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C CÓDIGODE PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ENERGIA ELÉTRICA.INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA "CONTRATADA E NÃO UTILIZADA". LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR PARA PROPOR AÇÃO DECLARATÓRIA C/CREPETIÇÃO DE INDÉBITO. - Diante do que dispõe a legislação que disciplina as concessões de serviço público e da peculiar relação envolvendo o Estado-concedente, a concessionária e o consumidor, esse último tem legitimidade para propor ação declaratória

50 Ibid, p. 326.
51 Ibid, p. 432.
52 STJ - RMS: 24532 AM 2007/0156112-1, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 26/8/2008, T2 - SEGUNDA TURMA Data de Publicação: De 25/9/2008.
53 STJ - REsp: 903394 AL 2006/0252076-9, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 24/3/2010, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 26/4/2010.

> c/c repetição de indébito na qual se busca afastar, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada. - O acórdão proferido no REsp 903.394/AL (repetitivo), da Primeira Seção, Ministro Luiz Fux, DJe de 26.4.2010, dizendo respeito a distribuidores de bebidas, não se aplica aos casos de fornecimento de energia elétrica. Recurso especial improvido. Acórdão proferido sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil.[54]

Percebe-se, dessa forma, que houve uma mudança no entendimento do mencionado Tribunal, possibilitando ao consumidor final, o industrial no caso do fornecimento de energia elétrica sob o regime de reserva de potência, propor ação repetitória quando se pretende afastar o ICMS incidente sobre a demanda de energia elétrica contratada, mas não efetivamente utilizada.

Como já foi dito, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da sua Súmula 391, pacificou o entendimento de que o ICMS deve incidir sobre a energia elétrica efetivamente utilizada e não a contratada sob demanda de potência.

Acontece que, mesmo assim, com a edição dessa súmula, as concessionárias não alteraram a forma de recolhimento e repasse do imposto, continuando a repassar ao consumidor final a tributação sobre a demanda contratada. Permaneceram dessa forma porque não queriam se indispor com o Estado, temendo que seus contratos não fossem mais aceitos por haver uma tributação menor. Ademais, uma mudança no repasse de tributos incidentes sobre a energia elétrica poderia causar uma série de revisões nos preços dessa mercadoria, o que também não é interessante nem para o Estado nem para a empresa concessionária,

Aliada ainda com o fato de as concessionárias não quererem se indispor com o Governo, elas também não repassam a tributação de forma correta porque, na realidade, não são elas quem suportam o ônus tributário, tendo em vista o repasse do encargo financeiro para o consumidor final.

O STJ, ao tomar parte dessa situação, adotou o entendimento de que, em alguns casos peculiares iguais a este, uma exceção se faz necessária. Assim, permitiu que os consumidores finais propusessem ação de repetição de indébito quando se tratar de restituição de valores incidentes de ICMS incidente sobre reserva de energia elétrica contratada e não utilizada.

Vejamos um julgado recente adotando esse novo entendimento:

> TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR DE FATO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. ICMS. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. DEMANDA CONTRATADA DE ENERGIA ELÉTRICA. RESP 1.299.303/SC, PROCESSADO SOB O RITO ART. 543-C DO CPC. AGRAVO NÃO PROVIDO.1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.299.303/SC, de relatoria do Min. CESAR ASFOR ROCHA, DJe 14/8/12, processado sob o rito do art. 543-C, do CPC, assentou o entendimento de que o consumidor detém legitimidade ativa para propor ação de repetição de indébito quando se tratar de restituição de valores de ICMS incidente sobre reserva de energia elétrica contratada e não utilizada. 2. Agravo regimental não provido.[55]

Vale a pena ressaltar que o referido julgado faz referência ao julgamento do Recurso Especial nº 1.299.303/SC, o representativo da alteração do entendimento, possibilitando, em caráter excepcional, a legitimidade ativa dos consumidores finais de propor ação de repetição de indébito tributário.

Assim, ficou pacificada essa exceção peculiar, como demonstram julgados recentes:

> TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA DE ENERGIA ELÉTRICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONSUMIDOR. RESP
>
> 1.299.303/SC, PROCESSADO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. 1. "Diante do que dispõe a legislação que disciplina as concessões de serviço público e da peculiar relação envolvendo o Estado-concedente, a concessionária e o consumidor, esse último tem legitimidade para propor ação declaratória c/c repetição de indébito na qual se busca afastar, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada." (REsp 1.299.303/SC, Rel.
>
> Ministro Cesar Asfor Rocha, Primeira Seção, DJe 14/08/2012) 2. Agravo regimental não provido.[56]

No mesmo sentido, continua decidindo o STJ:

> TRIBUTÁRIO. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS. INCIDÊNCIA SOBRE A DEMANDA CONTRATADA DE ENERGIA ELÉTRICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONSUMIDOR. BASE DE CÁLCULO. O consumidor é parte legítima para discutir judicialmente a cobrança do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica (REsp nº 1.299.303, SC, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 14/08/2012, processado sob o regime do art. 543-C do Código de Processo Civil). "O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada" (STJ, Súmula nº 391). Agravo regimental desprovido.[57]

Dessa forma, como se pode ver, já está pacificado no STJ o entendimento de que o consumidor final (contribuinte de fato) pode propor ação de repetição de indébito quando se deseja restituir valores de ICMS incidente sobre energia elétrica contratada e não utilizada.

Este foi um passo muito importante para a efetividade dos direitos do cidadão, uma vez que não são poucos os casos nos quais este suporta um ônus tributário ilegítimo e não tinha a possibilidade de discutir a dívida em juízo. Agora, há um forte precedente nesse sentido.

6 CONCLUSÃO

Diante da especial necessidade de contratação de energia

54 STJ - REsp: 1299303 SC 2011/0308476-3, Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 08/08/2012, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 14/08/2012.

55 AgRg no AREsp 265.862/CE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/02/2013, DJe 25/02/2013.

56 STJ - AgRg no REsp: 1286047 MG 2011/0236270-5, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 23/04/2013, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/04/2013.

57 STJ - AgRg no AgRg no AREsp: 73585 GO 2011/0185999-0, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data

elétrica por grandes consumidores, como os industriais, para suprir sua demanda, as concessionárias trabalham por um preço previamente combinado pelo qual o contratante, consumidor final, pagará independentemente do seu consumo, chamado reserva de potência.

Como a energia elétrica, para todos os fins, é tida como mercadoria, há a incidência do ICMS, imposto indireto já que recolhido pela concessionária e repassado ao consumidor, sobre o preço contratado. Assim, segundo os preceitos do CTN, o consumidor final, contribuinte de fato, não teria direito à restituição do imposto que foi pago sobre a parcela que não foi consumida.

Entretanto, viu-se que, segundo a lei, o fato gerador do referido imposto é a circulação de mercadorias. Apenas colocar a mercadoria, no caso a energia elétrica, à disposição do consumidor, não configuraria hipótese de incidência do ICMS, uma vez que não houve a efetiva circulação dessa mercadoria.

Considerando esse raciocínio, o STJ sumulou entendimento que o ICMS incide sobre a energia elétrica que foi consumida, e não a que foi colocada à disposição. Assim, passou-se a admitir, pela jurisprudência, que os consumidores de fato passassem, excepcionalmente, a figurar os polos ativos das ações de repetição de indébito tributário para restituição de tributos indiretos, não dependendo da concessionária fornecedora de energia elétrica para tanto.

Dessa forma, formou-se precedente no sentido de que o contribuinte de fato teria sim legitimidade, em alguns casos específicos, para atuar como autor de ação de repetição de indébito tributário, buscando o ressarcimento de tributos que foram por ele indiretamente pagos.

Acredita-se que foi um sábio posicionamento dos tribunais, mediante análise de diversas jurisprudências, para que seja facilitada a efetividade dos mais diversos direitos, entre eles os patrimoniais, pelos cidadãos, no caso, contribuintes.

REFERÊNCIAS

CAIS, Cleide Previtalli. **O Processo Tributário**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NASRALLAH, Amal. Demanda contratada. Empresas podem pedir a restituição do ICMS incidente sobre a demanda de potência não utilizada. **Tributário nos Bastidores**. Disponível em: http://tributarionosbastidores.wordpress.com/2013/5/21/rep-dem/>. Acesso em: 6 set. 2013.

RIBEIRO NETO, José. **Direito Tributário & Legislação Tributária do Estado do Ceará**. 4. ed. Fortaleza: Fortes, 2011.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário.** São Paulo: Saraiva, 2009.

A PREVIDÊNCIA SOCIAL DO PRESO E O NOVO AUXÍLIO-RECLUSÃO

*Marcos José Nogueira de Souza Filho58**

SUMÁRIO: Introdução. A Condição Previdenciária do Preso. A Proteção Social à Família do Trabalhador Recolhido à Prisão. Requisitos Atuais do Auxílio-Reclusão. A Iminente Reconfiguração do Auxílio-Reclusão e Seus Novos Beneficiários. Conclusão.

RESUMO

A Previdência Social no Brasil tem por destinatários básicos os trabalhadores que, em condições regulares, cumprem com sua obrigação tributária de pagar mensalmente a contribuição previdenciária. Nesse cenário, o trabalhador, ao contribuir regularmente, passa a ser protegido pela Previdência contra infortúnios que, se ocorridos, impedem a continuidade do exercício da atividade profissional e, por consequência, o autossustento financeiro. Não obstante, a Previdência não reduz sua proteção ao trabalhador, mas a estende a seus familiares, pressupondo que aquele seria o responsável econômico de toda a família. A proteção à família dar-se-ia em duas hipóteses: o óbito do trabalhador, caso em que seria concedida a seus dependentes o benefício da Pensão por Morte; e o recolhimento desse trabalhador à prisão, pois restaria impedido de continuar garantido o sustento da família, que, por isso, faria jus ao benefício do Auxílio-Reclusão. Tal benefício, entretanto, tem merecido ao longo dos últimos anos críticas de diversos setores da sociedade em razão da proteção dispensada à família do preso, quando a vítima ou a família da vítima resta desamparada. Os argumentos contrários ao Auxílio-Reclusão serão anunciados, examinados e, se for o caso, contraditados ao longo deste artigo acadêmico, logo após uma análise doutrinária de sustentação teórica do benefício, seus requisitos e as pessoas para quem ele é dirigido.

PALAVRAS-CHAVE: Previdência. Preso. Auxílio-Reclusão.

58 *Mestre em Direito Constitucional e Especialista em Direito Público. Professor de Direito da Seguridade Social e de Direito Administrativo do Centro Universitário Christus – UNICHRISTUS. Advogado Previdenciarista.

1 INTRODUÇÃO

Dentre os benefícios disponibilizados pela Previdência Social a seus contribuintes, seguramente é o Auxílio-Reclusão o maior merecedor de críticas e polemização, na medida em que é direcionado ao trabalhador recolhido à prisão e, especialmente, à sua família. Numa época em que os direitos constitucionais do preso são contestados diuturnamente, seja por uma sociedade já castigada pela criminalidade excessiva, seja por uma mídia intolerante cujas declarações se aproximam dos posicionamentos fascistas de combate ao crime, o Auxílio-Reclusão não conseguiu se esquivar das discussões.

Nesse cenário, abre-se espaço para o surgimento de correntes teóricas baseadas no cerceamento crescente às prerrogativas institucionais do acusado. Tanto que tais entendimentos acabaram por repercutir também na Previdência Pública, a partir do surgimento de iniciativas tendentes a abolir, em definitivo, o Auxílio-Reclusão do rol de benefícios previdenciários à disposição dos segurados e contribuintes do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Muitas são as vozes que alardeiam a pretensa injustiça na tutela do Auxílio-Reclusão pela legislação previdenciária, que visaria à proteção ao preso e a seus dependentes, em detrimento da vítima do crime e de sua família, cuja proteção estatal inexistiria. Especulam que a solução para tal iniquidade seria a extinção do benefício em foco e sua substituição por um auxílio direcionado à vítima e/ou à sua família.

Aproveitar-se-á a oportunidade da elaboração deste brevíssimo escrito acadêmico para se fazer uma reflexão sobre a celeuma, identificando a situação do preso sob o prisma da Previdência Pública, suas prerrogativas e obrigações, a partir do conteúdo normativo pertinente e dos esboços doutrinários daqueles que se dedicam ao exame jurídico da Seguridade Social.

2 A CONDIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DO PRESO

Uma das classificações doutrinárias a que se submete o segurado da Previdência Social diz respeito à sua condição como obrigatório ou facultativo. Em regra, todo trabalhador em situação regular1 possui vínculo compulsório com a Previdência, dado o seu caráter contributivo e filiação obrigatória, conforme constitucionalmente fixado pelo *caput* do art. 201. Por outro lado, segurado facultativo é aquele que, não ostentando a condição de trabalhador, filia-se à Previdência segundo sua própria conveniência.

Diante disso, o condenado cumpridor de pena privativa de liberdade pode assumir qualquer das duas condições, a depender do exercício ou não de atividade laboral durante o cumprimento da sanção penal. Destaca-se, não obstante, que a prisão geradora de efeitos previdenciários não necessariamente consiste na decorrente da sentença penal condenatória, mas também é admitida sua modalidade provisória ou preventiva, na forma da processualística criminal.

De qualquer forma, estando o preso a trabalhar no cumprimento da pena, este possui o direito inalienável à remuneração, razão pela qual atende ao requisito essencial da filiação obrigatória junto ao INSS, qual seja o cumprimento do binômio "Trabalho X Renda". É este exatamente o cenário contido no permissivo legal do art. 39 do Código Penal, segundo o qual "o trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social".

Adverte-se, para esse efeito, que o trabalho do preso é cabível em qualquer das modalidades de regime prisional (aberto, semiaberto ou fechado). O Código Penal admite a possibilidade de trabalho externo no âmbito do regime fechado, desde que se trate de obras ou serviços públicos (art. 34, §3º); no regime semiaberto, é possível o trabalho externo sem restrições quanto à sua natureza de atividade pública ou privada (art. 35, §2º); já quanto ao regime aberto, tem este por característica essencial o trabalho diurno e fora do estabelecimento prisional, somado ao recolhimento noturno e nos dias de folga (art. 36, §2º).

Eduardo Rocha Dias e José Leandro Monteiro de Macedo explicam a justificativa para o trabalho do preso, que

> Terá finalidade educativa e produtiva, não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho e será remunerado (...). Resta claro que a finalidade do trabalho do preso não é o seu sustento (garantido pelo Estado) e nem de sua família, que percebe apenas parte do produto do trabalho. O escopo do trabalho do preso é qualificá-lo de modo a, quando em liberdade, ter aptidão para exercer uma atividade produtiva.[2]

A outra condição em que pode se enquadrar ao preso, no contexto previdenciário, consiste na de contribuinte facultativo, desde que, na execução criminal, não exerça qualquer atividade laboral que lhe permita a renda. O cumprimento ocioso da pena, portanto, dispensa o preso da filiação compulsória à Previdência Social, mas lhe permite a opção entre se inscrever ou não como contribuinte do INSS.

A justificativa para tal inscrição reside (a) no aproveitamento do tempo de contribuição, mesmo como facultativo, para fins de futura aposentadoria, bem como (b) na forma de evitar a perda da proteção previdenciária e das contribuições eventualmente feitas como trabalhador antes da prisão.

3 A PROTEÇÃO SOCIAL À FAMÍLIA DO TRABALHADOR RECOLHIDO À PRISÃO

Cada um dos três setores que forma, juntos, a Seguridade Social (Saúde, Previdência e Assistência Social, segundo configuração dada pelo art. 194 da Constituição Federal) possui uma clientela específica, ou seja, um conjunto de administrados para quem os serviços públicos securitários são direcionados. Nesse contexto, a Saúde possui abrangência universal, ou seja, qualquer pessoa é por ela ampara, independentemente de qualquer condição, característica ou qualificação. Todos são, portanto, potenciais beneficiários dos serviços públicos na área da Saúde, já que esta é "direito de todos e obrigação do Estado", por intermédio de "acesso universal e igualitário" a seus serviços, na conformidade do fixado pela Constituição Federal, art. 196.

No que tange à Assistência Social, trata-se de um conjunto de serviços públicos destinados a propiciar condições básicas de subsistência àqueles financeiramente necessitados, na premissa de concretizar o legado da dignidade da pessoa humana. Regulamentado constitucionalmente pelo art. 203, a Assistência Social dispensa, a exemplo da Saúde, a contribuição prévia, bastando o enquadramento na condição de hipossuficiente e o cumprimento de requisitos constitucionais e legais3 para que lhes sejam destinados os serviços assistenciais.

Já quanto à Previdência Social, que constitui a preocupação maior deste texto acadêmico, sua clientela é bem mais restrita e exige, a rigor, a contribuição prévia como condição intrínseca para o usufruto de seus benefícios. A Previdência possui natureza de seguro social, que visa a proteger o trabalhador contra infortúnios eventuais que o impeçam de continuar garantindo sua subsistência e o de sua família por intermédio do trabalho.

Nesse cenário, o trabalhador de qualquer condição – empregado, doméstico, autônomo, eventual, avulso etc. – enquadra-se como contribuinte obrigatório do INSS e se sujeita às normas tributárias relativas ao pagamento constante e regular da contribuição previdenciária (espécie de contribuição social que, por sua vez, é espécie de contribuição especial, que constitui a modalidade de tributo disciplinada pelo art. 149 da Constituição Federal).

Enquanto na qualidade de contribuinte, ao quitar regularmente a contribuição previdenciária incidente sobre seus ganhos mensais (salário, honorários, pró-labore, remuneração etc.), o trabalhador mantém-se protegido pela Previdência e, por conseguinte, ocorrendo com ele alguns dos flagelos previstos legalmente que o impeçam para o trabalho e para a autossubsistência, pode dela se socorrer, recebendo benefício suficiente para sua mantença enquanto afastado de seus afazeres laborais cotidianos.

Não obstante, a Previdência Social não restringe seus serviços ao trabalhador contribuinte, mas os estende à família deste. Afinal, pressupõe-se que é esse trabalhador o responsável financeiro pela manutenção de sua família e que, na sua falta, a responsabilidade por tal manutenção passa a ser da Previdência. Não é outro o posicionamento de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari:

> Sendo a Previdência um sistema que garante não só ao segurado, mas também à sua família, a subsistência em caso de eventos que não permitam a manutenção por conta própria, é justo que, da mesma forma que ocorre com a pensão por falecimento, os dependentes tenham direito ao custeio de sua sobrevivência pelo sistema de seguro social (em caso de prisão daquele de quem dependiam economicamente), diante do ideal de solidariedade.[4]

Legalmente, são duas as hipóteses que permitiriam ao INSS o pagamento de benefícios não ao segurado diretamente, mas à sua família: o óbito desse trabalhador ou sua prisão. Trata-se dos seguintes benefícios previdenciários: (a) a Pensão por Morte, que independe de carência e é devida tanto no caso de morte efetiva quanto no de morte presumida; e (b) o Auxílio-Reclusão, que também dispensa a carência e é dirigida ao conjunto de dependentes do segurado recolhido à prisão, seja esta em decorrência de flagrante ou de ordem judicial, na sua modalidade preventiva ou provisória, bem como definitiva, ou seja, decorrente de sentença penal condenatória.

Do exposto, pode-se dizer que a ampla maioria dos benefícios previdenciários legalmente disciplinados, especificamente pela Lei nº 8.213, de 24 de Julho de 1991, são pagos diretamente ao segurado (trabalhador), a exemplo das Aposentadorias, do Auxílio-Doença e do Auxílio-Acidente. Porém, dois são os benefícios cujos destinatários são, por motivos óbvios, os dependentes5 do segurado, e não o próprio: Pensão por Morte e Auxílio-Reclusão.

Nos termos constitucionais atuais, o Auxílio-Reclusão – diferentemente do que se sucede com a Pensão por Morte, que independe da condição financeira do segurado – restringe-se aos dependentes do segurado de baixa renda6, ou seja, constitui benefício direcionado ao conjunto de familiares do trabalhador carente levado à prisão. É o que reza o inc. IV do art. 201 da Carta de 1988, que cita o "auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda".

4 REQUISITOS ATUAIS DO AUXÍLIO-RECLUSÃO

Além da baixa renda, conforme exigência constitucional, o

Auxílio-Reclusão destinado aos dependentes do trabalhador recolhido à prisão possui uma série de exigências cumulativas fixadas pela Lei nº 8.213/91 que precisam ser atendidas, sob pena de indeferimento do benefício pelo INSS.

Para efeito de recebimento do benefício pelos dependentes do segurado preso, o regime prisional tem sua relevância. Se o Auxílio-Reclusão permite o sustento da família do trabalhador porque este, ao cumprir pena privativa de liberdade, não pode naturalmente cumprir tal função, restringe-se às hipóteses de regime fechado e de regime semiaberto, pois nestes o exercício de atividade laboral é excepcional. Por outro lado, o regime aberto – que permite que o preso trabalhe fora do ambiente prisional durante o dia – impede a concessão do benefício, pois o próprio trabalhador mantém-se na condição de responsável pelo sustento financeiro de sua família.

Outrossim, o benefício é pago em razão da qualidade de segurado ostentada pelo preso. Assim, se o cidadão recolhido à prisão nunca dantes havia trabalhado e/ou pago a contribuição previdenciária, sua família não é protegida por ocasião de sua prisão. A mesma consequência pode ter o trabalhador que contribuiu ao longo de algum lapso de tempo, mas preencheu mais de um ano sem contribuição, caso em que, a priori, se perde a condição de segurado.

Não importa a natureza ou a gravidade do crime cometido pelo segurado. Sendo afiançável ou não, prescritível ou não, doloso ou culposo, hediondo ou não o crime, é suficiente o recolhimento à prisão como requisito para concessão do benefício aos dependentes. Trata-se do que também adverte Miriam Vasconcelos Fiaux Horvath, para quem

> O legislador não estabeleceu nenhuma diferenciação quanto ao que levou a ocorrência da prisão para que o dependente do segurado faça jus à prestação. É, portanto, indiferente se o delito foi culposo ou doloso. Essa distinção só é elemento relevante na qualificação da pena e não quanto à ocorrência do tipo ou a sua repressão.[7]

Recendo o Auxílio-Reclusão, o beneficiário deve levar ao INSS documentação comprobatória de que o segurado mantém-se na condição de presidiário, renovando-se essa documentação trimestralmente, sob pena de suspensão do benefício. Tal documentação consiste, a rigor, de declarações ou certidões emitidas por autoridade judiciária, policial, penitenciária ou carcerária, atestando com fé-pública que o segurado continua recolhido à prisão.

Na hipótese de suspensão condicional da pena, conforme permissivo legal contido no art. 77 do Código Penal, perde a família o direito ao percebimento do benefício, afinal o segurado volta à liberdade e, conseguintemente, à capacidade de garantir o sustento da família por conta própria, sem ajuda estatal. Também é caso de perda do direito ao Auxílio-Reclusão a hipótese de progressão de regime prisional: do regime fechado ou semiaberto para o aberto, já que este é incompatível com o pagamento do benefício.

Destaca-se ainda a hipótese de fuga da prisão. Nesse cenário, a família tem suspenso o benefício enquanto perdurar a fuga até o momento da recuperação. Tal regra se deduz em razão da impossibilidade de comprovação documental de que o segurado continua recolhido à prisão, conforme exigência da Lei dos Benefícios Previdenciários e dissertado há poucas linhas.

Também não pode o segurado, por expressa vedação legal contida no art. 80 da Lei nº 8.213/91, estar recebendo, durante a execução da pena, remuneração da empresa ou benefícios do INSS (Aposentadorias ou Auxílio-Doença). Ora, se assim ocorre, a remuneração recebida resta suficiente para o sustento da família, afinal, no cumprimento da pena, o segurado é mantido pelo Estado e não depende dos recursos da Previdência para sobreviver.

5 A IMINENTE RECONFIGURAÇÃO DO AUXÍLIO-RECLUSÃO E SEUS NOVOS BENEFICIÁRIOS

Inobstante a tradição do benefício, presente no Direito Constitucional Previdenciário pátrio desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, hoje se discute a necessidade de manutenção do Auxílio-Reclusão dentro da lista dos benefícios previdenciários. Forte corrente tem surgido alegando iniquidade e injustiça na concessão do benefício, vez que ampara a família do trabalhador preso em decorrência de crime cometido, mas nada faz em relação à família da vítima.

Na própria doutrina previdenciária, encontram-se argumentos adeptos à extinção do benefício. Para Sérgio Pinto Martins, o Auxílio-Reclusão

> Deveria ser extinto, pois não é possível que a pessoa fique presa e ainda a sociedade como um todo tenha de pagar um benefício à família do preso, como se este tivesse falecido. De certa forma, o preso é quem deveria pagar por estar nessa condição, principalmente por roubo, furto, tráfico, estupro, homicídio etc. Na verdade, vem a ser um benefício de contingência provocada, razão pela qual não deveria ser pago, pois o preso dá causa, com seu ato, em estar nesta condição. Logo, não deveria a Previdência Social ter de pagar tal benefício.[8]

Destarte, tramita hoje em sede de Congresso Nacional uma Proposta de Emenda à Constituição que (a) extingue o Auxílio-Reclusão destinado aos dependentes do trabalhador segurado recolhido à prisão e (b) cria um benefício análogo, porém destinado à própria vítima ou à sua família. Trata-se da PEC nº 304/2013, de autoria da Deputada Federal Antônia Lúcia (PSC/AC), que justifica sua proposta por meio de três argumentos básicos9.

A uma: a proteção financeira à família da vítima seria mais justa e plausível do que a proteção à família do criminoso; a duas: diminuiria o índice de criminalidade, pois, antes de cometer o crime, o sujeito refletiria sobre a situação da família, que restaria desamparada financeiramente com sua prisão; a três: quando o evento delituoso gera efeitos incapacitantes à vítima, ela, hoje desprezada, faria por merecer a proteção da Previdência.

À primeira vista, tais justificativas seriam válidas e ensejariam a mudança pretendida na legislação previdenciária. Ocorre que, analisando a questão pormenorizadamente e com a devida meditação, os argumentos apresentam-se como falhos. Não se está a tratar de um criminoso qualquer, mas de um trabalhador que cumpre sua obrigação tributária de pagar, mensal e regularmente, a contribuição à Previdência. Afinal, o indivíduo que prefere o crime ao trabalho está à margem

da proteção previdenciária e, portanto, não tem sua família protegida pelo INSS. Assim, se o trabalhador mantém em dia seus deveres como contribuinte da Previdência, merece fazer jus à proteção assegurada por esta à sua família.

Destarte, acreditar na tese de que o agente deixaria de cometer o delito pensando no desamparo da família se for preso parece inocuidade, senão ingenuidade absoluta. Parece muito pouco provável que o cidadão, na iminência da execução do ato delituoso, pense na família e desista de cometê-lo para preservá-la da hipossuficiência financeira.

Entretanto, mesmo diante desses argumentos contrários à proposta de alteração da legislação previdenciária no que tange ao Auxílio-Reclusão, parece possuir um quê de sensibilidade e razão tal proposta, especificamente em relação ao amparo da vítima e/ou de sua família. Entretanto, tal pode ser conseguida independentemente da extinção do Auxílio-Reclusão e a partir da criação de benefício específico, desde que observada a regra da preexistência de custeio de que trata o art. 195, §5º, da Constituição Federal: "Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total".

Deve-se ainda levar em consideração que, se a vítima for, ela própria, um trabalhador e, por conseguinte, contribuinte da Previdência, tem a seu favor a possibilidade de recebimento (a) do Auxílio-Doença, se necessário o afastamento do trabalho para fins de tratamento clínico, ou do (b) Auxílio-Acidente, se reduzida a capacidade laboral em decorrência do crime sofrido. Destarte, o óbito da vítima, se segurada do INSS, ensejaria o amparo previdenciário garantido à sua família por meio da Pensão por Morte. Do exposto, não há total abandono à vítima ou a sua família pela Previdência Pública como pretende fazer crer a nova corrente contrária ao Auxílio-Reclusão.

Ademais, a extinção desse benefício implicaria a punição não somente ao criminoso, mas também à sua família, que já sofreria o suficiente com a situação vexatória e constrangedora da prisão de seu familiar. A extensão da punição à família do criminoso, tirando dela a possibilidade de sustento pelo INSS, certamente feriria o princípio da individualização da pena que, insculpido no inc. XLV do art. 5º da Constituição Federal, assevera que a pena não deve ultrapassar a pessoa do condenado e atingir seus familiares.

6 CONCLUSÃO

O aprofundamento da discussão sobre a essencialidade do Auxílio-Reclusão, propiciado pelo estudo que ora se conclui, viabilizou a contraposição entre os argumentos contrários e favoráveis à sua extinção e exclusão do rol de benefícios previdenciários disponibilizados pelo INSS a seus segurados e a suas respectivas famílias. De resto, promoveu-se o entendimento de que a proteção previdenciária à vítima (de crimes cometidos por trabalhadores contribuintes) ou à família da vítima – decerto uma medida de equidade – não implicaria, necessariamente, a abolição do Auxílio-Reclusão.

O que se nota é o surgimento feroz de iniciativas tendentes à restrição crescente às prerrogativas constitucionais de condenados por atos delituosos. Na discussão, a corrente favorável à extinção do benefício e a realocação dos respectivos recursos da Previdência para a vítima ou para a família da vítima, em detrimento da do preso, parece olvidar que não se estar a tratar de criminosos comuns, mas trabalhadores contribuintes e, portanto segurados do INSS. Ao cumprirem suas obrigações tributárias e ao quitarem suas contribuições previdenciárias, os trabalhadores passam a se beneficiar da proteção institucional da Previdência Pública contra infortúnios eventuais que os impossibilitem ao labor e, conseguintemente, ao autosustento financeiro.

E tal proteção previdenciária se estende à família do trabalhador, sabidamente nas hipóteses de morte (Pensão) ou recolhimento à prisão (Auxílio-Reclusão). Impedir o acesso da família do trabalhador preso ao Auxílio-Reclusão seria punir além da figura do condenado, o que não é constitucionalmente possível. Outrossim, tal punição recairia sobre pessoas já castigadas com o constrangedor e combalido encarceramento daquele de quem dependiam economicamente.

Retirar delas a fonte do sustento, no ínterim do cumprimento da pena pelo responsável por sua manutenção financeira, feriria o bojo do princípio da dignidade em que se baseiam os direitos fundamentais, bem como se lhes retiraria o inalienável direito a alimentos. Daí se extrai a necessidade premente de se repensar a proposta do Poder Constituinte Reformador de extirpar, por inteiro, a proteção previdenciária à família do trabalhador contribuinte recolhido à prisão.

REFERÊNCIAS

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. Florianópolis: Conceito, 2010

DIAS, Eduardo Rocha; MACEDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de direito previdenciário**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

HORVATH, Miriam Vasconcelos Fiaux. **Auxílio-reclusão**. São Paulo: Quartier Latin. 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários à lei básica da previdência social**. 7 ed. São Paulo: LTr, 2010.

OLIVEIRA, Aristeu de. **Consolidação da legislação previdenciária**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

(Endnotes)

1 A rigor, sob o prisma constitucional (art. 201), todo trabalhador de cuja atividade profissional se gere uma renda possui a obrigação de se filiar ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), de responsabilidade do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), a exceção do servidor público ocupante de cargo efetivo, pois este dispõe de um regime previdenciário específico aplicável somente a ele mesmo: o Regime Próprio, disciplinado pelo art. 40 da Constituição.

2 DIAS, Eduardo Rocha; MACEDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de Direito Previdenciário**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 315.

3 O instrumento normativo que disciplina a Assistência Pública é a Lei Orgânica da Assistência Social – Lei nº 8.742, de 7 de Dezembro de 1993 – cujo art. 1º rege: "A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto

integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas".

4 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. Florianópolis: Conceito, 2010, p. 679.

5 Na conformidade da Lei nº 8.213/91, são dependentes do segurado os seguintes familiares: *(a)* o cônjuge, o(a) companheiro(a) e o(a)(s) filho(a)(s), desde que até 21 (vinte e um) anos de idade ou não emancipado; *(b)* o pai e/ou a mãe; e *(c)* o(a)(s) irmão(ã)(s), também até 21 (vinte e um) anos de idade ou não emancipado. Enquanto o primeiro grupo (cônjuge, companheiro e filho) está dispensado da comprovação de dependência econômica, pois a favor deles há a dependência econômica legalmente presumida, os pais e os irmãos precisam, para merecer a condição de dependentes, comprovar que viviam sob a dependência financeira do segurado falecido ou recolhido à prisão.

6 Em termos objetivos, baixa renda é o que possui o trabalhador cujo salário bruto não ultrapassa R$ 1.025,81 (um mil, vinte e cinco reais e oitenta e um centavos), conforme Portaria Interministerial MPS/MF nº 19, de 10/01/2014.

7 HORVATH, Miriam Vasconcelos Fiaux. **Auxílio-Reclusão**. São Paulo: Quartier Latin. 2005, pp. 107 e 108.

8 MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 391.

9 Dados e informações colhidas no sítio http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ASSISTENCIA-SOCIAL/460890-PEC-ACABA-COM-AUXILIO-RECLUSAO-DE-CRIMINOSO-E-CRIA-BENEFICIO-PARA-VITIMAS-DE-CRIMES.html; Acesso em 23.04.14.

PROPRIEDADE PÚBLICA: POLÍTICA URBANA E SUSTENTABILIDADE
PUBLIC PROPERTY: URBAN POLICIES AND SUSTAINABILITY

Adelaide Maria Rodrigues Lopes Uchoa[59]

Resumo

Este artigo se volta ao exame da sustentabilidade como objetivo traçado na Constituição de 1988, bem como aos princípios e às diretrizes que fundamentam o Estatuto da Cidade. Delineia o instituto da propriedade, sob a ótica da titularidade, analisando o regime dos bens públicos e enfatizando a função social da propriedade pública. Mesmo sendo pública, não subsistem dúvidas de que a propriedade pública deverá atender à função social, que o gestor não pode afastar-se das diretrizes urbanísticas e ambientais do Estatuto da Cidade e instrumentalizadas no Plano Diretor. A propriedade pública também só se legitima pelo atendimento à função social e ambiental, ensejando ao gestor público responsabilidade pelos danos causados à coletividade pelo uso do bem desconforme com as normas urbanísticas.

Palavras-chave: Estatuto da Cidade, função social, propriedade pública, política urbana, sustentabilidade.

Abstract

This article aims to examine of sustainability as an objective of Brazilian Constitution (1988), and the principles and the directives that support the law named City Statute. It presents the property, analyzing the owner and its juridical regimen and emphasizes the social function of public property. The public manager is supposed to attend the urban planning and environmental directives of the urban policies in the Constitution of the Republic and guided by the City Statute, introduced by the city Master Plan. Public property also only legitmates for service to the social and environmental function and government is responsible by damages caused to society when public real state is used against urbanistic rules.

Keywords: City Statute, social function, public property, urban policies, sustainability.

59 Mestra em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Doutoranda em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza e Professora de Direito Civil da Universidade de Fortaleza e do Centro Universitário Christus.

INTRODUÇÃO

A propriedade é definida como a plenitude do direito sobre a coisa, manifestada pelos poderes de usar, gozar, dispor e reivindicar, excluindo todos os terceiros de qualquer ingerência nele.

O poder de disposição sobre o bem configura nota caracterizadora da propriedade e não se aplica do mesmo modo aos bens públicos e aos bens privados. A Constituição de 1988 dispõe que a propriedade atenderá a sua função social, sem limitar a exigência exclusivamente à propriedade privada.

No tocante aos bens públicos, observa-se que os de uso comum do povo e os de uso especial estão afetados a uma destinação coletiva e, portanto, já vinculados a uma função social; todavia, quanto aos bens dominiais, por não estarem afetados ao serviço ou à função pública, não se presume função social, a qual foi instituída objetivando-se mitigar a especulação, a improdutividade, o uso abusivo de bens; buscam minimizar as desigualdades sociais e apresentam também um viés ambiental. A averiguação do cumprimento da função social, aí incluída a ambiental, depende de critérios objetivos previsto na lei que levam a sustentabilidade.

Em linhas gerais, objetiva este trabalho analisar as diferenças encontráveis entre a propriedade pública e a privada sob a ótica do direito civil-constitucional, bem como o alcance da função social que delas se exige. Especificamente, examina-se a propriedade pública diante do cumprimento das funções social e ambiental; ressalta-se o dever de conciliar a expansão ordenada com o desenvolvimento sustentável da cidade, peculiar ao ente estatal, em consonância com os princípios da Constituição Federal de 1988 e as diretrizes da política urbana previstas no Estatuto da Cidade.

1. A PROPRIEDADE NO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL.

A questão principia pelo instituto da propriedade. No âmbito do Direito Civil, cumpre lembrar que a Lei 10.406/2002, que deu origem ao Código Civil de 2002, em seu art. 1.228, tutela o direito da propriedade de maneira ampla e assegura a todos o direito de usar, gozar e dispor dos bens, tendo o proprietário o direito de reivindicá-los de alguém que injustamente os possua.

Partindo das características inerentes ao direito de propriedade, analisam-se por primeiro os contornos da propriedade privada, para, em seguida, examinar-se a propriedade pública.

Para Orlando Gomes (1978, p.99), a conceituação de propriedade pode ser realizada a partir de três critérios: o sintético, o analítico e o descritivo. Sinteticamente é a propriedade a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa. Analiticamente, o instituto referido é o direito de usar, fruir e dispor de um bem e reavê-lo de quem injustamente o possua. Descritivamente, é a propriedade o direito complexo, absoluto e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa com as limitações da lei.

Privatisticamente, tem-se, então, a propriedade como a plenitude do direito sobre a coisa, manifestada pelos poderes respectivos: *jus utendi, fruendi et abutendi aliados ao jus persequendi.* O *jus utendi* é traduzido na possibilidade de usar a coisa segundo a vontade exclusiva do proprietário; o *jus fruendi* refere-se ao o direito de retirar os frutos civis ou naturais da coisa; o *jus abutendi* significa a possibilidade de dispor da coisa, seja consumindo-a, seja alienando-a; e o *jus persequendi* expressa o direito que cabe ao proprietário de retomar a coisa daquele que a possua ou a detenha injustamente; é direito primário, já que todos os demais

direitos reais, como os de garantia e de fruição, dela decorrem, estando em posição privilegiada dentro do direito das coisas por ser a relação fundamental deste. (DINIZ, 2003, p.2-3)

Diante das noções apresentadas acerca da conformação do instituto por meio dos elementos que a caracterizam, cabe analisar a propriedade pública, bem ainda os contornos que a delimitam e a distinguem da propriedade privada. De logo, explicite-se que propriedade pública (não coletiva) e propriedade privada, muito embora encerrem mesmas faculdades oriundas do gênero propriedade (uso, gozo, fruição e reivindicação), têm fundamentos diferentes e, por isso, requestam disciplinamentos jurídicos distintos.

Ana Prata (1982, p.146) distingue a propriedade privada da propriedade pública. Para ela, os bens de domínio público, embora também sejam objetos de interesse do sujeito privado, têm atribuição funcional, o que não permite o uso discricionário pelo titular e igualmente não suscita o direito de exclusão de terceiros em relação à coisa. E mais: que a propriedade pública corresponde a um poder de gestão, visto que, sendo de uso comum, é garantido o acesso ao bem do domínio público por parte de todos.

Outrossim, a questão da função social merece especial atenção visto que a atual Constituição Federal do Estado Brasileiro, sem distinguir se pública ou privada, dispõe que a propriedade atenderá a sua função social (art. 5º, XXIII).

2. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.

Em face da dificuldade em estabelecer o conteúdo da função social exigida da propriedade, doutrinadores buscam examinar as destinações das propriedades segundo as potencialidades econômicas.

Eros Roberto Grau (2007, p.235) distingue a propriedade dotada de função social da propriedade dotada de função individual, defendendo que, na civilização contemporânea, a propriedade privada deixa de ser o único meio de garantia da subsistência individual ou familiar, aparecendo em seu lugar outras garantias, tais como o emprego e o salário justo.

De acordo com Grau (2007, p. 235), a propriedade privada representa um direito individual enquanto instrumento de garantia da subsistência individual e familiar e, assim, cumpre uma função individual, inserida nos direitos individuais de todos assegurados pela ordem constitucional. Dessa propriedade não se exige o cumprimento de função social, enquanto o exercício do uso não agregue nocibilidade ou se mostre abusivo.

Do teor do art. 170, III, da Constituição Federal de 1988, dessume-se o princípio da propriedade-função social, inserido entre os princípios da ordem econômica, por meio do qual é subordinado o exercício da propriedade privada dos bens de produção aos preceitos da justiça social, prestando-se como instrumento de realização do fim de assegurar a todos existência digna (GRAU, 2007, p.247).

Também determina que a ordem econômica observará a função da propriedade, impondo freios à atividade empresarial e à apropriação contrária ao interesse coletivo, o que se nota aplicável tanto ao proprietário particular como também ao poder público, isso ocorre porque, mesmo desinvestido do poder de *imperium,* o ente estatal exerce atividades de natureza privada, ainda que submetido às regras de direito administrativo e não às normatizações do direito privado.

Segundo o pensamento de Gustavo Tepedino (2006, p.158), até pouco tempo, pairava o entendimento de que a função social resumia-se a uma questão filosófica, política ou teológica, desprovida de repercussão prática no âmbito do direito positivo. Todavia, a inserção desse conceito na Constituição da República e a sua reprodução no Código Civil passaram a demandar definição objetiva do conteúdo jurídico da função social da propriedade. Ressalta ainda que, sendo a função social um elemento interno do domínio, é esta responsável pelo controle de legitimidade funcional do direito de propriedade, impondo ao titular o dever de respeitar situações jurídicas e interesses não proprietários socialmente tutelados, atingidos pelo exercício dominical (TEPEDINO, 2006, p.158).

Considerando ainda que o preceito constitucional, inserido no art. 186 da Constituição da República, condiciona a fruição individual do proprietário ao atendimento de múltiplos interesses não proprietários, assinala Tepedino (2006, p.158-159):

> A proteção ambiental, a utilização racional das reservas naturais, as relações de trabalho derivadas da situação proprietária, o bem-estar desses mesmos trabalhadores são interesses tutelados constitucionalmente e que passaram a integrar o conteúdo funcional da situação proprietária.

Para o autor, a função social da propriedade exige do proprietário o cumprimento de dois deveres, que é o de se abster de praticar o ilícito, e exemplifica com a hipótese de alguém atear fogo em uma floresta, e o segundo, o dever de promover o meio ambiente, sob pena de perder a legitimidade constitucional. No entendimento dele, o Judiciário não poderia admitir a tutela de um direito de propriedade que desrespeita a função social, mesmo porque esta constitui elemento interno da propriedade, pressuposto de legitimidade (TEPEDINO, 2006, p.159).

Silvio Luís Ferreira da Rocha (2005, p.118-119) conclui que a função social é instrumento de realização de valores acolhidos no texto constitucional, tais como a solidariedade, a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho, a proteção ao meio ambiente, a ordenação do espaço urbano, e afirma que a jusrisprudência pode atualizar o conteúdo desse princípio para fazer incidir em hipóteses não vislumbradas pelo legislador.

Ser condicionante do direito de propriedade ou ser elemento interno da propriedade passou a ser objeto de relevante debate na doutrina civil e constitucional. Todavia, não é o ponto nodal desta pesquisa. O foco é a relação entre a funcionalização dos bens públicos e as diretrizes da política urbana, voltadas ao desenvolvimento sustentável.

Na atualidade, oberva-se que o direito de propriedade no ambiente urbano se mostra protegido desde que cumprida a função social. Tal conteúdo foi agregado, de maneira indissociável, à propriedade e, para a efetiva garantia da propriedade privada urbana, deverão ser atendidas as exigências fundamentais de ordenação da cidade contidas no

Plano Diretor. Dito instrumento deverá ser consentâneo com as diretrizes gerais da Lei nº 10.257/2001, denominada Estatuto da Cidade, especialmente garantindo o desenvolvimento sustentável da cidade.

Após as explanações acerca do conteúdo da função social da propriedade de modo geral, passa-se a analisar a propriedade pública, enfocando o regime jurídico ao qual estão adstritos os bens públicos, em uma perspectiva do uso do bem conforme a respectiva destinação e a relação com a função social e ambiental, que também são corolários da propriedade pública.

3. A FUNCIONALIZAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS.

Antes de abordar a função social e a função ambiental dos bens públicos, faz-se necessário explanar a natureza jurídica dos bens públicos e o regime ao qual estão submetidos, principiando pela definição, passando pelas peculiaridades que apresentam, especialmente quanto às destinações conferidas às diversas espécies de propriedade pública.

No sentido amplo, bens públicos são todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, pertencentes às pessoas jurídicas de direito público. Hely Lopes Meirelles (2004, p. 493) acrescenta a titularidade de tais bens públicos às entidades estatais dotadas de personalidade jurídica de direito privado. Embora discordando, Lúcia Valle Figueiredo (2005, p. 551) faz um adendo a essa definição de Meirelles, alertando que o autor considera os bens de propriedade das empresas estatais como patrimônio com destinação especial e passível de controle pelos Tribunais de Contas, aludindo ao parágrafo único do artigo 70 da Constituição Federal de 1988. Bens públicos são, portanto, todos aqueles, quer corpóreos, quer incorpóreos, imóveis, móveis, semoventes, créditos direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, à União, aos Estados, aos Municípios, às respectivas autarquias e às fundações de direito público. Configuram esses bens o patrimônio público e se encontram sob o regime de direito público.

O artigo 20 da Constituição da República elenca os bens da União e os bens dos Estados estão previstos no artigo 26 da Constituição de 1988. Cabe evidenciar, por oportuno, que a titularidade do Município, após a Constituição de 1891, passou a ser residual, uma vez que, a esse respeito, silenciou a Constituição de 1988. Somando-se a essas formas constitucionais de propriedade pública, a lei nacional de Parcelamento do Solo Urbano (Lei nº 6777, de 19 de dezembro de 1979) dispõe que as áreas de circulação verdes ou livres e institucionais passam à titularidade do município a partir do registro do loteamento no serviço imobiliário competente.

Bens imóveis podem igualmente ser transmitidos voluntariamente pelo proprietário em favor do Poder Público, a exemplo das doações ou mesmo de improváveis operações de compra e venda, troca e dação em pagamento, típicos do regime privado de apropriação. Já os bens expropriados e os confiscados do particular passam também ao domínio estatal em razão do interesse público ou de sanção decorrente de ato ilícito praticado pelo proprietário, observando-se o trâmite procedimental peculiar.

Identificados os bens que compõem o patrimônio público, é fundamental examinar o regime jurídico a que estão adstritos, abordando essencialmente a afetação dos bens de uso comum do povo e de uso especial.

De acordo com o artigo 99 da Lei 10.406/2002 - Código Civil Brasileiro -, os bens públicos são classificados segundo as funções que exercem perante a coletividade, sendo bens públicos de uso comum do povo aqueles cuja utilização é disponibilizada a todos, gratuitamente ou mediante retribuição, a exemplo das ruas, praças e mares, dentre outros. Inclua-se nessa modalidade o meio ambiente, bem incorpóreo, considerado público de uso comum do povo consoante o artigo 225 e o patrimônio cultural referido no artigo 216, ambos os dispositivos da Constituição vigente. São bens públicos de uso especial aqueles utilizados pela Administração para a consecução de atividade-fim, a exemplo dos prédios públicos.

Por exclusão, os bens dominiais ou dominicais são os que não estão afetados ao serviço ou função pública nem estão disponíveis para utilização pela coletividade, a exemplo dos imóveis desocupados, adjudicados em face de dívidas fiscais, terrenos de marinha, terras devolutas, dentre outros. Guardam, portanto, certa similaridade com a propriedade do particular, muito embora limitados às regras do regime jurídico do patrimônio público. São esses os bens passíveis de alienação segundo o regime jurídico do patrimônio público.

É imperioso ressaltar que os bens públicos de uso comum do povo e de uso especial já se encontram afetados ao interesse público, e a função social é inerente a eles. Isso não ocorre com os bens dominiais, que, por não terem uma destinação pública, não estão afetados e deles não se presume uma função social. Pelo menos, *a priori*, este é o entendimento que se pode deduzir sobre a funcionalização do patrimônio público.

Define-se a afetação como a consagração, a destinação do bem a uma finalidade pública, devendo se realizar por meio de lei ou de ato jurídico, que modifica a natureza de um bem dominical em bem destinado ao uso comum ou ao uso especial, e a desafetação é exatamente o inverso, é desconsagrar o bem que se destinava ao uso de todos ou ao uso da Administração Pública e transformá-lo em bem dominial (COUTINHO, 1997, p.7). Estando sob a titularidade estatal, compete aos entes políticos a administração dos respectivos bens, em estrita observância às normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais, sejam regras postas ou princípios.

Da leitura do texto constitucional em vigor, percebe-se claramente a intenção do constituinte em garantir, de modo expresso, que a propriedade privada está vinculada ao princípio da função social, no entanto, quanto à propriedade pública, aquele não foi evidente, deixando ao intérprete a missão de percebê-la nas entrelinhas, de deduzi-la a partir do que está posto.

Se na atualidade, o direito de propriedade no ambiente urbano se mostra protegido desde que cumprida a função social e o conteúdo dessa função está inserido nas exigências fundamentais de ordenação da cidade contidas no Plano Diretor, isso significa que dito instrumento deverá ser consentâneo com as diretrizes gerais do Estatuto da Cidade, especialmente garantindo o desenvolvimento sustentável da cidade.

A ideia de ordenação racional do território e do ambiente está atrelada ao direito que o indivíduo tem às cidades sustentáveis,

nele incluídos o direito à propriedade imobiliária urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, a serem garantidos não somente para as presentes como também para as futuras gerações.

Paulo Nogueira-Neto (*on-line*), define sustentabilidade como sendo o uso continuado, não predatório, racional dos recursos tanto econômicos como também ambientais, sociais, culturais e éticos, para que se sustentem o maior tempo possível no planeta. Complementa tal definição, tecendo uma advertência de que é necessário incorporar ao conceito de sustentabilidade o critério de que as decisões a seu respeito devem respeitar o interesse público, serem transparentes e assumidas de modo democrático pelas populações interessadas.

A averiguação do cumprimento da função social depende essencialmente de critérios objetivos, ou seja, de cumprimento de normas voltadas ao desenvolvimento sustentável. Tal funcionalização, elevada a categoria de princípio constitucional, foi instituída objetivando-se mitigar a especulação, a improdutividade, o uso abusivo de bens; seu fim precípuo é minimizar as desigualdades sociais, e, por isso, o poder público não deverá compactuar com tais práticas perniciosas atentatórias ao interesse coletivo, tanto fiscalizando o uso da propriedade particular, como também fazendo uso adequado dos próprios bens.

Não há dúvida de que o Estado, por intermédio dos gestores públicos, deverá buscar a consecução do interesse público, e a utilização do patrimônio público deve ser voltada para a implementação dos objetivos da República, traduzidos sinteticamente no bem comum. Nessa senda, pode-se afirmar que a função da propriedade pública já tem cunho social, porque deverá destinar-se aos interesses públicos, que, direta ou indiretamente, beneficiam a coletividade, mas esse raciocínio simplista acerca da funcionalização da propriedade pública aí não se esgota porquanto vários aspectos devem ser analisados detidamente.

Silvio Rocha (2005, p.127) defende que a finalidade obrigatória que preside os bens públicos não tem efeito de imunizar a propriedade pública das consequências decorrentes do descumprimento da função social e que qualquer que seja a destinação do bem público, mesmo dos bens dominiais, a função social deverá ser observada.

Certo é que toda a discussão acerca da função social da propriedade pública perpassa pela utilização dos bens públicos. Contudo lembra Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*on-line*, 2006) sobre a necessidade de se avaliar em que sentido o princípio da função social da propriedade poderá ser aplicado.

Para Di Pietro (*on-line*, 2006) a função social da propriedade pública está implícita em vários dispositivos constitucionais que disciplinam a política urbana, a saber no artigo 5º, inciso XXIII; no artigo 170, inciso III ; no artigo 182, § 2º e § 4º; no artigo 186 e no artigo 184. Do art. 182 da Constituição Federal de 1988, destaca-se o *caput* que alude ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e à garantia do bem-estar dos seus habitantes. Diante disso, é notório que a função social da propriedade, concernente ao proprietário, guarda estreita relação com a função social da cidade, a que se vincula o Poder Público.

O Estatuto da Cidade, ao regulamentar os arts. 182 e 183, estabelece diretrizes gerais da política urbana, apresenta novos instrumentos para a implementação da política de desenvolvimento urbano a ser efetivada pelo Poder Público e busca o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade. Do conceito de função social da cidade, extrai-se que a cidade que atende à sua função social *proporciona os benefícios da urbanização desfrutáveis por todos os habitantes* (DALLARI, 2006, p. 526).

Nessa acepção é que o Administrador Público faz uso do planejamento como instrumento de consecução dos objetivos voltados ao desenvolvimento: impõe o cumprimento da função social da propriedade privada (e da pública também), evita a retenção especulativa do solo, otimiza os recursos públicos e assegura a participação efetiva da população no planejamento. Em suma: atende às diretrizes do Estatuto da Cidade, como a justa distribuição dos benefícios e ônus, pondo em prática os instrumentos legais destinados à implementação dos objetivos da política urbana. (UCHOA, 2007)

Entretanto, no entender de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a função social da cidade também pode ser vislumbrada no inciso I do artigo 2º do Estatuto da Cidade, que reproduz a mesma norma do artigo 182 da Constituição Federal:

> Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:
>
> I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;
>
> (...)

Di Pietro (*on-line*, 2006) leciona que, enquanto o princípio da função social da propriedade privada impõe um dever ao proprietário, o princípio da função social da cidade impõe um dever ao Poder Público. Carlos Ari Sundfeld, referido pela autora retromencionada (*on-line*, 2006), observa que a população tem o direito coletivo a uma cidade sustentável, o que deve levar à fruição individual das vantagens dela decorrentes, questionando sobre a repercussão jurídica prática das afirmações dos princípios que informam a política urbana e enumera as consequências.

São três: por um lado, possibilitar a sanção jurídica da inércia do Poder Público (omissão em ordenar o emprego do solo e proteger o patrimônio coletivo); por outro, fornecer os parâmetros normativos para controle das orientações seguidas pela Política urbana, com isso viabilizando a invalidação das normas e dos atos a eles contrários, ainda, permitir o bloqueio dos comportamentos privados que agridam o equilíbrio urbano (DI PIETRO, *on-line*, 2006).

Destaca Sundfeld que o direito à cidade sustentável se consubstancia no direito a certa *ordem urbanística* e, por se tratar de direitos coletivos, é tutelável por meio de ação civil pública. (DI PIETRO, *on-line*, 2006)

Como garantia da implementação das diretrizes, institutos e mecanismos de ordenação das cidades, a Lei nº 10.257/01 - Estatuto da Cidade - agregou a *ordem urbanística* ao rol dos interesses tutelados pela Lei da Ação Civil Pública, com vistas à reparação de danos causados àquela. Então, do administrador público é exigida a estrita observância às normas e diretrizes ali consignadas, sob pena de ser responsabilizado pelo não cumprimento de tais regras. Entretanto, mesmo com as prescrições da Lei da Ação Civil Pública, no intuito de coibir lesões ao meio ambiente, o que se vê é a pouca utilização dessa ferramenta por inciativa do povo.

Para Paulo Roberto Ferreira de Souza (2003, p. 118), a razão decorre da falta de conscientização da sociedade brasileira de seus direitos e poderes, e mais, da perda da capacidade de se indignar diante de abusos e desmandos praticados pela administração pública. Resta ao Ministério Público funcionar como guardião do Estatuto da Cidade, defendendo a ordem jurídica, o regime democrático, os interesses sociais e individuais indisponíveis, assim como o patrimônio público e social.

Sundfeld (1987, p.21) define a função social como um poder-dever, o condicionamento do poder a uma finalidade. Deve se levar em conta, ainda, que a cidade sustentável pressupõe a implementação dos instrumentos voltados à política urbana previstos no Estatuto da Cidade, sendo alguns desses mecanismos (a exemplo do tombamento, da concessão de direito real de uso, dentre outros) aplicáveis ao patrimônio público.

Ao relacionar a ordenação da cidade aos parâmetros do Plano Diretor, tenciona-se coibir as práticas abusivas da propriedade pública ou particular, lesivas ao meio ambiente, evitando-se ou, pelo menos, reduzindo-se os efeitos negativos sobre o ambiente, a exemplo da poluição ambiental, da deterioração de áreas de proteção ambiental e de preservação permanentes.

Assim, é de se entender que a sustentabilidade da cidade depende essencialmente de um planejamento adequado e do uso dos mecanismos concedidos, competindo ao proprietário, seja particular ou não, a utilização e a fruição dos bens que lhe pertencem, de modo que deles possa retirar o conteúdo econômico, sem agir contrariamente aos interesses coletivos, conciliando desenvolvimento e preservação do ambiente.

4. FUNÇÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE E SUSTENTABILIDADE: DIRETRIZES DA POLÍTICA URBANA APLICÁVEIS AO ESTADO.

Implicitamente inserida na função social prevista constitucionalmente está a função ambiental a que deverá a propriedade urbana igualmente atender, isso acontece porque tanto o meio ambiente natural quanto o artificial (além do ambiente cultural) são bens jurídicos detentores da proteção constitucional. Acerca da função ambiental da propriedade urbana, já foram traçados alguns delineamentos noutro trabalho aqui referenciados, que merecem reprodução por adequado ao tema em exame.

José Afonso da Silva (2004, p. 21) denomina de meio ambiente artificial o espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações (espaço urbano fechado) e dos equipamentos públicos (ruas, praças, áreas verdes, espaços livres em geral: espaço urbano aberto).

Sendo públicos ou particulares os bens, a utilização pelos respectivos gestores deve quardar observância às normas-regras e aos princípios garantidores do equilíbrio ambiental e, consequentemente, balizadores do bem-estar da coletividade.

A função ambiental da propriedade urbana revela-se, então, como um viés da função social; com isso, a sustentabilidade e o planejamento do desenvolvimento das cidades, concebidos para o equilíbrio social e ambiental, figuram entre as diretrizes da política urbana que se buscam concretizar, por meio dos diversos instrumentos da reforma urbana. Às vezes, essa função, denominada ecológica, outras vezes socioambiental, permite também ser traduzida na busca pelo equilíbrio que deve marcar a relação triangular homem-ambiente-expansão urbana.

Nas constituições estrangeiras mais recentes, o ambientalismo ganhou relevo, sendo nelas inserido como direito fundamental da pessoa humana. Embora a Constituição da Bulgária, de 1971, tenha primazia na declaração à proteção da natureza e das riquezas naturais, há de se ressaltar que, desde 1957, a Constituição Suíça já vem sendo emendada no sentido de estabelecer normas de proteção ambiental. O art. 18 da Constituição da então União Soviética, de 1977, já dispunha sobre proteção, uso racional dos recursos naturais e melhoramento do meio ambiente (SILVA, 2004, p.45-46).

A Constituição portuguesa, de 1976, por sua vez, correlacionou a proteção ambiental ao direito à vida, a todos assegurando, dentre outros, o direito a um ambiente de vida humana, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de defendê-lo. A Constituição espanhola, de 1978, em seu art. 45, demonstra clara influência lusitana, trazendo regras bastante semelhantes sobre direito ao desfrute de um meio ambiente adequado ao desenvolvimento da pessoa, assim como o dever de conservá-lo. Em 1981, a Constituição do Chile passou a prescrever o direito de viver em um meio ambiente livre de contaminações, atribuindo ao Estado o dever de assegurar tal direito, e ao cidadão a obrigação de preservar a Natureza. Em 1982, a Constituição chinesa declara serem os recursos naturais e ambientais propriedade do Estado ou de propriedade coletiva, define também que o Estado protege e melhora o meio ambiente e o ambiente ecológico, previne e elimina a poluição ambiental (SILVA, 2004, p. 45-46).

Nas Constituições brasileiras anteriores à de 1988, quase nada se tratou sobre proteção do meio ambiente natural. Apenas a Constituição brasileira de 1946 apresentou diretrizes básicas acerca da proteção da saúde e sobre a competência da União Federal para legislar sobre água, florestas, caça e pesca, o que ensejou a edição do Código Florestal e os Códigos de Saúde Pública, de Água e de Pesca. Foi a Constituição de 1988 que primeiro cuidou das questões ambientais e deferiu importância a elas.

Sob o título (VIII) da Ordem Social, foi inserido capítulo dedicado especialmente ao Meio Ambiente (Capítulo VI), embora a questão ambiental seja percebida em todo o corpo dessa Carta constitucional, a exemplo dos arts. 5º, LXXIII, 24, VI, VII e VIII, 91, §1º, III, 129, III, que trazem explicitamente a matéria. Merecem atenção especial o art. 170, VI – que introduz a defesa do meio ambiente como princípio da ordem econômica – e o art. 186, II, requestando a utilização adequada dos recursos naturais e a preservação do meio

ambiente, pressuposto da função social da propriedade rural, cujo desatendimento ensejará a desapropriação da área para fins de Reforma Agrária (SILVA, 2004, p. 45-46).

Cabe lembrar igualmente alguns dispositivos que contêm valores ambientais, quais sejam, os arts. 23, 24 e 30, VIII, além das normas sobre saúde insculpidas nos arts. 196 a 200 da Constituição de 1988 e o *caput* do art. 225, parte integrante do Capítulo VI da Constituição da República.

A despeito de todas as divergências entre urbanistas e ambientalistas, entre a propriedade e a proteção do meio ambiente, fato é que a relação entre política urbana e proteção ambiental se tornou mais estreita com a Constituição Federal de 1988, na medida em que a qualidade do meio ambiente passa a ser também objetivo da política urbana, com a busca pelo desenvolvimento das funções sociais da cidade. (UCHOA, 2007)

José Afonso da Silva (2004, p. 46) deduz que a política urbana tem por objetivo construir e ordenar um meio ambiente urbano equilibrado e saudável e que a qualidade de vida do homem está fundamentalmente atrelada à qualidade do meio ambiente urbano. De outro prisma, tem-se também que a ordenação dos espaços urbanos demanda adequação às normas que visam à proteção ambiental, de modo que o indivíduo possa fruir do espaço urbano com qualidade. Assim o art. 30, VIII, da Constituição Federal, que dá competência aos Municípios para promoverem adequado ordenamento territorial, pelo planejamento e pelo controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo, mostra-se envolvido com o art. 182 e os respectivos instrumentos de implementação da política urbana, disciplinados pela Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, o Estatuto da Cidade.

Do teor da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, dessume-se, de logo, que o meio ambiente surge como fator de relevância a ser considerado dentro das exigências para a ordenação da cidade. Busca o Estatuto da Cidade disciplinar políticas urbanas no intuito de promover o bem-estar coletivo e dos cidadãos, assim como o equilíbrio ambiental.

A normatização concretizadora das diretrizes traçadas pelo Estatuto da Cidade deve se adequar tanto ao *locus* quanto às feições peculiares da sociedade a que se destina, para que o planejamento resulte no efetivo desenvolvimento da cidade, ao passo que o ambiente é preservado e as políticas urbanas sejam aplicadas em prol de uma coletividade.

No ordenamento constitucional vigente, a função social da propriedade urbana pressupõe o atendimento de uma função ambiental, ainda que não tenha sido explicitada - ao contrário do Direito Lusitano, que a distingue sob a denominação de função socioambiental. A ideia de abuso ou de uso anormal ou nocivo da propriedade reclama ser estudada tanto sob o prisma do Urbanismo como também do Ambientalismo.

Em se tratando de função ambiental, cuja titularidade foi outorgada ao Estado e à sociedade, Toshio Mukai (2006, p.189) acrescenta ser tal noção vinculada a um dever. Todavia, lembrando o aparente conflito residente entre os princípios constitucionais, de um lado, o direito de propriedade e, de outro, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assente na necessidade de balanceamento dos respectivos pesos, de maneira que ambos os direitos-princípios possam coexistir. É essencial que sejam ponderados os princípios e sopesados os valores e os interesses de cada caso.

Quanto à função ambiental, encerra conteúdo genérico, prescrito na Constituição Federal, e conteúdo específico dado na legislação infraconstitucional. Roxana Cardoso Brasileiro Borges atenta para a dupla proteção na ideia de função ambiental da propriedade: a proteção do meio ambiente e a proteção da propriedade em si. Para Borges (1999, p. 113), "assim como há a proteção do interesse difuso, há também a proteção do interesse individual do proprietário, na medida em que, enquanto se protege o interesse da sociedade, também o proprietário, titular da função é protegido."

A exigência de uma função ambiental, inserida no Estatuto da Cidade, já se fazia prevista no Código Florestal (Lei nº 4771, de 15 de setembro de 1965), especificamente no Parágrafo Único, acrescentado pela Lei nº 7.803/1989 ao art. 2º, no qual também restam designadas as áreas florestais consideradas de preservação permanente, além das previstas no art. 3º do mesmo diploma legal.

Meio ambiente e indivíduo não podem ser apartados quando, além do trato da questão fundiária, se cuida de desenvolvimento sustentável, de ordenação territorial, de controle e uso do solo urbano, visto ser essencial para o atendimento das necessidades do indivíduo a preservação de recursos naturais garantidores da vida.

A biodiversidade, o adequado aproveitamento territorial e a preocupação com a degradação ambiental, já insculpidos no Código Florestal, foram reforçados pelas diretrizes do Estatuto da Cidade em mais uma dimensão: a de que, além da propriedade urbana, a cidade também deverá cumprir uma função social. (UCHOA, 2007)

Considerando que a exploração da propriedade deve ser voltada à sustentabilidade com o fito de garantir um ambiente equilibrado não só para a atualidade, mas também para as futuras gerações, mostra-se essencial discutir a relação entre a natureza jurídica dos bens públicos afetados e a sustentabilidade, pressuposto da administração da coisa pública.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*on-line*, 2006) assinala que os bens públicos se submetem a regimes jurídicos diversos, dependendo da destinação. Contudo os bens públicos, independentemente da classificação, igualmente reclamam atendimento à função social e à função ambiental. Não se olvide, no entanto, que a funcionalização da propriedade pública pressupõe o compromisso com a preservação do ambiente.

Principia Di Pietro, reproduzindo a afirmação de Jambrenghi, defende que a propriedade pública *é* função social e não *tem* função social, destacando ser tal função inerente aos bens do domínio público. Função seria, então, um dever para o poder público. Diante desse conceito de atribuição-obrigação, deve a Administração Pública disciplinar a utilização dos bens públicos, fiscalizar essa utilização, reprimir as infrações, *tudo de modo a garantir que a mesma se faça para fins de interesse geral, ou seja, para garantir uma cidade sustentável.*(*on-line,* 2006)

No tocante aos bens de uso comum do povo e os de uso especial, já afetados particularmente ao uso coletivo ou ao serviço público e, portanto, tendo finalidades voltadas

aos interesse público, não vê a autora impedimento para a ampliação dessa função primária. Nesse sentido, a afetação desses bens permitiria que eles fossem destinados a outros usos da própria Administração ou mesmo para o uso privativo de administrados, havendo compatibilidade com o esse uso pretendido e, portanto, respeitado o fim principal a que o bem se destina.

Infirma ainda que, noutras oportunidades acadêmicas, defendeu a possibilidade de múltiplos usos do bem público em razão da função que desempenham. Por esse motivo, *devem ser disciplinados de tal forma que permitam proporcionar o máximo de benefícios à coletividade, podendo-se desdobrar em tantas modalidades de uso quantas forem compatíveis com a destinação do bem e com a conservação do bem* (*on-line*, 2006).

Para alguns, seria pleonasmo afirmar que a propriedade pública não foi contemplada pela funcionalização porque os bens públicos, pela própria natureza, já estão afetados ao uso coletivo ou ao serviço público, por isso a função social é inerente a eles. Assim, mesmo estando afetado o bem público, o uso nocivo ou abusivo deste, contrário ao interesse público primário e comprometedor de objetivos e diretrizes traçados no Estatuto da Cidade, promovido pelo titular ou por particular autorizado, ensejador de prejuízos à coletividade, representa o descumprimento da função social prevista na Constituição de 1988, aí incluído o desatendimento à função ambiental.

Ratificando o entendimento de Silvio Rocha (2005, p.146), deve ser assinalada a possibilidade de ser o ente público forçado a realizar nos bens sob sua titularidade obras de parcelamento compulsório, edificação ou, em último caso, tê-los desapropriados em razão de descumprimento da função social, assim como é aplicável aos proprietários privados.

Não se pode negar, por outro lado, que tal raciocínio poderia levar ao entendimento pela prescritibilidade de bens dominiais, além de merecer reflexão outro aspecto: a quem caberia a interposição de desapropriação-sanção para fins de reforma urbana de bem público municipal?

A despeito de todas as questões que perpassam pela autonomia das unidades federativas e da relação harmônica e não intervencionista fundamento do pacto federativo, não há como o Estado se eximir do cumprimento da função social e ambiental quanto ao patrimônio sob seu domínio, muito embora se vislumbrem dificuldades na aplicação das sanções consignadas no Estatuto da Cidade, a exemplo da desapropriação sancionatória, até hoje inefetiva, inclusive aos particulares.

A função social e ambiental dos bens públicos não está resumida à afetação. Com ela, não se confunde. No entanto, poderá decorrer dela, mas de toda sorte, no uso dos bens públicos, qualquer que seja a categoria a que pertencem, deverão ser cumpridas as exigências fundamentais de ordenação da cidade, deverá ser garantida a produtividade das terras situadas em zona rural, preservado o ambiente, o patrimônio cultural e a sustentabilidade.

Vale ser destacada uma das diretrizes gerais mais significativas para o desenvolvimento urbano elencadas no art. 2º da Lei 10.257/2001, que é a garantia do direito a cidades sustentáveis. Por tratar de objetivo abrangente, compreende os direitos relacionados à habitabilidade, ao transporte e aos serviços urbanos, ao trabalho e ao lazer: direitos fundamentais da pessoa humana. Associada à sustentabilidade da cidade, insere-se a diretriz que propõe a proteção, a preservação e a recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;

Com o planejamento do desenvolvimento da cidade visando ao equilíbrio social e ambiental, a cidade deverá se desenvolver de forma racional, planejada. Deverá, portanto, ser sopesada a relação custo-benefício travada entre o progresso com seus avanços tecnológicos e possíveis danos à coletividade ou comprometimento ambiental.

Na ordenação e no controle do uso do solo, com base em lei municipal de parcelamento, uso e ocupação do solo, deverá ser observada a utilização adequada do solo urbano. Propõe-se, através dessa instrução, evitar usos incompatíveis ou inconvenientes à coletividade, sendo da competência do Município a ordenação e a fiscalização do cumprimento das normas.

A adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano é função redistributiva da política urbana com o fito de promover a correspondência dos investimentos e dos gastos públicos aos objetivos gerais de crescimento da cidade, em que taxas e impostos são direcionados à promoção da justiça social.

Ao assegurar o direito às cidades sustentáveis, mostrou-se o Estatuto da Cidade como importante instrumento voltado ao desenvolvimento das cidades pelo qual é priorizado o bem- estar da população. Essa lei dotou os Municípios de mecanismos que permitem a execução da política de desenvolvimento urbano. (UCHOA, 2007)

Saliente-se que a Lei nº 10.257/2001 institui que a conduta do Prefeito Municipal, ou dos agentes públicos, em deixar de observar ou se desviar de alguns dispositivos do Estatuto poderá ser configurada como improbidade administrativa.

Relaciona o art. 4º do Estatuto da Cidade dentre os instrumentos a serem utilizados na implementação da política urbana os planos nacionais, regionais e estaduais e a ordenação do território e de desenvolvimento urbano e social; o planejamento municipal e das regiões metropolitanas, as aglomerações urbanas e microrregiões e os estudos prévios tanto de impacto ambiental como de vizinhança.

Dos instrumentos jurídicos inovadores, destaque-se a exigência de formulação e implementação de programas, projetos urbanísticos, materializados a partir do Plano Diretor, que, devendo espelhar os anseios da sociedade, será vital para o desenvolvimento integrado da cidade. O Estatuto da Cidade obriga a implantação de um plano de desenvolvimento integrado, contudo não prevê um só modelo para as cidades; estabelece, por outro lado, o conteúdo mínimo que encerrará, posto que tal planificação deva refletir a realidade da sociedade que o concebeu e, por isso, promover a ação transformadora esperada. (UCHOA, 2007)

Compõe-se o Plano Diretor do Município de diretrizes de caráter urbanístico a orientar Administradores e

administrados sobre quais parâmetros que nortearão as atividades econômicas desenvolvidas na cidade, tanto no âmbito privado como no que se refere à atuação dos gestores públicos nas obras. Assim sendo, serão integrantes do plano diretor de desenvolvimento leis municipais que disponham sobre parcelamento, uso e ocupação do solo, código de obras e posturas, sistema viário, legislação ambiental, dentre outras que se façam necessárias à realidade do município afetado.

A exigência de atendimento às diretrizes consubstanciadas no Estatuto da Cidade e instrumentalizadas no Plano Diretor não é exclusiva da propriedade privada. Diante da constatação de que os bens que compõem a propriedade pública estão submetidos a uma função social e ambiental, é de se esperar que o Poder Público, que tem o poder de fiscalizar os administrados no cumprimento de tal dever, seja o primeiro a atuar proativamente no sentido de conferir aos bens públicos destinação consentânea com a função social e ambiental.

Dissertando sobre a transmissão e o uso de bens públicos por particulares, Carvalho Filho (2010, p. 1296) aduz que a regra é a permanência dos bens em propriedade da Administração, que deverá conservá-los adequadamente para evitar sua deterioração, já que integram o domínio público. Todavia, assente que há situações em que a alienação dos bens públicos não somente pode ser conveniente para a Administração como ainda pode trazer-lhe outras vantagens.

Não se pode olvidar que a parceria da Administração Pública com a iniciativa privada pode render bons frutos à sociedade, desde que a preservação do ambiente seja uma das tônicas para a cessão de bens públicos em favor de particulares. O contrário é que não se pode admitir: o poder público facilitar a degradação ambiental, quando recebeu a titularidade de bens para preservá-los em prol da coletividade.

No caso dos imóveis recebidos pela municipalidade mediante processo de urbanização por loteamento, percebe-se frequentemente a desvirtuação de áreas verdes perpetrada pelo ente público a quem compete o dever resguardar tais áreas e assegurar qualidade de vida à comunidade que ali se instalará.

Minimizar desperdício, punir a malversação dos recursos públicos, especialmente os escassos, conceder uso adequado à vocação do bem são apenas alguns exemplos de práticas sustentáveis, que podem assegurar um ambiente sadio tanto para as gerações presentes como para as futuras.

CONCLUSÃO

Com o advento da Constituição de 1988, o interesse da coletividade passou a ser priorizado em detrimento de interesses particulares; o direito de propriedade ganhou novos contornos, reforçando a perspectiva publicística do domínio, e, ao elevar o acesso ao instituto da propriedade à categoria de direito fundamental, o texto constitucional impôs ao titular de tal direito o dever de atendimento a uma vinculação de natureza socioambiental.

O Estatuto da Cidade, ao regulamentar dispositivo constitucional, iniciou o disciplinamento dos instrumentos destinados à consecução da expansão ordenada da cidade e do planejamento urbano. Com a vigência do Novo Código Civil Brasileiro a partir de 11 de janeiro de 2003, sob o influxo dos princípios constitucionais e da tendência crescente da publicitação do direito civil, tal processo completou o círculo de mudanças, ao se prescrever clara e expressamente: a propriedade deverá atender a função social.

Assim, o direito à propriedade (compreendendo-se o uso, o gozo, a disposição e a faculdade de reaver de quem injustamente a detenha) manteve-se plenamente garantido ao indivíduo enquanto a função social for satisfeita. Não se fez menção expressa se tal exigência era aplicável apenas à propriedade privada, o que leva a presumir que os bens públicos requestam funcionalização além de mera afetação ao uso ou ao serviço público.

O Estatuto da Cidade, na mesma direção da Constituição da República, ratificou a funcionalização dos bens e, apoiado em princípios e diretrizes inovadoras, prevê instrumentos jurídico-urbanísticos voltados ao desenvolvimento sustentável das cidades.

Planejamento racional, integrado e adequado à realidade de cada cidade, consoante às diretrizes ambientais contidas no Plano Diretor, constitui não apenas uma meta a ser alcançada, mas também dever do gestor público, que tanto deverá fiscalizar o cumprimento da função social e ambiental da propriedade privada como também conferir aos bens sob sua titularidade destinação conforme as normas urbanísticas e ambientais.

A sustentabilidade requer atuações mais eficientes do gestor público a fim de que o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, como bem público de uso comum do povo, seja efetivado e se torne uma realidade.

REFERÊNCIAS

ABE, Nilma de Castro. Notas sobre a inaplicabilidade da função social à propriedade pública. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n. 11 – jan./jun. São Paulo: ESDC, 2008.

ARONNE, Ricardo**. Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Função ambiental da propriedade rural**. São Paulo: LTr, 1999.

COUTINHO, José Roberto de A. **Direito Imobiliário Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 23. ed. rev., ampl. e atual., 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

DALLARI, Adilson Abreu. **Atualidades do direito urbanístico brasileiro.** Boletim de Direito Municipal, São Paulo: NDJ, v. 22, nº 7, p. 521-530, mar. 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Sistemas de registros de imóveis**. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Função social da propriedade pública.** Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, abril/maio/junho. 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 15 de jun. 2013.

FIGUEIREDO, Lúcia Vallle. **Curso de direito administrativo**.

7.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 – interpretação e crítica.** 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MUKAI, Toshio. Função e inserção da variável ambiental no direito de propriedade. **Boletim de Direito Municipal – BDM**, São Paulo: NDJ, v. 22, nº. 3, p.188-198, mar. 2006.

NOGUEIRA-NETO, Paulo. **Os grandes problemas ambientais do mundo contemporâneo**. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. Disponível em: <http//*www.iea.usp.br/publicacoes/textos/nogueira_netoambientais.pdf*> Acesso em: 1 jul 2013.

PRATA, Ana. **Tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

ROCHA, Sílvio Luís F da. **Função social da propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental e constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros: 2004.

SOUZA, Paulo Roberto Ferreira de. A tutela jurisdicional do meio ambiente e seu grau de eficácia. Revista Jurídica Cesumar Mestrado. Maringá, UNICESUMAR, v.3, n. 1, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. Função social da propriedade. In: DALLARI, Adilson A.; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Temas de direito urbanístico1**. São Paulo: RT, 1987.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II.

UCHOA, Adelaide Maria Rodrigues Lopes. **A política urbana no ordenamento jurídico constitucional**: a desapropriação-sanção como instrumento do desenvolvimento das cidades. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2007.

Leis pesquisadas em sítios da Internet:

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 jun. 2013.

_____. **Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979.** Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm> Acesso em: 01 jul. 2013.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm.> Acesso em: 06 jun. 2013.

_____. **Lei Complementar nº 101**, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Quadro_Lcp.htm>. Acesso em: 06 jun. 2013.

_____. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/_Quadro-2001.htm>. Acesso em: 06 jun. 2013.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, 10 jan 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/_Quadro-2002.htm>. Acesso em: 06 jun. 2013.

O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA: UM CONTRIBUTO PARA O ATUAL DESENVOLVIMENTO DA TEORIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO BRASIL

Gabrielle Bezerra Sales 60
Lorena da Silva Cavalcante Guedes Fernandes 61

A inseminação artificial heteróloga é uma técnica de reprodução assistida utilizada como alternativa à infertilidade do casal desejoso de ter um filho, pois se utiliza de material genético de um terceiro, um doador anônimo. O uso dessa técnica avançada da Biomedicina traz sérias consequências no campo da moral, da ética, da religião, da sociologia, da filosofia e também do direito. O presente trabalho objetiva fazer um estudo sobre os conflitos que envolvem o casal comitente, o doador de sêmen e o concebido. Percebe-se que o direito de personalidade que protege o anonimato de doador também ampara o direito do concebido de conhecer a sua origem genética, logo o direito ao anonimato do doador entra em conflito com o direito à identidade genética do concebido, promovendo, pois, uma colisão de direitos fundamentais, que, no caso concreto, necessitam de ponderação. Mostrar-se-á como o direito da criança de conhecer sua origem genética se sobrepõe ao direito do doador ao anonimato e como a doutrina defende a paternidade socioafetiva. Tudo isso, em meio à ausência de norma específica que regule a matéria, fazendo-se uma análise teleológica e sistemática da Constituição Federal de 1988, do Código Civil de 2002, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dos princípios constitucionais de direito de família, da Resolução CFM nº 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina, do Projeto de Lei 90/99 (Substitutivo 2001), da doutrina especializada e da jurisprudência pátria. A técnica de pesquisa empregada é bibliográfica e documental. O método de procedimento é histórico e comparativo. Quanto à orientação, a pesquisa é qualitativa e quanto ao método de abordagem é indutivo.

Palavras-chave: Identidade genética. Inseminação artificial. Direito de personalidade.

The heterologous artificial insemination is an assisted reproduction technique used as an alternative to infertility desirous of having a son a couple, because it uses genetic material from a third party, an anonymous donor. Using this advanced technique Biomedicine has serious consequences in the field of morality, ethics, religion, sociology, philosophy, and also the law. This paper aims to make a study of the conflicts involving the principal couple, the donor semen and designed. It is noticed that the right personality that protects the anonymity of the donor also sustains the right of the unborn to know their genetic origin, then the donor's right to anonymity is in conflict with the right to genetic identity designed, promoting therefore a collision of fundamental rights , which , in this case, require consideration. Will show up as the child's right to know their genetic origin overlaps the donor's right to anonymity and how the doctrine advocates affective paternity. All this, amid the absence of a specific rule governing the matter, making it a teleological and systematic of the 1988 Federal Constitution, the Civil Code of 2002, the Statute of Children and Adolescents, the constitutional principles of family law analysis, the CFM Resolution No. 2013/2013 of the Federal Council of Medicine, the Draft Law 90/99 (Substitute 2001) , the specialized doctrine and jurisprudence homeland . The research technique employed is bibliographic and documentary. As to the method of procedure is historical and comparative. For guiding research is qualitative and in the method of approach is inductive .

KEYWORDS : Genetic Identity. Artificial insemination. Right of personality.

60 Gabrielle Bezerra Sales é advogada, graduada e mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC), doutora em Direito pela Universidade de Augsburg - Alemanha, professora e Coordenadora Geral do Curso de Direito do Centro Universitário Christus (Unichristus), onde leciona a disciplina de Direitos Humanos e Fundamentais na graduação. É igualmente doutoranda no programa de doutoramento em Bioética da Universidade do Porto - Portugal. gabriellelinhares@hotmail.com

61 Lorena da Silva Cavalcante Guedes Fernandes. Graduanda do Curso de Direito da Universidade Christus (Unichristus). Fortaleza-CE. lorenacavalcante@ig.com.br.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO

O instituto da família evoluiu ao longo da história, constituiu-se inicialmente por base econômica[62], posteriormente religiosa[63], mas sempre com o fim único de procriar para garantir a perpetuidade do patrimônio por meio da transmissão da herança de pai para filho.

O conceito atual de família não mais está fundamentado em questões patrimoniais ou religiosas como outrora, está, pois, relacionado em uma ideia de busca da felicidade em cada um de seus membros, sustentado pelos princípios da dignidade da pessoa humana, do livre planejamento familiar, da paternidade responsável, do melhor interesse da criança e especialmente do princípio da afetividade.[64]

O princípio da afetividade, fundado no amor, no

62 ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado.** Tradução de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991. Segundo a teoria da concepção materialista de Marx e Engels, o acúmulo de riquezas trazido pela domesticação de animais, principalmente o gado, e a escravidão, como meios de produção transformou definitivamente as relações familiares, pois essa riqueza produzida pela família um dia teria que ser transmitida aos seus descendentes. Na era primitiva, imperou no seio da tribo o comércio sexual promíscuo, ou seja, àquela época, cada mulher pertencia igualmente a todos os homens e cada homem pertencia igualmente a todas as mulheres, logo os filhos eram considerados comuns, já que a paternidade era incerta. Com isso, passou-se a exigir total fidelidade das mulheres a fim de ter certeza da paternidade e garantir a transmissão dos bens entre os descendentes para que os filhos de uns não se confundissem com os filhos de outros.

63 COULANGES, Fustel. A Cidade Antiga. Tradução de Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2000. A história das famílias gregas e romanas foi constituída com base em crenças religiosas, na adoração aos mortos, aos antepassados, em ideias primitivas concebidas pelo Homem sobre a sua própria natureza, a sua alma e sobre os mistérios da morte. O casamento era obrigatório com o fim de procriar. O objetivo principal não estava na união de duas pessoas mutuamente simpatizantes, mas sim na união de dois seres no mesmo culto doméstico, fazendo deles nascer um terceiro, apto para continuar esse culto e a receber a herança dos bens.

64 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

companheirismo, nos ideais de vida em comum, entre outros, é o que hoje define uma família, sendo, pois possível o surgimento de novas modalidades de entidades familiares.[65]

Hodiernamente, o avanço da Biomedicina fez surgir inúmeras técnicas de reprodução assistida com o fim de solucionar problemas de infertilidade humana. Abordar-se-á, sobretudo, a família proveniente do uso das técnicas de inseminação artificial heteróloga, por meio do uso de material genético de doador anônimo e os principais desdobramentos jurídicos dessa utilização.

Atualmente, no Brasil, existem inúmeros projetos de lei em tramitação para tratar de questões envolvendo a reprodução assistida, porém, o mais completo deles é o Projeto de Lei do Senado nº. 90 de 1999, que já recebeu dez emendas, e possui um Substitutivo de 2001. O Projeto é de autoria do ex-senador Lúcio Alcântara.

Em virtude da ausência legislativa e das demandas levantadas pelas clínicas de fertilidade de todo o país, o Conselho Federal de Medicina tratou de editar algumas resoluções a fim de suprir essa carência normativa. Cumpre esclarecer que esses documentos não possuem caráter normativo, tratando-se de recomendações.

A Resolução CFM nº 2.013/2013 estabelece em seus princípios gerais que "as técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na solução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação".[66]

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), a infertilidade conjugal é um problema de saúde pública e apenas será constatada após o período de dois anos de prática sexual regular sem uso de nenhuma forma de métodos contraconceptivos[67]. No entanto, após o primeiro ano, já pode ser recomendado o uso de algumas das técnicas de reprodução assistida.

As técnicas de reprodução assistida podem ser utilizadas "desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente", em obediência ao princípio da beneficência da bioética, ou seja, deve haver uma ponderação entre os riscos e o resultado para que justifique a exposição do paciente ao tratamento, a fim de minimizar o dano e maximizar os resultados. [68]

Na hipótese de uso da técnica de inseminação heteróloga, a doação de material genético não poderá, em hipótese alguma, ter finalidade lucrativa ou comercial. Recomenda-se que cada doador poderá fecundar apenas duas crianças de sexos diferentes numa área de um milhão de habitantes, e segundo o Conselho Federal de Medicina, esse controle será realizado pelo registro de nascimento na região de localização da unidade da clínica de fertilização, a fim de evitar o incesto. [69]

Nesse caso, o sonho de exercício da parentalidade acarreta em consequências gravíssimas no campo da Ética, da Bioética, da Filosofia, da Psicologia, da Sociologia e do Direito, pois, o emprego dessa avançada técnica de biomedicina faz surgir duas formas de paternidade, uma biológica, a partir da doação de sêmen, e outra afetiva, do marido ou companheiro que consentiu com a implantação do embrião fecundado com material genético de um terceiro em sua esposa ou companheira.

O uso da técnica de inseminação artificial heteróloga, em sua complexidade, evidencia um conflito entre o direito ao anonimato do doador e o direito ao conhecimento da origem genética. Há, pois uma colisão de direitos fundamentais entre o doador de sêmen e o direito à identidade do concebido.

A doutrina e a jurisprudência pátrias se mostram favoráveis ao exercício do direito ao conhecimento da origem genética, como direito personalíssimo albergado nos artigos 5º e 226 da Constituição Federal de 1988, e também no artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA Lei nº 8069/90, além, claro, no valor supremo da dignidade humana constante no Artigo 1º, III, CF/88, como fundamento constitucional pelo qual se orienta o ordenamento jurídico brasileiro na defesa dos direitos da personalidade.

2 O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA

A identidade, segundo Bauman, "só nos é revelada como algo a ser inventado, e não descoberto"[70]. Ou seja, a identidade não é algo pronto que se busca e se acha, para ele, o conceito de identidade é algo considerado fluido, em processo de transformação e que se constrói ao longo da existência do ser.

A identidade genética, dentre outros aspectos, se relaciona ao direito de saber a história da saúde de seus parentes consanguíneos para fins de preservação de alguma moléstia física ou mental, ou ainda com o objetivo de evitar o incesto.[71]

Já a identidade pessoal advém das ciências humanas, mormente da ciência da Psicologia. No domínio psicológico, a identidade pessoal se traduz a partir da singularização do eu quando posto em oposição ao outro e pela diferenciação interpessoal.[72]

Para a formação de identidade pessoal, são necessárias respostas a profundas questões existenciais: Quem sou eu e quem são os outros? Qual a minha origem? Donde vim e como vim?[73]

Trata-se, desse modo, de aspecto essencial que se perfaz e se produz ao longo da trajetória individual em razão dos múltiplos laços sociais que caracterizam a vida de cada ser humano e, concomitantemente, formam a teia de significantes que o singulariza perante si e perante os outros. A identidade pode ser analisada igualmente sob a perspectiva coletiva.

65 MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro. Forense, 2011.

66 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resoluções CFM 2.013/2013. **Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em 03 set. 2013, às 15h39min.

67 http://www.saudereprodutiva.dgs.pt consulta em: 03.03.2014

68 Ibid.

69 Ibid.

70 BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**: entrevista a Benedetto Vecchi. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 21.

71 DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 583.

72 CARVALHO, Cláudia Constante. **Identidade e intimidade:** um percurso histórico dos conceitos psicológicos. 1991. 727 f. Dissertação (Mestrado) – Instituto Superior de Psicologia Aplicada, Lisboa, 1991. Disponível em: < http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/aps/v17n4/v17n4a09.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2013.

73 Ibid.

A identidade pessoal é construída pelo somatório que abrange desde as informações genéticas até outras de caráter circunstancial que sejam relevantes para compor a personalidade do indivíduo. E, nesse sentido, quanto maior for o grau de individualização de uma sociedade mais imperiosa se torna a busca de sentido e de identidade.

Atualmente, os discursos em torno da identidade têm se tornado bastante profícuos na medida em que o esgarçamento dos laços sociais tem gerado uma hipervalorização da personalidade em razão do culto à personalidade narcísica.

Daí, cumpre afirmar que o exercício mais básico dos direitos da personalidade se refere ao exercício ao direito à informação, ou seja, ao conhecimento amplo das origens, especialmente aquelas que se referem aos pais.

A Constituição Portuguesa de 1976 avançou ao reconhecer o direito à identidade como um dos direitos fundamentais, atrelando o seu pleno exercício ao direito ao conhecimento, isto é, o direito à informação sobre si próprio[74].

Ademais, não é razoável que outrem venha a deter informações sobre alguém sem que lhe seja dado o mínimo conhecimento a respeito. E o que dizer da negação de informações genéticas uma vez que se tornam cada dia mais cruciais em tempos de medicina preventiva?

O ser humano, de fato, é fruto da conjugalidade da sua essência e da sua existência. E ambas as categorias se completam, tornando-se imprescindíveis para a percepção do todo que é sempre um peregrino em busca de novas indagações, visto que carece de respostas absolutas, sobretudo acerca daquelas que se referem ao seu âmago: a sua identidade genética.

2.1 O anonimato do doador de sêmen no Brasil

De acordo com a Resolução RDC no. 23/2011 da ANVISA - Agência de Vigilância Sanitária, as doações de células, tecidos e embriões devem ser sigilosas, gratuitas e precedidas da assinatura do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. Toda a informação relativa aos doadores e aos receptores do material genético deverá ser mantida no mais absoluto sigilo.[75]

Estabelecem ainda os §§ 3º e 5º do artigo 15 da Resolução nº 23/2011 da ANVISA, que, nas doações anônimas, não pode o receptor conhecer a identidade do doador e vice-versa. Porém, em casos especiais, por motivos médicos ou jurídicos, podem essas informações ser passadas unicamente ao médico que assiste o receptor, protegida a identidade civil do doador.[76]

A Resolução do CFM 2.013/2013 também recomenda o sigilo quanto à identidade civil do doador (identidade pessoal), não devendo este conhecer aquele, resguardadas as motivações médicas (identidade genética), conforme dispõe:[77]

Pode-se extrair da presente Resolução que o concebido tem direito ao conhecimento da identidade genética do doador para fins de tratamento de saúde, porém não possui direito ao conhecimento da identidade pessoal, civil do doador por lhe ser resguardado o direito ao anonimato.

O art. 8º do Projeto de Lei 90/99 estabelece como regra o sigilo das doações e os parágrafos do art. 9º as exceções que autorizam a quebra do sigilo.

As exceções ao anonimato do doador obrigam os serviços de saúde a fornecer informações sobre a identidade genética destes quando a) razões médicas necessárias à preservação da vida ou da saúde da pessoa gerada; b) ou jurídicas em casos de oposição aos impedimentos matrimoniais com o objetivo de evitar o incesto, em ambos os casos, será preservada a identidade pessoal do doador.

Digno de nota é o silêncio do legislador brasileiro em se tratando de tema da mais extrema importância e atualidade, renegando para uma entidade de classe, no caso o Conselho Federal de Medicina, a tarefa de regulamentar essa área. Além disso, deve ser sublinhada a falta de adequação do resguardo ao anonimato do doador com o binômio parentalidade/responsabilidade que norteou todo o pensamento constitucional no Brasil pós-1988.

2.2 Identidade genética *versus* anonimato do doador – uma colisão de direitos fundamentais

Os direitos fundamentais de quarta geração envolvem as pessoas ligadas ao uso das técnicas de reprodução medicamente assistidas. O direito à intimidade do doador de sêmen e o direito ao conhecimento da origem genética são, nesse sentido, direitos fundamentais de personalidade amparados constitucionalmente. [78]

O direito à intimidade que protege o anonimato do doador na inseminação artificial heteróloga está previsto no artigo 5º, X, da Constituição Federal de 1988: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação"[79]

O direito ao conhecimento da origem genética encontra fundamento no parágrafo 6º do artigo 227 da Constituição Federal de 1988, o qual assegura à criança, ao adolescente e ao jovem com absoluta prioridade, dentre outros, o direito à dignidade, ao respeito, à liberdade além de colocá-los a salvo de toda forma de discriminação relativas à filiação.[80]

A rigor, a criança gerada por meio da técnica de inseminação artificial heteróloga tem os mesmos direitos que os filhos havidos por métodos sexuais tradicionais, em especial, o

74 ARTIGO 33.o (Direito à identidade, ao bom nome e à intimidade) –"1. A todos é reconhecido o direito à identidade pessoal, ao bom nome e reputação e à reserva da intimidade da vida privada e familiar; 2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana, de informações relativas. às pessoas e famílias." http://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP1976.pdf. Consulta em: 03.03.2014

75 ANVISA. Resolução RDC nº 23, de 27 de maio de 2011. **ANVISA.** Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/d3f7c4804986e29a8e51ff4ed75891ae/RDC_23_2011.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 02 out. 2013, às 15h 43min.

76 Ibid.

77 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resoluções CFM 2.013/2013. **Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 03 set. 2013, às 15h 39min.

78 CÂNDIDO, Nathalie Carvalho. O direito ao conhecimento da origem genética e as técnicas de reprodução medicamente assistida heteróloga. **Revista Opinião Jurídica,** Fortaleza, ano 8, n. 12, 220-239, 2010.

79 Ibid.

80 Ibid.

direito de conhecer sua origem. E, portanto, perfazer sua identidade em sentido integral.

Ademais, a Lei de Adoção **nº 12.010/09** prevê expressamente que o adotado tem direito de conhecer sua origem biológica após completar 18 (dezoito) anos de idade, sendo, também, deferido ao menor de 18 (dezoito) anos, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica.

Conforme demonstrado, ambos os direitos da personalidade encontram-se constitucionalmente amparos, tanto o do doador em se manter anônimo, quanto ao concebido em conhecer a sua origem genética. Assim sendo, clara é a colisão.

A colisão de direitos fundamentais decorre da natureza principiológica desses direitos. Como se sabe, os princípios, ao contrário das regras, não emitem comandos definitivos na base do tudo ou nada, mas sim estabelecem diversas obrigações tais como dever de respeito, proteção e promoção, não são, pois, absolutos. A depender do caso concreto necessitam ser ponderados.[81] Trata-se de mandados de otimização de forma que sua aplicação é condicionada à forma de se garantir a sua mais ampla afirmação.

Assim como os princípios, os direitos fundamentais possuem alto teor axiológico, destinados a manter a vida humana dentro dos valores da liberdade e dignidade e servindo de alicerce ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, dessa forma, em caso de conflito, não podem ser objeto de exclusão, assim como se procede com as regras, mas devem ser aplicadas as mesmas formas de solução de conflito dos princípios.[82]

Segundo Ferrajoli,

> "Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidade de obrar; entendendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas."[83]

O princípio da dignidade da pessoa humana se notabiliza pela centralidade em relação à teoria dos direitos fundamentais, notadamente como fiel da balança ou como ponto de equilíbrio para o exercício da ponderação. Ele se expressa tanto na esfera pública quanto na esfera privada, daí a sua influência igualmente em relação aos direitos da personalidade.

2.3 O direito ao conhecimento da origem genética do concebido por inseminação artificial heteróloga no Brasil

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso IX, estabelece a liberdade da atividade científica como um dos direitos fundamentais: "IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença". [84]

Os avanços científicos trazem consigo casos polêmicos e de difícil solução, pois, via de regra, não há norma jurídica preestabelecida com respostas adequadas e que abram caminhos satisfatórios para a tomada de decisão.

Porém, o Direito não pode deixar de acompanhar esses desafios descortinados pela Biomedicina, nem deixar de oferecer soluções aos conflitos atuais, reafirmando-se que a aplicação deve ser de acordo com as dimensões éticas e jurídicas da sociedade.[85]

Quanto às múltiplas técnicas de reprodução assistida, destaca-se a inseminação artificial, que, por sua vez, se divide em inseminação homóloga e inseminação heteróloga.

A inseminação artificial homóloga ocorre quando o material genético pertence ao casal desejoso de ter o filho, ou seja, quando realizada na esposa ou companheira com sêmen do marido ou companheiro, em vida ou após a morte (Artificial Insemination by Husband - AIH). Nesses casos, não há conflito, pois o material genético empregado pertence ao casal.[86]

Já na inseminação artificial heteróloga, o material genético é fornecido por um (a) doador (a), estranho (a) à relação do casal, ou seja, a fecundação é realizada por meio do sêmen de terceiro e óvulo da esposa, sêmen do marido e óvulo de outra mulher, sêmen e óvulo de estranhos, podendo ainda ser implantado em útero de terceira etc. O uso da técnica é permitido em mulheres casadas ou conviventes, mulheres solteiras e em casais homoafetivos femininos (Artificial Insemination by Donor - AID).[87]

O Código Civil brasileiro de 2002, no capítulo dedicado à filiação, estabelece as hipóteses em que os filhos serão presumidamente considerados, entre estas os havidos por meio do uso das técnicas de reprodução assistida, conforme dispõem os incisos III a V do artigo 1.597.

Abordar-se-ão os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, constante do inciso V do artigo 1.597 do Código Civil de 2002: "presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido".

Ocorre a inseminação artificial heteróloga por meio da utilização de sêmen de outro homem, um doador anônimo, para a fecundação do óvulo da mulher, exigindo previamente autorização do marido, que somente poderá ser revogada até

81 MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** 2. ed. São Paulo: Atlas. 2009, p. 369.

82 Ibid.

83 FERRAJOLI, Luigi; BACCELLI, Luca; BOVERO, Michelangelo; GUASTINI, Riccardo; JORI, Maria; PINTORE, Anna; VITALE, Ermanno; ZOLO, Danilo. **Los fundamentos de los derechos funtamentales**. 4. ed. Madrid: Trotta. 2009, p. 19.

84 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 17 ago. 2013, às 19h41min.

85 O texto da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) brasileiro aduz, em seus artigos 4 e 5, que: "Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito; Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum." http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm Consulta em: 03.03.2014

86 DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

87 Ibid.

o momento da inseminação, após a implantação do embrião não mais poderá o marido ou companheiro desconhecer a paternidade do filho.[88]

Diniz entende que a presunção do artigo 1.597, V, visa a "instaurar a vontade procriacional no marido como um meio de impedi-lo de desconhecer a paternidade do filho voluntariamente assumido ao autorizar a inseminação heteróloga de sua mulher."[89] E ainda considera "torpe, imoral, injusta e antijurídica a permissão para o marido que, consciente e voluntariamente, tendo consentido com a inseminação artificial com esperma de terceiro, negasse, posteriormente, a paternidade."[90]

E ainda, citando Gama, compreende ser a presunção *juris et de jure*, assim, "não será possível admitir, juridicamente, a impugnação da paternidade para aquele que anuiu no projeto de reprodução assistida heteróloga, observando-se o princípio da paternidade responsável (CF, art. 226, § 7º)"[91]

Por outro lado, não há como negar ao concebido o direito de, no futuro, propor ação investigatória de paternidade para a identificação do pai biológico. [92]Eis que surge o conflito.

Atualmente, nos países que resguardam o anonimato do doador, não é incomum a judicialização desse conflito. Jovens gerados por doação anônima de óvulos e sêmens, iniciam movimento pelo direito de conhecer seus pais biológicos, segundo reportagem trazida pela revista Isto É.[93]

A motivação para o conhecimento da origem genética, segundo essa reportagem, vai além de mera curiosidade, pois, conhecendo a identidade pessoal do doador, compreender-se-á melhor a sua própria identidade. "Não sei qual a influência do meu pai biológico sobre quem eu sou, mas não poder conhecê-lo significa nunca responder a essa dúvida", relata Olívia.[94]

Questionamentos como estes reforçam o entendimento de que a identidade pessoal é uma necessidade psicológica de conhecer a si mesmo a partir do conhecimento de sua história, de seus antepassados. E qualquer alijamento de informações nesse sentido é incontestável violação aos direitos da personalidade, sobretudo ao direito à identidade.

Olívia Pratten, exemplarmente, criou um *site* que reúne histórias de vários jovens que se encontram na mesma situação. Eles defendem, entre outros direitos, a proibição do anonimato do doador, e que estes sejam comunicados de cada gestação oriunda de seus gametas, e ainda que sejam legalmente protegidos contra quaisquer ações de reconhecimento de paternidade que visem unicamente a fins econômicos, tais como alimentos e herança.[95]

Note-se que essas pessoas não estão buscando conhecer a identidade genética para fins de tratamento médico, cura de doenças hereditariamente transmissíveis, também não estão interessadas em pedidos de pensão alimentícia ou outros deveres inerentes à filiação, estão buscando conhecer a si próprios, a identidade pessoal.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há aproximadamente quatro décadas, por ocasião do nascimento do primeiro bebê de proveta, o mundo contemporâneo tem sido confrontado com múltiplas possibilidades de uso da biotecnologia que até então eram considerados apenas como tema de ficção científica.

O uso da biotecnologia na área da reprodução humana pode ser considerado como uma das mais sérias revoluções para a Humanidade, na medida em que alterou o próprio modo como o ser humano se reconhece e se (re)significa. Trata-se de uma nova nervura no tecido social, ético, moral e, especialmente, jurídico.

Evidenciou-se, com isso, o atual despreparo da Humanidade para o oferecimento de soluções apropriadas aos conflitos advindos do uso das técnicas e, concomitantemente, a perplexidade derivada dos sentimentos que atravessam a via entre o fascínio e a repulsa face às possibilidades futuras de emprego da biotecnologia.

Controversos são os posicionamentos doutrinários no Brasil, particularmente no que tange à delimitação do alcance do direito à identidade após a sua atualização advinda com a biotecnologia.

Aguiar defende a preservação do anonimato do doador por compreender que o vínculo de parentesco se fixa a partir do consentimento emitido pelo marido ou companheiro no momento em que concordou com a utilização do método da inseminação artificial heteróloga.[96]

Compreende ser direito de personalidade do concebido, alcançada a maioridade civil, obter informações sobre a identidade genética do doador, porém com o fim último de preservação de sua integridade física e mental, de direito à saúde em casos de doenças ligadas aos genes, mantido de toda forma o anonimato do doador, sua identidade pessoal, afastando qualquer vínculo afetivo por entender que pai é o comitente, não o doador.[97]

Diniz mostra-se contra a utilização indiscriminada das técnicas de reprodução medicamente assistida. Questiona se, diante de tantos problemas éticos, sociais, morais, jurídicos, religiosos, filosóficos que cercam a reprodução assistida, não seria mais prudente permitir apenas o uso da inseminação

88 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 328, v.6.

89 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 465, v. 5.

90 Ibid.

91 Ibid., p. 465.

92 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 336.

93 COSTA, Rachel. Elas querem saber quem são seus pais. **Revista Isto É.** Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/paginar/129046_ELAS+QUEREM+SABER+QUEM+SAO+SEUS+PAIS/4> Acesso: 16 de out. 2013, às 15h16min. Olivia Pratten, canadense de 28 anos e Alana S., americana de 24 anos, ambas nasceram por meio da técnica de reprodução assistida heteróloga. No caso de Olívia, seu pai era infértil e, no de Alana, sua mãe quis ter um filho mesmo sem ter marido, produção independente. Hoje, as duas querem saber quem são os seus pais biológicos e lutam na justiça pelo direito ao conhecimento da origem genética.

94 Ibid.

95 Ibid.

96 AGUIAR, Monica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.161.

97 Ibid. p. 163

artificial homóloga "em mulher casada ou que viva em união estável, desde que se use o material fertilizante de marido ou companheiro uma só vez e desde que não haja risco para a saúde da mãe e à do filho".[98]

Dias defende o direito de personalidade de buscar conhecer sua "genealogia, suas raízes, suas origens, seus antepassados". Porém, defende que tal possibilidade investigatória não subtrai a supremacia da filiação socioafetiva, que deverá ser sempre valorizada pelos magistrados.[99] Teria o concebido direito de conhecer suas origens, inclusive a identidade pessoal do doador. Porém, a paternidade socioafetiva não se desfaz.

Na inseminação artificial heteróloga, a paternidade socioafetiva se sobrepõe à paternidade biológica, dispõe Nader.[100] Para referido autor, o direito ao conhecimento da identidade genética não se confunde com o direito à filiação.

No mesmo sentido, Gagliano e Pamplona Filho[101] defendem que a paternidade é uma situação, e que o direito de conhecer a origem genética é outra. Esses direitos não se confundem, segundo eles, além disso, defendem o direito do concebido à identidade genética. Já Venosa compreende legítimo o direito do filho à identidade genética. [102]

Os tribunais brasileiros, por seu lado, ainda não julgaram casos de investigação de paternidade fundado em filiação proveniente do uso das técnicas de reprodução assistida do tipo inseminação artificial heteróloga, pois a técnica é considerada relativamente nova. Porém, é uma questão de tempo, pois basta que o primeiro caso surja para se iniciar o surgimento de precedentes.

Importa destacar que a judicialização desse tipo de conflito é radicalmente atual em países como o Canadá e os EUA, sendo bastante plausível que se torne comum e frequente no Brasil na medida em que os chamados filhos da era da reprodução assistida atinjam a maioridade.

Frise-se que, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em recente julgado da ministra relatora Nancy Andrigui, decidiu que a paternidade socioafetiva não impede o conhecimento da origem genética.[103]

De acordo com o julgado, para conceder o direito à investigação da origem genética, mesmo possuindo vínculo afetivo já estabelecido, a ministra levou em consideração que o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, cumulado com o valor supremo da dignidade da pessoa humana.

No mesmo sentido, foi o entendimento de Luiz Felipe Santos, relator do julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), ao reconhecer o direito à origem genética fundado no artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), o qual estabelece: "O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça." [104]

A decisão divulgada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 10 de outubro de 2013, na qual a ministra Nancy Andrigui declarou que a "existência de vínculo socioafetivo com pai registral não pode impedir o reconhecimento da paternidade biológica, com suas consequências de cunho patrimonial".[105]

O entendimento foi da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em que a filha registrada pelo marido de sua mãe ajuizou ação de investigação de paternidade pretendendo o reconhecimento biológico, a alteração do nome e a inclusão como herdeira no inventário do pai biológico. O número desse processo não foi divulgado em razão de sigilo judicial. [106]

Inconteste é, contudo, a necessidade de tutelar integralmente o ente mais vulnerabilizado depreendida do texto da partir da Constituição Federal de 1988. E, assim, fácil é reconhecer no ser humano concebido de técnicas reprodutivas que veio a sofrer o alijamento de suas informações primordiais, a condição de vulnerável.

De fato, a vulnerabilização é de natureza cruel em razão de atingir seu âmago, uma vez que impede o pleno desenvolvimento de sua personalidade na medida em que impede a formação de uma percepção real e completa de sua identidade.

Embora sempre se depare com resposta lacunosa, a indagação acerca da identidade é *leit motiv* da vida humana, impulsionando-o a prosseguir em sua travessia. Desse modo, trata-se de indagação que sofreu extrema atualização com o advento das técnicas reprodutivas e, ao mesmo tempo, com a ideia de saúde preventiva. O enigma da esfinge do "conhece a ti mesmo" passou a ser conjugado com a ideologia da medicalização da vida humana e, assim, passaram a exigir novos palpites e a lançar novos anátemas para a Humanidade.

O Vaticano, atestando a incapacidade do conhecimento religioso de responder a essas novas perguntas, em 1987, divulgou o documento "Instruções sobre o respeito à vida humana nascente e a dignidade da procriação. Respostas a algumas questões atuais", tratando dentre outros assuntos do respeito aos embriões humanos e da fecundação artificial

98 DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 609.

99 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 364.

100 NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: direito de família. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 5., p. 283.

101 GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Curso de direito civil**: direito de família - as famílias em perspectiva constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 6., p. 643.

102 VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 6., p. 244.

103 STJ, Resp 1401719/MG, Rel. Ministra Nancy Andrigui, 3.T., julgado em 08.10.2013, DJe de 15.10.2013. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=origem+gen%E9tica&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 28 out. 2013.

104 TJRS, Apelação Cível 70052751625/RS, Desembargador Luiz Felipe Santos, 8. T. julgado em 18.04.2013, DJ de 23.04.2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=origem+gen%E9tica&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520R-S.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>. Acesso em: 28 out. 2013.

105 STJ. Publicação. **STJ.** Disponível em: < http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=111773>. Acesso em: 28 de out. 2013.

106 STJ. Publicação. **STJ.** Disponível em: < http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=111773>. Acesso em: 28 de out. 2013.

homóloga e heteróloga. [107]

A Igreja católica, nesse sentido, manifesta-se contrária, do ponto de vista moral, à fecundação homóloga e também desaprova a inseminação artificial heteróloga "[...] é moralmente ilícita a fecundação de uma mulher casada com o esperma de um doador que não seja seu marido [...]", por ser contrária à unidade do matrimônio e à dignidade dos cônjuges.[108]

Trata-se de indagações cuja complexidade escapa das limitações da mirada do Homem contemporâneo, devendo ser enfrentadas transitoriamente tendo como base a responsabilidade pela garantia da maior e da melhor tutela possível ao concebido. Transitoriamente, pois devem ser compreendidas como esboços de soluções. E, tão logo, renuncie-se à presunção de criar respostas absolutas, surgem frestas de entendimento entre as diversas concepções que radicalizam em suas propostas.[109]

E, em razão da sua complexidade, somente poderão ser respondidas de forma plural, pautando-se pela extrema busca por novos caminhos de integração de todos os que se encontram sob a égide da intolerância e da falta de cuidado.

O Estado, com isso, assume outras medidas de responsabilização, cabendo a ele tutelar e, simultaneamente, responsabilizar aos seres humanos que utilizam a biotecnologia no intuito de garantir, cada vez mais e melhor, a aplicação dos direitos fundamentais tendo como suporte irrenunciável a garantia da dignidade de cada ser humano. O âmbito dos direitos da personalidade é o *locus* em que o direito privado deve se vergar ao direito público, uma vez que nele se presentifica a necessária mudança de perspectivação das categorias tradicionais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ANVISA. Resolução RDC nº 23, de 27 de maio de 2011. **ANVISA.** Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/d3f7c4804986e29a8e51ff4ed75891ae/RDC_23_2011.pdf?MOB=AJPERES>. Acesso em: 02 out. 2013, às 15h 43min.

BARCHIFONTINE, Christian de Paul de; PESSINI, Leocir. **Problemas atuais de bioética.** São Paulo: Edições Loyola, 1991.

BAUMAN, Zigmunt. **Identidade:** entrevista a Benedetto Vechi. Trad. Carlos Alberto Madeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei** nº 90/1999. Dispõe sobre a Reprodução Assistida. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=1304>. Acesso em: 1 nov. 2013.

CÂNDIDO, Nathalie Carvalho. O direito ao conhecimento da origem genética e as técnicas de reprodução medicamente assistida heteróloga. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 8, n. 12, 220-239, 2010.

CARVALHO, Cláudia Constante. **Identidade e intimidade:** um percurso histórico dos conceitos psicológicos. 1991. 727 f. Dissertação (Mestrado) – Instituto Superior de Psicologia Aplicada, Lisboa, 1991. Disponível em: < http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/aps/v17n4/v17n4a09.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resoluções CFM 2.013/2.013. **Conselho Federal de Medicina.** Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 03 set. 2013, às 15h 39min, COSTA, Rachel. Elas querem saber quem são seus pais. **Revista Isto É.** Disponível em:<http://www.istoe.com.br/reportagens/paginar/129046_ELAS+QUEREM+SABER+QUEM+SAO+SEUS+PAIS/4>. Acesso em: 16 out. 2013, às 15h 16min.

COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga.** Tradução de Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

_____, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado.** Tradução de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991.

FERRAJOLI, Luigi; BACCELLI, Luca; BOVERO, Michelangelo; GUASTINI, Riccardo; JORI, Maria; PINTORE, Anna; VITALE, Ermanno; ZOLO, Danilo. **Los fundamentos de los derechos funtamentales**. 4. ed. Madrid: Trotta. 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Curso de direito civil:** direito de família. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito de família. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MALMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil***:* direito de família. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 5.

_____. **Resoluções CFM 2.013/2013**. Disponível em: < http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013pdf.>. Acesso em: 03 set. 2013, às 15h 39min.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 6.

107 BARCHIFONTINE, Christian de Paul de; PESSINI, Leocir. **Problemas atuais de bioética.** São Paulo: Edições Loyola, 1991, p. 156.

108 Ibid. p. 157.

109 Vale ressaltar a imensa contribuição da Bioética para o aprofundamento da teoria dos direitos fundamentais e da personalidade.

O TRÁFICO DE MULHERES PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL NO ESTADO DO CEARÁ

Vanessa Gonçalves Melo[110]

Sumário 1. Introdução 2. Argumentação: Do tráfico de mulheres para fins de exploração sexual no Ceará - legislação e programa estadual de enfrentamento à exploração 3. Contra argumentação: O aumento do número de vítimas e a infração à dignidade do ser humano 4. Considerações Finais 5. Referência.

1. INTRODUÇÃO

O tráfico de pessoas, para as mais variadas finalidades, apresenta-se, atualmente, como um dos crimes mais lucrativos do mundo. Segundo informações contidas no *site* do Conselho Nacional de Justiça, a Organização das Nações Unidas (ONU) informou que o tráfico de pessoas movimenta, anualmente, 32 (trinta e dois) bilhões de dólares em todo o mundo, dos quais 85% provêm da exploração sexual[111]. Apenas na Europa, estima-se que o tráfico de pessoas movimenta 2,5 bilhões de euros todos os anos. Segundo relatório do Sistema Nacional de Estatísticas de Segurança Pública e Justiça Criminal (SINESPJC), entre 2006 e 2011, houve 1.735 vítimas de tráfico interno de pessoas para fins de exploração sexual[112]. No mundo todo, no período entre 2007 e 2010, 55 mil pessoas foram traficadas e 75% dessas vítimas são mulheres ou meninas. Segundo relatório do UNODC (Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime), 58% das pessoas traficadas são submetidas à exploração sexual[113].

Não há país livre do tráfico de pessoas, há vítimas em todos os continentes, especialmente em países com dificuldades econômicas e sociais. Nesse contexto, o presente artigo objetiva realizar uma breve análise sociológica acerca do tráfico de mulheres para fins de exploração sexual no estado do Ceará.

Tal estudo não objetiva esgotar o tema, tendo em vista o seu grau de complexidade; contudo justifica-se na violenta e inaceitável violação aos direitos humanos em si considerados, sobretudo, à dignidade humana, e na vergonhosa realidade retratada pelo crescente número de vítimas.

Assim, na tentativa de melhor abordar a matéria, dividir-se-á o presente estudo na seguinte estrutura: inicialmente, será abordado o tema no âmbito nacional, verificando-se a legislação brasileira que objetiva coibir o tráfico de mulheres para fins de exploração sexual, e, no estado do Ceará, fazendo-se referência à pesquisa de campo realizada no Núcleo de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, para, em seguida, na perspectiva do tráfico em si, relatar resumidamente os aspectos sociais que envolvem o tema, referente ao perfil dos agenciadores e das vítimas e na apuração do aumento do número de vítimas e da infração aos direitos humanos, o que se faz questionar acerca da eficácia das medidas de prevenção, coibição e punição dos envolvidos. É o que se passa a analisar.

2. ARGUMENTAÇÃO: DO TRÁFICO DE MULHERES PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL NO CEARÁ – LEGISLAÇÃO E PROGRAMA GOVERNAMENTAL DE ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO PARA FINS EXPLORAÇÃO SEXUAL.

Embora de difícil conceituação, a expressão "tráfico de pessoas" consta no Protocolo Adicional das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças, conhecido como Protocolo de Palermo, ratificado pelo Brasil (2003) e promulgado por meio do Decreto de nº 5.017/2004, nos seguintes termos:

> A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração.[114]

Há tráfico de pessoas, portanto,

> [...] quando a vítima é retirada de seu ambiente, de sua cidade e até de seu país e fica com a mobilidade reduzida, sem liberdade

110 Advogada. Estudante do Curso de Doutorado em Direito Civil na Universidade de Buenos Aires (UBA); Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual (UECE); Professora da graduação e pós-graduação da disciplina de Direito Processual Civil da Unichristus. E-mail: melo_vg@hotmail.com

111 Disponível em: http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/cidadania-direito-de-todos/trafico-de-pessoas. Acesso em: out./2013.

112 Disponível em: http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={02FA3701-A87E-4435-BA6D-1990C97194FE}&BrowserType=IE&LangID=pt-br&params=itemID%3D%7B972FBB58%2DF426%2D4450%2DA8D4%2D1F4264D8A039%7D%3B-&UIPartUID=%7B2218FAF9%2D5230%2D431C%2DA9E3%2DE780D3E67DFE%7D. Acesso em: out./2013.

113 Informações colhidas em material publicitário entregue na entrevista realizada no Núcleo de Enfrentamento ao tráfico de pessoas (NETP), realizada em 24/10/2013.

114 BRASIL. Decreto n. 5.017/2004. **Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm. Acesso em: out. 2013.

> de sair da situação de exploração sexual ou laboral ou do confinamento para remoção de órgãos ou tecidos. A mobilidade reduzida caracteriza-se por ameaças à pessoa ou aos familiares ou pela retenção de seus documentos, entre outras formas de violência que mantenham a vítima junto ao traficante ou à rede criminosa.[115]

Dessa feita, são elementos configuradores do tráfico de pessoas: o ato (ação de captar, transportar, deslocar, acolher ou receber pessoas usadas para exploração), os meios empregados para prática (ameaça ou uso da força, coação, rapto, fraude, ardil, abuso de poder ou de uma situação de vulnerabilidade, ou a concessão de benefícios pagos em troca do controle da vida da vítima) e o objetivo (para fins de exploração, que inclui prostituição, exploração sexual, trabalhos forçados, escravidão, retirada de órgãos e práticas semelhantes)[116].

O aliciamento de pessoas para fins de exploração sexual possui fases definidas, conforme menciona Andréia Costa:

> [...] O aliciamento é um processo que apresenta as seguintes fases: a aproximação do traficante com a vítima; o entrosamento vítima/aliciador, que, muitas vezes, gera uma falsa relação de confiança entre os dois; apresentação da proposta; preparativos para a viagem, incluindo a organização de documentos e a compra de passagens pelo traficante; a viagem; a apresentação dos documentos de identificação da vítima ao chegar ao destino sonhado; a apresentação da realidade, sendo apontado o trabalho a ser desenvolvido e suas condições, bem como a dívida cumulada desde a saída de sua terra natal.[117]

É possível, ainda, definir o perfil das vítimas (em sua maioria mulheres adultas – de 18 a 31 anos – solteiras, com baixo nível de escolaridade) e dos aliciadores, que costumam ser pessoas associadas ao tráfico de armas e drogas, maiores de 30 anos, de nível médio ou superior. Quanto ao sexo, normalmente quando há mais de uma vítima, o aliciador é homem e recruta mulheres que já trabalham com a prostituição, mas pode ser mulher também quando é só uma vítima a ser aliciada, por possuir muita credibilidade[118].

O tráfico de mulheres para fins de exploração sexual é uma realidade no estado do Ceará e se mostra uma modalidade criminosa alarmante, tendo em vista o alto índice de vítimas, sua complexidade e a direta e inaceitável violação aos direitos humanos em si considerados, sobretudo à dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito.

A legislação brasileira busca tipificar e punir diversos crimes sexuais, dentre eles, o tráfico humano. O Código Penal Brasileiro reprime os crimes contra a dignidade sexual em dois capítulos: o primeiro trata dos crimes contra a liberdade sexual (arts. 213 a 216-A), e o segundo trata dos crimes sexuais contra vulneráveis (arts. 217-A a 218-B)[119]. O Estatuto da Criança e do Adolescente[120] prevê diversos tipos de crimes e suas respectivas punições para casos de abuso e de exploração sexual de menores, tais como os constantes nos arts. 240 a 214-E.

No que se refere à previsão legislativa pertinente ao tráfico, em 2004, o Brasil ratificou o Protocolo de Palermo, e, posteriormente, o Código Penal brasileiro foi alterado pela Lei nº 12.015/2009 tratando, em seu capítulo quinto, do tráfico de pessoas para fins de prostituição ou outra forma de exploração sexual, em seus art. 227 a 231-A, incluindo o tráfico internacional e interno de pessoas.

O tráfico internacional se caracteriza pela promoção ou pela facilitação da entrada no território nacional de pessoas que venham exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém para exercê-la no estrangeiro (Art. 231). Já o tráfico interno se caracteriza pela promoção ou pela facilitação de deslocamento de pessoas dentro do território nacional para o exercício de prostituição ou outra forma de exploração sexual (art. 231-A)[121].

No Brasil, durante os anos de 2005 a 2011, foram investigadas 514 denúncias de tráfico de pessoas, das quais 157 são de tráfico internacional e 13 de tráfico interno, modalidade em que o índice de denúncia é conhecidamente muito mais baixo[122].

O estado do Ceará é notoriamente conhecido como destino de turismo sexual, ou seja, diversos turistas nacionais e internacionais planejam suas férias, incluindo no roteiro o sexo, somado às belezas naturais da região, amplamente divulgadas. O turismo sexual cearense se desenvolve, principalmente, na cidade de Fortaleza, na orla marítima, em boates, bares, prostíbulos e praias locais. Contudo, também pode ser verificado nas cidades do interior do estado (Quixadá, Crateús, dentre outras) e nas praias mais distantes (Canoa Quebrada, Jericoacoara, Cumbuco, Taíba, dentre outras). Há, ainda, outros fatores que influenciam a prática de exploração sexual no estado do Ceará, dentre os quais a larga existência de locais de prática de prostituição e a preferência de pessoas em se envolver com estrangeiros. Sobre o tema, Andréia Costa[123] afirma:

> A prostituição no Ceará apresenta duas dinâmicas diferentes: a que é realizada no interior e a que ocorre na capital. Na prostituição exercida no interior do estado, os clientes, em geral, são pessoas nativas do local, de municípios vizinhos ou da própria capital. As pessoas que fazem da prostituição o seu meio de vida podem

115 Disponível em: http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/cidadania-direito-de-todos/trafico-de-pessoas. Acesso em: out./2013

116 Ibid.

117 COSTA. Andréia da Silva. Aspectos Gerais do Tráfico de Pessoas. In. LOPES, Ana Maria D´Ávila. [at. Al] (org). **Gênero e Tráfico de Mulheres**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013, p. 52.

118 DIÓGENES. Thanara Rocha. Diagnóstico do problema do tráfico no Brasil. In. LOPES, Ana Maria D´Ávila. [at. Al] (org**). Gênero e Tráfico de Mulheres**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013, p.71-73.

119 Código Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em outubro/2013.

120 Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em outubro/2013

121 Código Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em outubro/2013.

122 Informações colhidas em material publicitário entregue na entrevista realizada, em 24/10/2013, no Núcleo de Enfrentamento ao tráfico de pessoas do Estado do Ceará (NETP), vinculado à Secretaria de Justiça e Cidadania do Estado do Ceará.

123 COSTA. Andréia da Silva. **O tráfico de mulheres: o caso do tráfico interno de mulheres para fins de exploração sexual no estado do Ceará**. Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza. Aprovação em 12/03/2008. p. 152/153. Disponível em http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp069397.pdf. Acesso em outubro de 2013.

> ou não residir no município. Geralmente, verifica-se que as mesmas ou são provenientes de outros municípios do estado ou, muitas vezes, são oriundas de outros estados. Os bares e as casas de massagem são os locais escolhidos para atrair clientes. Vale acrescentar que as prostitutas que atuam no interior do estado não têm preferência por cliente, sendo irrelevante a nacionalidade dos mesmos.
>
> Na capital, por outro lado, a prostituição se desenvolve de acordo com o local que é praticada: no centro, bairros periféricos da cidade e no entorno de rodovias estaduais e federais, os clientes são pessoas locais; na Beira Mar, na Praia de Iracema, e nas casas de massagem locais, os clientes podem ser tanto locais, nacionais e estrangeiros. No primeiro caso, os trabalhadores sexuais pertencem à classe baixa; no segundo, integram as classes baixa e média. Com relação à exploração sexual comercial de crianças e adolescentes, entretanto, esta pode ser encontrada nos dois cenários.
>
> Quanto às pessoas que se prostituem em Fortaleza, outro ponto curioso e que merece ser analisado é que há aquelas, em sua maioria mulheres, que admitem só terem interesse em se relacionar com estrangeiros. Esse grupo é formado por indivíduos pertencentes às classes sociais, inclusive a alta, que apresentam diferentes motivos para justificar este comportamento. As razões vão desde o desejo migrar pelo casamento, esperando melhorar de vida em outro país, até o prazer em ganhar dinheiro fazendo sexo, dentre outras.

Aliado ao turismo sexual e à pobreza da população, o estado do Ceará é considerado, atualmente, um dos estados que mais alimenta o mercado de tráfico de pessoas no Brasil, desenvolvido interna e internacionalmente. O Núcleo de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (NETP) diagnostica como principais destinos internos as cidades de São Paulo, Rio de Janeiro e Goiás e como principais destinos internacionais os países da Europa, dentre os quais, Holanda, Itália, Espanha e Portugal, comprovando a rota de tráfico internacional entre Fortaleza e Europa[124].

Segundo a Dra. Lívia Xerez, das mulheres vítimas desse tráfico, muitas sequer se sentem vítimas e veem os aliciadores como agentes que intermediam seu trabalho por terem acesso aos clientes, razão pela qual "merecem" receber algum pagamento por isso. Há, ainda, as que exercem a prostituição e assumem serem sabedoras de que estão sendo levadas para se prostituírem em outros estados ou mesmo no exterior, contudo acreditam que lá vão trabalhar no mesmo ofício que já trabalham aqui, só que ganhando melhor, ou mesmo "em euro", o que possibilitará uma melhor qualidade de vida e, ainda, a possibilidade de juntar um dinheiro que ajude a família ou possibilite deixar "essa vida", ou, ainda, a possibilidade de casamento ou de exercício de outro emprego. Algumas, contudo, são enganadas com a proposta de outros empregos, ou com proposta de casamento feita pelos próprios "namorados" estrangeiros, mas que, ao desembarcarem em seus destinos, presenciam outra realidade, pois têm seus passaportes confiscados e uma dívida com a viagem que são obrigadas a pagar com programas sexuais.

Em pesquisa de campo no NETP, foi relatado, resumidamente, um caso típico de tráfico internacional, sendo preservado o nome da vítima:

> A jovem cearense de 22 anos, mãe de um garoto de 3 anos, viajou para a Holanda a convite de um cidadão holandês, que conheceu por meio de um site de relacionamento, na expectativa de vivenciar um romance. No dia da sua chegada, foi forçada a se prostituir. Passou 2 meses privada de liberdade. Teve uma fuga e foi resgatada por policiais no apartamento do aliciador. Posteriormente, passou 8 meses sob tutela do estado holandês, recebendo ajuda psicológica, psiquiátrica (decorrente do transtorno de pânico) e jurídica. Retornou para o Brasil em janeiro 2013 com a ajuda da OIM (Organização Internacional para Migrações).

Constata-se, portanto, que, na prática, o tráfico de mulheres para fins de exploração sexual ocorre da forma já conhecida e relatada nas pesquisas, doutrinas e notícias acerca do assunto; o que, ao menos formalmente, deveria facilitar o seu combate, contudo não é o que de fato ocorre.

3. CONTRA-ARGUMENTAÇÃO: O AUMENTO DO NÚMERO DE VÍTIMAS E A INFRAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS (DIGNIDADE DO SER HUMANO)

O estado do Ceará, atualmente, ocupa o segundo lugar em número de denúncias de tráfico (cinco), perdendo apenas para o Rio de Janeiro (seis). Das 40 denúncias recebidas pelo disque 180[125], no ano de 2012, 12,5% eram originárias do Ceará. Segundo informações do NETP, as denúncias vêm aumentando a cada ano. Em 2011, foram seis (5 de tráfico internacional e 1 de tráfico interno), em 2012, este número dobrou, foram 12 denúncias (seis de tráfico internacional e seis de tráfico interno). Contudo, não há um mapeamento com perfil, localidade, renda, o que dificulta a aplicação de políticas públicas.[126]

O que se constata, tristemente, é que, em detrimento de todas as previsões legais que buscam coibir o crime de tráfico, notadamente para fins de exploração sexual, bem como as medidas adotadas no Brasil e no estado do Ceará, por meio da implantação de programas de prevenção do tráfico, como o desenvolvido pelo NETP, na prática, tais medidas estão se mostrando totalmente ineficazes para conter, que dirá reduzir ou resolver a questão do crime de tráfico de pessoas.

Conceber a convivência com essa realidade é inaceitável, uma vez que referido crime afronta os direitos humanos, em si considerados, notadamente à dignidade do ser humano que é a base de todo Estado de Direito, conforme menciona Ivana Ragazzi:

> O princípio da dignidade da pessoa é a base de todo Estado Democrático de Direito, sendo reconhecido como princípio basilar, em que o indivíduo é objeto primeiro em sua ordem jurídica, que identifica todo e qualquer indivíduo sem exceção, abarcando ricos e pobres, brancos e negros, sem existência de qualquer discriminação de credo, raça ou ainda compleição física,

124 Informação colhida em pesquisa informal realizada no Núcleo de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (NETP), no dia 24/10/2013, com a Dra. Lívia Maria Xerez Azevedo (Coordenadora) e a Dra. Ana Christina (Advogada), responsáveis pelo NETP.

125 Disque 180 – Central de Atendimento à Mulher.

126 Disponível em http://diariodonordeste.globo.com/materia.asp?codigo=1236974. Acesso em outubro/2013.

> ou seja, a ordem jurídica ainda não poderá em hipótese alguma se manifestar de modo diverso, diante de dois seres humanos[127].

Os tratamentos desumanos ao quais as mulheres traficadas são submetidas, por exemplo, privação da liberdade, violência sexual, física e psicológica, são violadores da dignidade humana. Nesse sentido, posiciona-se Pietro Alarcón:

> O ser humano não pode ser objeto de humilhações ou ofensas, mas que se deve reconhecer na sua essência de liberdade, responsabilidade e finalidade em si mesmo. Em função disso, a impossibilidade de degradação do ser humano impede a redução do homem a mero objeto do Estado ou de terceiros, o que inclui a impossibilidade de coisificação da pessoa, um ponto de não retorno da pessoa ao estado de simples coisa[128].

Portanto, a questão do tráfico de mulheres, notadamente para fins de exploração sexual, não se resume ao descumprimento de lei ou ao cometimento de crimes, transcende e afronta o fundamento do próprio Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tráfico de mulheres para fins de exploração sexual é hoje, sem dúvida, uma questão social que demanda atenção especial em razão do crescente número de vítimas, do diminuto número de condenações e da gritante e inaceitável infração aos direitos humanos das vítimas.

Tal prática tem como principal aliado os fatores sociais causados pela pobreza, pelo desemprego, pela ausência de expectativa de melhor qualidade de vida, pela globalização facilmente gerada pelas redes sociais), pelo turismo sexual, pela discriminação de gênero e, ainda, pela ausência de meios eficazes de coibição e punição.

Embora os perfis das vítimas e dos aliciadores, bem como as fases e as rotas do tráfico interno e internacional sejam conhecidas, o que se observa é que as normas e as políticas governamentais de enfrentamento ao tráfico de mulheres para fins de exploração sexual não estão sendo eficazes.

Em um mundo globalizado no qual a dignidade do ser humano é fundamento de todas as constituições democráticas, admitir a prática e o crescente número de vítimas desse crime é uma afronta inaceitável aos direitos humanos, em si considerados, e ao próprio Estado Democrático de Direitos.

5. REFERÊNCIA.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988.** São Paulo: Método, 2004. p. 254.

BRASIL. Código Penal Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: out.2013.

COSTA. Andréia da Silva. Aspectos Gerais do Tráfico de Pessoas. In. LOPES, Ana Maria D´Ávila. [at. Al] (org). **Gênero e Tráfico de Mulheres**. Florianópolis; Conceito Editorial, 2013.

COSTA. Andréia da Silva. **O tráfico de mulheres: o caso do tráfico interno de mulheres para fins de exploração sexual no estado do Ceará**. Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza. Aprovação em 12/03/2008. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp069397.pdf. Acesso em: out. 2013.

DECRETO n. 5.017/2004. **Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm. Acesso em out.2013.

DIÓGENES. Thanara Rocha. Diagnóstico do problema do tráfico no Brasil**.** In. LOPES, Ana Maria D´Ávila. [at. Al] (org). **Gênero e Tráfico de Mulheres**. Florianópolis; Conceito Editorial, 2013.

Disponível em http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/cidadania-direito-de-todos/trafico-de-pessoas. Acesso em out.2013

Disponível em http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={02FA3701-A87E-4435-BA6D-1990C97194FE}&BrowserType=IE&LangID=pt-br&params=itemID%3D%7B972FBB58%2DF426%2D4450%2DA8D4%2D1F4264D8A039%7D%3B&UIPartUID=%7B2218FAF9%2D5230%2D431C%2DA9E3%2DE780D3E67DFE%7D. Acesso em out.2013.

Disponível em http://diariodonordeste.globo.com/materia.asp?codigo=1236974. Acesso em out.2013.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em outubro/2013

RAGAZZI, Ivana Aparecida Grizzo. **Inclusão social: a importância do trabalho da pessoa com deficiência. S**ão Paulo: LTr, 2010. p. 45.

127 RAGAZZI, Ivana Aparecida Grizzo. **Inclusão social: a importância do trabalho da pessoa com deficiência.** São Paulo: LTr, 2010. p. 45.

128 ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988. São Paulo: Método, 2004. p. 254.

O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA E O DIREITO À INTIMIDADE DO DOADOR NO CONTEXTO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA SUAS IMPLICAÇÕES PARA O DIREITO DE FAMÍLIA

Gabrielle Bezerra Sales[1]
Vanessa Gonçalves Melo[2]

RESUMO: Este artigo intenta oportunizar um diálogo interdisciplinar acerca dos critérios éticos e jurídicos que envolvem as técnicas de reprodução assistida, especialmente a fecundação heteróloga, no que se refere à colisão entre os direitos fundamentais inerentes à pessoa do doador (direito à intimidade – anonimato) e à pessoa gerada (direito à identidade – biológica e pessoal) em uma perspectiva nacional e de direito comparado quanto às possibilidades de relativização desses direitos na contemporaneidade e as atuais implicações para o direito de família, notadamente para as novas tutelas dos laços de parentesco. Trata-se de estudo que intenta, por meio da teoria dos direitos fundamentais, esclarecer as novas fronteiras do direito de família à medida que o confronta com a aplicação da biotecnologia.

Palavras-chaves: Fecundação heteróloga. Intimidade. Anonimato. Identidade. Filiação.

ABSTRACT: This article tries to have a interdisciplinary dialogue on the ethical and legal criteria involving assisted reproduction techniques, especially the heterologous fertilization, with regard to the collision between the fundamental rights related to the individual donor (right to privacy - anonymity) and the person generated (right to identity - personal and biological) and the postures adopted in Brazil and comparative law as the relativization of these rights in contemporary and current implications for family law, notably for new protection of kinship ties. It was a study that intends, through the theory of fundamental rights, clarify new frontiers in family law in that it confronts with the application of biotechnology.

Key words: Heterologous fertilization. Intimacy. Anonymity. Identity. Filiation.

1 APROXIMAÇÕES CONCEITUAIS

Há aproximadamente meio século, têm sido intensificadas as pesquisas em torno da molécula do DNA, de modo geral na área da genética, e, concomitantemente, das possibilidades desse estudo para a compreensão da identidade pessoal.

Nesse sentido, é possível afirmar que o século XXI é o século da biotecnologia, ou seja, trata-se de um tempo especialmente permeado pelas discussões acerca do uso da tecnologia nas áreas do conhecimento que afetam a vida humana, ou melhor, no que se convencionou conceituar na atualidade como vida.

Com isso, é fácil se afirmar que se trata de um século em que as dúvidas nesse âmbito superam numérica e qualitativamente as certezas, oportunizando, desse modo, uma atmosfera de profundas inquietações. Tornam-se, portanto, imperiosas as análises acerca dos temas que formatam e configuram os usos da biotecnologia atualmente.

Trata-se de estudo, acerca dos critérios éticos que circundam, delimitam e possibilitam a existência e a aplicabilidade dos direitos fundamentais do doador de gametas e da pessoa humana gerada por meio das técnicas de reprodução assistida heteróloga.

O estudo desses temas, notadamente referentes ao uso das técnicas de reprodução assistida, envolve não só a colisão existente entre o direito de identidade da pessoa gerada, de conhecimento integral de sua origem, como igualmente o direito de intimidade do doador, resguardado pelo princípio do anonimato, uma vez que tal ato, vinculado a motivos altruístas ou financeiros, não demonstra nenhuma intenção procreacional, portanto desvinculada de qualquer responsabilidade ligada à paternidade. Assim, perante essa complexidade, tornam-se obsoletas todas as concepções tradicionais acerca dos laços de parentesco.

Nesse intuito, inicialmente será abordado o tema relativo aos principais tipos de técnicas de reprodução assistida, focando na fecundação heteróloga, realizada por doação de gameta de terceiro, que não é parte dos beneficiados diretamente na concepção.

Em um segundo plano, será feito um estudo acerca dos conceitos do direito à identidade, pessoal e genética, e à intimidade, além do direito à procriação e à filiação, correlatos ao tema ora proposto.

Realizar-se-á, ainda, uma análise acerca do direito à informação e, pois, do consentimento informado das partes que atuam como partícipes desse tipo de assistência à reprodução, abordando seu conceito, sua importância e a insofismável exigência de sua existência expressa, para que sejam legitimamente realizados os procedimentos adequados.

Posteriormente, abordar-se-ão os novos desdobramentos da teoria dos direitos fundamentais envolvidos no tema, quais sejam, o direito de identidade da pessoa gerada e de intimidade do doador de gametas à luz do Biodireito. Após, far-se-á uma análise acerca das correntes que buscam solucionar a difícil colisão existente entre os direitos dos envolvidos na reprodução assistida heteróloga e defendem posições das mais variadas, extremistas e intermediárias, desde as que defendem o direito de conhecimento integral da pessoa gerada, passando pela que trata do anonimato parcial e findando na defensora do anonimato total do doador, no direito comparado.

Para, finalmente, abordar, à luz da doutrina, os aspectos éticos, bioéticos e jurídicos que envolvem a matéria, concernente à família e a seus laços de parentesco mediante as inovações científicas.

Nesse sentido, o que se busca evidenciar é a radicalidade da falta de respostas absolutas e, mesmo assim, analisar por meio desse empreendimento as ilações possíveis entre o atual panorama jurídico e as discussões na área da bioética para oferecer hipóteses para as seguintes indagações: a terceira parte envolvida na concepção, o doador, deve ter assegurado seu direito ao sigilo, à intimidade, por meio da aplicação do princípio do anonimato, em detrimento do direito de identidade do ser humano gerado por meio das técnicas de

reprodução assistida heteróloga? A pessoa gerada teria direito ao conhecimento de sua origem? Tal direito seria integral? Ou caberia uma relativização do anonimato, no sentido de sua aplicação de forma parcial? É o que se passa a analisar.

2 AS PRINCIPAIS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Diferente da forma natural de concepção, as técnicas de reprodução assistida não incluem a fecundação resultante do ato sexual, mas sim da união de gameta feminino e masculino realizada de forma artificial.

Este é um fenômeno que marcou significativamente a passagem do século XX para o século XXI no tocante ao modo como a espécie humana passou a se reproduzir e, inclusive, alterou padrões comportamentais e conceituais de modo difuso, ou seja, o ser humano alterou sua compreensão de si e dos demais.

Tal fenômeno pode ser detectado, atualmente, em quase todos os países do ocidente, universalizante à medida que ocorre independentemente de sexo, classe social, de escolaridade etc. Pode-se falar de uma tendência no seio das populações ocidentais não apenas no sentido de utilização ampla, mas igualmente, de modo irreflexivo, considerar normais todas as consequências e etapas nos procedimentos.

São técnicas de reprodução assistida: a inseminação artificial (depósito de espermatozoide por meio de um cateter dentro do útero); a transferência de gametas para as trompas – GIFT (é feita inicialmente a aspiração dos folículos, via vaginal e a seguir, por meio de laparoscopia, os óvulos são transferidos à trompa juntamente com os espermatozoides); a fertilização *in vitro* – FIV (os óvulos são retirados da mulher e colocados junto aos espermatozoides para fecundar em laboratório. Posteriormente, os embriões são mantidos em estufa, até que cheguem ao número ideal de células e possam ser implantados no útero da paciente) e a injeção intracitoplasmática de espermatozoides – ICSI (auxiliam os espermatozoides com pouca força de locomoção, uma vez que, com um microscópio especial e uma microagulha, o espermatozoide é injetado diretamente no interior do óvulo e após seguem os procedimento da fertilização *in vitro*)[3].

Tais técnicas podem ser utilizadas com gametas masculinos e femininos provenientes do casal interessado, recebendo o nome de inseminação artificial homóloga; ou por gametas provenientes ao menos de um doador diferente do casal interessado, conhecida como inseminação artificial heteróloga.

Como o presente estudo objetiva avaliar a colisão entre o direito de identidade da pessoa concebida por essas técnicas de reprodução artificial e de intimidade do doador de gametas, interessa analisar o tema apenas sobre o aspecto da inseminação heteróloga.

Evidencia-se, portanto, que, a partir do uso do material genético alheio ao casal demandante, surgem novos e surpreendentes questionamentos outrora desconhecidos pelo Direito e, nesse sentido, pela ética. Oportuno considerar que o que até então era entendido como questionável na presunção de filiação estava diretamente relacionado ao membro varão, uma vez que a maternidade era definida de modo seguro.

Com o advento da modalidade heteróloga, surgiu um novo momento, uma alteração de paradigma, igualmente conhecida como a abertura da caixa de pandora que afetou decisivamente os vínculos afetivos e jurídicos dos participantes da dinâmica familiar.

Inaugurou-se, enfim, uma nova era caracterizada pelos vínculos jurídicos sedimentados pelo desejo procreacional, e o legado maior foi uma profusão de inúmeros pontos de interrogação nos discursos sobre o ser humano que tendem a se refletir em uma espécie de afrouxamento no feixe de significados que perfazem a identidade.

3 O DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL E GENÉTICA *VERSUS* A INTIMIDADE GENÉTICA DO DOADOR

O início da abordagem acerca do direito à identidade da pessoa gerada pelas técnicas de fecundação heteróloga e da intimidade assegurada pelo anonimato do doador de gametas prescinde a abordagem dos conceitos de identidade pessoal e genética, bem como de intimidade genética.

Portanto, sem objetivar adentrar na questão relacionada à análise dos modos de reconhecimento do surgimento da vida humana, adota-se, no presente trabalho, a definição de que o ser humano concebido adquire a característica de unidade.

Entende-se, então, que é a partir desse intervalo de tempo que a informação genética se organiza, individualizando o novo ser. De certo, o ser humano é fruto do processo de uma síntese proteica inicial que caracteriza a fecundação, a dizer, a fusão dos núcleos dos gametas masculino e feminino que irão compor uma unidade, o embrião.

Esta é a síntese proteica do código genético, que será mais adiante considerado como a identidade genética, inalterável desde a fase da fecundação. Segundo Petterle[4], "identidade genética corresponde ao genoma de cada ser humano individualmente considerado". Pode se inferir, nesse diapasão, que o patrimônio genético se trata da forma mais radical de patrimônio experimentado na existência humana.

Já a identidade pessoal envolve, dentre outras, as características sociais, como as decorrentes de fatores educativos, ambientais e pessoais, conforme mencionado na Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos da UNESCO, em seu artigo 3, que assim estabelece:

> Cada indivíduo tem uma constituição genética característica. No entanto, não se pode reduzir a identidade de uma pessoa a características genéticas, uma vez que ela é constituída pela intervenção de complexos factores educativos, ambientais e pessoais, bem como de relações afectivas, sociais, espirituais e culturais com outros indivíduos, e implica um elemento de liberdade[5].

A identidade pessoal tem, portanto, a identidade genética como um de seus elementos, que deve ser somada aos fatores externos de formação do ser humano, como os acima dispostos, ou seja, a identidade pessoal, em sua complexidade, abrange os elementos constitutivos da identidade genética, no sentido de aperfeiçoamento ou de superação, mas

igualmente no sentido limitativo das potencialidades do ser humano.

Atualmente, se tornou muito relevante o conhecimento da teia de informações que constitui a identidade genética em virtude das novidades de tratamentos médicos, principalmente em virtude da suposta eficácia das terapêuticas preventivas que visam a evitar ou, em alguns casos, atenuar os sintomas de algumas enfermidades genéticas.

Com isso, o conhecimento dos dados genéticos passou a ser fundamental no sentido de um novo modo de percepção do enraizamento do ser humano no processo de construção de sua identidade pessoal. O ser humano por meio do uso da biotecnologia se tornou artífice do seu próprio destino e, para isso, atribui cada vez mais importância à informação.

No que concerne à definição de intimidade genética, esta está relacionada ao acesso à informação genética do indivíduo, no sentido de que cabe a este a decisão acerca da utilização de seus dados genéticos, bem como a autorização de sua revelação. A intimidade genética é uma consequência direta do processo de individualismo e da afirmação do conceito de autonomia privada no mundo ocidental.

A propósito, trata-se de um direito cuja concretização envolve aferição do modo e da quantidade de informação que o indivíduo deseja dispor acerca de si. Em se tratando de direito à intimidade, evidencia-se a preocupação com as possibilidades de violação decorrentes da vida moderna. No caso da intimidade genética, exemplar e trágica é a forma como os planos de saúde no Brasil têm- se caracterizado como violadores desse direito.

Outro ponto notório sobre esse tema é a falta de zelo e de cuidado com os dados dos doadores por parte da maioria dos bancos de sêmen no Brasil, gerando uma insegurança real para os que fazem uso desse tipo de serviço e, consequentemente, para os embriões produzidos.

Importa ainda afirmar que a concretização dos direitos à identidade, assim como do direito à intimidade implicam um processo de acreditação das Instituições e uma estabilização dos modos de regulamentação e de acompanhamento do armazenamento dos dados identitários.

A construção da identidade requer o anteparo institucional no sentido de assegurar o aperfeiçoamento do binômio tempo e estabilidade para a melhor conjugação dos verbos ser e existir.

4 O DIREITO À PROCRIAÇÃO E À FILIAÇÃO

A partir da reflexão sobre os conceitos acima abordados, inicia-se a compreensão acerca do direito à procriação e à filiação. O direito à procriação fundamenta a utilização das técnicas de reprodução assistida, seja pela inviabilidade de concebimento pela forma natural, seja pela opção feita por pessoas férteis em não terem relações sexuais (solteiras), ou por serem homossexuais.

Na reprodução natural, prevalece a identidade biológica para efeito de filiação, já na assistida, o direito de filiação decorre do caráter social da identidade pessoal, ou seja, aquele que decorre dos pais que recebem o concebido e o integram no meio social e familiar e que, por meio de seu consentimento informado, optam por essa técnica de reprodução.

O critério para a consolidação do direito à procriação passou a ser o desejo, desejo de ter filhos, de perpetuar a espécie, consolidando a face do afeto no âmbito do direito e, via de regra, da sociedade. Assim, a base para a configuração dos laços de parentesco, especialmente, dos laços de filiação, passou a ser a responsabilidade.

O parodoxo, no entanto, na utilização do critério biológico para definição da filiação decorrente de inseminação heteróloga seria perceptível em face à tutela do direito de intimidade genética do doador e atribuição a ele de uma paternidade que não optou quando doou gametas. Paternidade essa que incluiria consequências das mais variadas ordens.

Sem dúvida, o doador de gametas ao praticar tal ato não esboçou vontade procriacional, fundamental para estabelecimento do vínculo de filiação nos procedimentos de reprodução assistida.

Tal desejo expresso na forma de uma vontade, em contrapartida, deve ser manifestado expressamente pelos beneficiados do uso das técnicas de reprodução assistida ao assinarem seus consentimentos informados no intuito de consolidarem os vínculos jurídicos que enredarão aquela relação.

Nesse sentido, reafima Moura[6]:

> O doador, ao doar o seu sêmen, não tem a intenção de se tornar pai, não assume nem o risco que existe numa relação sexual. A doação no banco de sêmen sem nem saber para que fim será utilizado, não pode acarretar uma paternidade. Falta a vontade procreacional no seu ato.

Essa perspectiva, inclusive, feriria o direito à procriação dos pais que optam por essa técnica, por meio da disponibilidade em utilizar os métodos de reprodução assistida, confinados ao que prescreve o consentimento informado firmado pelas partes.

Dessa feita, a pessoa gerada tem seu direito de filiação resguardado pela identidade pessoal em seu aspecto social. Contudo, o problema surge quando se pensa no seu direito ao conhecimento da identidade genética, que conflita com o direito à intimidade genética do doador, dois direitos fundamentais que, por sua natureza, não podem deixar de ser observados nem pelo Estado nem pelos particulares.

Convém, porém, analisar, nesse contexto, as nuances do consentimento informado como medida para relativização e, de certo modo, para a solução da referida colisão entre esses direitos fundamentais, ampliando a discussão no sentido da abordagem que o Biodireito pode oferecer para o amadurecimento da teoria dos direitos fundamentais.

5 O CONSENTIMENTO INFORMADO

Para iniciar a abordagem acerca dessa colisão de direitos, mister se faz analisar a definição de consentimento informado e a real importância de sua presença no procedimento de reprodução assistida.

O consentimento informado, resumidamente, possibilita às partes envolvidas, na intervenção médica, o resguardo à sua

liberdade, autonomia e autodeterminação, no sentido de que, sendo devidamente informada pelo médico quanto às nuances do procedimento, possam optar por realizá-lo ou não.

Trata-se de uma das mais relevantes consequências da afirmação da Bioética como área do conhecimento, especificamente no que tange à regulamentação da experimentação científica envolvendo seres humanos. Historicamente, está definitivamente relacionada com os desdobramentos do pós-guerra com o advento do Código de Nuremberg e das diferentes versões da declaração de Helsinki e, posteriormente, no final do século passado, ocasião do nascimento da Bioética estadunidense.

Portanto, tal consentimento informado, como o próprio nome diz, é formado por dois elementos principais: informação e consentimento. Assim, apenas após ter sido possibilitada a devida informação, que inclui não apenas o modo como o procedimento será realizado, como seus riscos e suas possíveis consequências (devidamente compreendida), é que as partes envolvidas poderão exercer a sua autonomia para consentir com a realização.

A relação médico-paciente passou a ser caracterizada cada vez mais pelo diálogo, pressupondo a isonomia e a igualdade entre ambos no sentido de reafirmação dos vínculos obrigacionais que os envolve.

Portanto, o caráter da responsabilidade que é adensada nessa relação se torna tanto mais perfeito à medida que a informação é partilhada e, daí, a tradição paternalista remanescente da ética hipocrática cede lugar à afirmação da autonomia privada. Dessa feita, a obtenção do consentimento informado é imprescindível para todos os envolvidos (doador e beneficiários) no procedimento de reprodução assistida heteróloga, o que permitirá a análise acerca da relativização ou não do direito à intimidade genética do doador, por meio do resguardo total ou parcial de seu anonimato.

A obrigatoriedade do consentimento informado nas técnicas de reprodução assistida (RA) está expressamente estabelecida na Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina7, no título I, referente aos princípios gerais, nos seguintes termos[7]:

> 3 - O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

Portanto, com relação aos beneficiários, a mulher tem direito de se submeter ao procedimento de reprodução assistida, desde que consinta, e, caso esteja casada ou em união estável, a necessidade de tal consentimento se estende ao parceiro, nos termos expressamente dispostos no título II referente aos usuários das técnicas de Reprodução Assistida, constante na referida Resolução[8]:

> 1 - Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado.
>
> 2 - Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.

Não havendo consentimento por parte do esposo ou do companheiro, a clínica deverá fazer menção expressa, tendo em vista que será afastada a sua paternidade, que seria presumida, nos termos dos art. 1.597, inciso V, do Código Civil9, *in verbis:*

> Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
>
> (...)
>
> V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Esse referido consentimento é irrevogável, após a realização da inseminação, garantindo a segurança ao ser gerado acerca da paternidade social, evitando, com isso, que este se depare com situações em que revogado o consentimento do marido ou do companheiro e não tendo o doador qualquer manifestação de vontade procriacional de ser pai.

Quanto ao doador, tal consentimento informado envolve não só informações acerca do procedimento ao qual será submetido, mas também as condições para utilização de seus gametas, incluindo a possibilidade de divulgação dos seus dados genéticos e a impossibilidade de estabelecimento de vínculo de filiação.

O ato de anuir, pois, atrela a informação completa acerca da situação, ou seja, a informação acessível, suficiente, objetiva e verdadeira, à capacidade deliberativa, isto é, à noção de autonomia daquele ou daqueles que deverão posicionar-se. Refere-se, nesse ponto, à teoria dos atos jurídicos e igualmente referencia a preocupação contemporânea no sentido de assegurar aos pacientes a possibilidade última de discernir acerca do seu próprio destino, ou seja, o consentimento informado expresso pelo doador e pelos beneficiários da reprodução assistida heteróloga, garante a segurança do procedimento e os direitos individuais envolvidos, possibilitando, assim, a hipótese de relativização da intimidade genética do doador face ao interesse de conhecimento da identidade genética da pessoa concebida por essa técnica.

Ocorre que, à medida que todas as partes envolvidas são responsabilizadas pelas obrigações atribuídas e contraídas, igualmente são descortinados, a partir dessa realidade de natureza relacional, os limites da autonomia privada. Eis o nó górdigo e a controvérsia central dessa situação.

6 A COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS?

Complexa é, portanto, a relação existente entre o direito de identidade da pessoa concebida pela reprodução assistida heteróloga e o direito à intimidade do doador de gametas, garantido por meio do resguardo do seu anonimato.

O direito à identidade pessoal, cuja identidade genética o integra, conforme já foi abordado em tópico próprio, é um direito fundamental substancial, ou seja, inerente à pessoa, irrenunciável e imprescindível. Porém, esse direito atribuído ao ser gerado pela reprodução assistida heteróloga ainda não foi regulamentado expressamente no ordenamento jurídico brasileiro.

Contudo, conforme entendimento doutrinário, tal direito, acima mencionado, estaria garantido, decorrente da disposição do art. 227, parágrafo 6 da Constituição Federal/88, *in verbis*:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de coloca-la a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
>
> (...)
>
> Parágrafo 6. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmo direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Nesse contexto, se o texto constitucional assegura a paridade e a isonomia a todos os

filhos, deve, pois, conferir, por obvio, à pessoa gerada por meio de técnicas de reprodução assistida heteróloga o direito de conhecer sua identidade genética, da mesma forma como tutela a todos os demais indivíduos, advindos de reprodução natural ou homóloga.

Inadmissível seria, nesse caso, que o acolhimento de uma técnica reprodutiva nos centros, nas clínicas e nos laboratórios em território nacional colocasse em xeque todo o avanço constitucional na área do Direito, especialmente do direito de família, e, com isso, acarretasse prejuízos incalculáveis em virtude do mal uso da hermenêutica jurídica pela desatenção ao método sistemático.

Já o direito de intimidade do doador de material genético, no sentido de manter

em segredo sua identidade de forma a não desejar tornar público seu ato, está resguardado no art. 5, inciso X, da Constituição Federal/88[11], *in verbis*:

> Art. 5. 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:
>
> (...)
>
> X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

O direito ao anonimato envolve a todos indistintamente, ou seja, não só ao doador, mas também a todos os beneficiários da técnica reprodução assistida, conforme expressa previsão na Resolução do Conselho Federal de Medicina de n° 1.358/92[12], no seu inciso IV, nos 2 e 3[9]:

> 2. Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. 3. Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

Dessa feita, o Conselho Federal de Medicina no Brasil entende que o anonimato é regra, buscando resguardar não só a intimidade do doador, como também a dos beneficiários da técnica de reprodução assistida heteróloga, de exercício integral da maternidade e/ou paternidade, que serão, para todos os efeitos, os legítimos pais da criança gerada perante a coletividade.

O anonimato é, de fato, uma espécie de reminiscência do conceito de confidencialidade que deve pautar as relações entre os prestadores de serviços médicos e seus pacientes. Porém, deve ser compreendida de modo a ser limitada em razão de um interesse superior, a dizer, o interesse e, melhor dizendo, o direito do nascituro à identidade integral.

Nesse sentido, a doutrina procura justificar, afirmando que o anonimato visa a proteger a criança concebida pela técnica de reprodução assistida heteróloga, facilitando seu vínculo e convívio com a família, impedindo que o terceiro doador interfira em sua formação.

Alega, ainda, que se trata de tentativa de impedir que a coletividade tome conhecimento do fato, o que, de certa forma, poderia constranger o parceiro que não tem sua identidade genética ligada ao filho concebido, vulnerabilizando ainda mais o ambiente familiar.

Insofismável é, todavia, a constatação de que o que se objetiva, de modo geral, com essa medida, é a proteção do doador que realizou o ato, seja por motivo altruísta, seja financeiro, mas que não teve nenhuma intenção de assumir a paternidade gerada pela fecundação realizada pela receptora, nem pelas consequências sociais e jurídicas dela resultantes.

Outro aspecto relevante é a monetarização dessa área da medicina. A reprodução assistida, atualmente, no Brasil, é um dos filões mais rentáveis na área médica, envolvendo diversos profissionais e gerando muito lucro para todos os envolvidos.

Quando se trata de aplicação dessa técnica, é extremamente simples observar que há um silêncio profundo por parte dos profissionais em relação aos chamados riscos e efeitos iatrogênicos. Além disso, o que é normalmente oculto para os pacientes é o percentual de êxito do uso da reprodução assistida, uma vez que não se trata de método infalível, e está claro que é incompatível com a massificação da sua aplicação.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina, infelizmente, seguindo a tendência de priorizar os lucros em detrimento da tutela integral do ser humano, acima transcrita, prevê a possibilidade de relativização desse anonimato apenas em situações especiais e para conhecimento apenas dos médicos, o que não alcançaria a pessoa concebida que pleiteia o acesso à sua identidade genética. Nesse sentido, quando relativiza,

é apenas com objetivo de resguardo da saúde do ser gerado.

Sobre essa situação e, pois, na defesa do direito de conhecimento da identidade genética da própria criança, posiciona-se Calmon[10]:

> "(...) o anonimato das pessoas envolvidas deve ser mantido, mas devem ceder à pessoa que resultou da técnica concepcionista heteróloga, diante do reconhecimento pelo Direito brasileiro dos direitos fundamentais à identidade, à privacidade e à intimidade, podendo a pessoa ter acesso às informações sobre toda a sua história sob o prisma biológico para o resguardo de sua existência, com a proteção contra possíveis doenças hereditárias, sendo o único titular de interesse legítimo para descobrir suas origens".

Porém, fica evidente a existência de uma colisão entre tais direitos, e o que se busca é entender, no caso concreto, como e quando cada um poderá ser relativizado, já que nenhum poderá ser desconsiderado perante sua natureza de direito fundamental constitucionalmente assegurado.

7 AS CORRENTES QUE OBJETIVAM SOLUCIONAR A COLISÃO DE DIREITOS DECORRENTES DA APLICAÇÃO DA TÉCNICA DE REPRODUÇÃO HETERÓLOGA E O DIREITO COMPARADO

Pela importância do tema, diversos estudiosos de Bioética, nos mais variados países do mundo, tentam sugerir possíveis soluções. Contudo, ainda não há um posicionamento pacificando e, na maioria, sequer há previsão legal expressa que o regule especificamente.

Tinant, ao escrever sobre o tema, menciona que há três correntes bem definidas que buscam solucionar tal questão, são elas: a do anonimato total (essa corrente prima o direito de intimidade do doador e não permite à criança concebida, nem após a maioridade, conhecer os dados pessoais do doador, para segurança deste que não manifestou vontade procriacional e, portanto, não deverá enfrentar ações filiatórias, alimentárias, sucessórias); a do anonimato relativo (defende o anonimato do doador, mas a possibilidade de conhecimento da identidade biológica por parte da pessoa concebida e que tal conhecimento não gerará ao doador qualquer consequência decorrente da filiação) e a que permite não só o conhecimento da identidade biológica como também da pessoal do doador, sem que isso possa gerar a este qualquer responsabilidade decorrente da filiação[11].

Na Suécia, primeiro país a regular a inseminação artificial, em 20.12.1984, pela Lei n° 1.140, admite-se a fecundação homóloga e heteróloga, limitada, porém, ao casal unido ou não pelo matrimônio, tendo a criança gerada por tal método o direito ao conhecimento integral a respeito de informações sobre o doador15, pois o anonimato é vedado.

Nos Estados Unidos, prevalece o anonimato, direito à privacidade do casal em face do interesse da criança de conhecer sua identidade[12]; e, em caso de inseminação artificial heteróloga, 28 estados americanos estabelecem ser mãe aquela que recebeu o gameta masculino e pai, seu cônjuge anuente. Em quinze destes, é expressamente estatuído não ser o doador pai legal do nascido[13].

Na Suíça, a criança gerada não pode contestar o vínculo de filiação existente entre ela e o marido de sua mãe, mas, quando adquire maturidade suficiente, tem resguardado o direito ao conhecimento integral de dados do doador, embora contra este não tenha legitimidade de ajuizar ação objetivando reconhecimento de paternidade[14].

Na Argentina, não existe legislação específica sobre a reprodução assistida. Contudo, em termos de filiação, a tendência legislativa é no sentido de não autorizar ao filho ação de investigação de paternidade imposta ao doador. Entendimento este defendido pela doutrina como questão de segurança jurídica a não imposição de paternidade aos doadores[15].

Contudo, quanto ao direito à identidade do filho, ou seja, direito de conhecer a identidade de seus pais biológicos, este está resguardado pela Lei 26.061, que estabelece em seu artigo 11 que eles:

> Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley[16].

Porém, permite-se observar que a maioria dos ordenamentos que preveem expressamente a inseminação heteróloga reconhecem ao marido a paternidade do filho assim havido, desde que tenha dado seu consentimento, e o afastamento da responsabilidade do doador em relação à criança concebida, sendo mais divergente a questão da possibilidade de conhecimento da identidade do doador por parte desta, tendo em vista o conflito de direitos fundamentais entre eles.

Dessa feita, observa-se que a divergência nos posicionamentos adotados nos diversos países constata a peculiaridade e a relevância do tema, que envolve direitos fundamentais que colidem e que, por sua natureza, devem ser respeitados e sopesados no caso concreto.

8 ASPECTOS ÉTICOS

Tendo em vista os múltiplos direitos envolvidos na técnica de reprodução assistida heteróloga, não só dos que a desejam e possibilitam sua realização, consentindo inicialmente – beneficiados e doador, mas ainda, e porque não dizer principalmente, de quem não participou dessa fase inicial, mas dela é gerado, é necessária à apreciação, mesmo que superficial, dos aspectos éticos que a envolvem. O crescente avanço científico, no cenário da reprodução humana artificial, gerou, e possivelmente permanecerá gerando, inúmeros conflitos de ordem pessoal – de direitos, e éticos entre as partes envolvidas que, além de não terem previsão legal que os regulem, ainda divide os posicionamentos dos próprios cientistas, especialistas e estudiosos do tema.

Inicialmente, os estudos científicos na seara das técnicas artificiais de reprodução assistida objetivavam ajudar casais inférteis ou com problema de reprodução, possibilitando-os concretizar seus direitos de procriação, tendo como maior fundamento a constituição familiar, pacificamente apoiada

pela sociedade como um todo.

Ocorre que a família, inicialmente, tinha um conceito natural, resultante da união entre pessoas de sexo opostos que, também pela ordem natural, procriavam e formavam os laços sanguíneos que garantiam o direito de filiação, nos termos até hoje ainda reconhecidos e apregoados pela Igreja Católica.

Já a ciência, em sua evolução no campo da reprodução humana, passou a possibilitar a fecundação artificial, de início, reiteramos, objetivando contribuir com os casais que contavam com alguma dificuldade natural de conceber seus filhos.

Porém, desde a fase inicial de utilização de tais técnicas, surgiram os primeiros questionamentos éticos relativos ao direito de sigilo não só do doador como dos beneficiados, que não queriam se expor perante a sociedade, no sentido de assumirem que participaram de tal técnica - doador, bem como a forma com que conceberam sua família. Dessa observação, adentra-se à questão cultural da força do laço sanguíneo para configuração do vínculo de filiação na sociedade, o que motiva até hoje o sigilo que envolve a reprodução assistida heteróloga, uma vez que esta utiliza um terceiro alheio à família, doador de gametas, para geração do indivíduo concebido por tal técnica e inicialmente tido como ilegítimo.

Além disso, è necessária à menção de que a evolução das relações sociais trouxe outros questionamentos éticos, até mais conflituosos, como a mulher solteira ou viúva, ou os casais homossexuais, também teriam direito à utilização de tais técnicas de reprodução assistida heteróloga? Em sendo positiva a resposta, o fundamento não seria a constituição de família, pelo menos não no significado inicialmente concebido a mesma e culturalmente aceito pela sociedade. Daí decorre nova indagação: a criança gerada não teria direito a uma família, constituída por pai e mãe, da forma culturalmente aceita e porque não dizer ainda exigida pela sociedade?

Sobre essa questão controversa Barroca se posiciona adequadamente:

> Se a questão deste tipo de inseminação heteróloga se tratar de Direito, com enfoque no principio da legalidade, verifica-se que não há lei que proíba a mulher sem marido ou companheiro que se submeta aos tratamentos de fertilização com sêmen do doador. Em relação à ética, a questão não é nem um pouco pacífica, havendo uma enorme polêmica em torno do assunto. A declaração, pelo Estado e pela Igreja, de que o casamento criava a família legítima com filhos legítimos, se incorporou na sociedade através dos tempos e está até hoje presente na sociedade contemporânea e como consequência fez nascer uma leva de filhos ilegítimos colocados à margem social[17]

A defesa dos direitos do ser gerado pelas técnicas de reprodução assistida envolve a necessidade de apreciação dessas questões éticas, tendo em vista que será este diretamente por elas atingido, no convívio em família e em sociedade.

De fato, trata-se de algo que circunscreve a esfera mais íntima da vida pessoal, sendo necessária a tutela mais ampla possível. Talvez por isso o direito ao sigilo, pelo menos o relativo à identidade pessoal – social do doador, ainda seja resguardado em grande parte dos países que realizam tais técnicas de reprodução assistida heteróloga, tendência que possivelmente diminuirá à medida que a sociedade evoluir no sentido de minorar a importância do laço sanguíneo e reconhecer acertadamente o vínculo socioafetivo como o real ensejador dos laços filiares e familiares.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo do presente tema é empolgante e insaciável, no sentido de não se chegar a respostas satisfatórias e pacíficas que possam resguardar os direitos de todos os envolvidos na técnica de reprodução humana assistida heteróloga.

Sem dúvida, a evolução científica beneficia a sociedade como um todo, possibilitando não só o surgimento da vida, como também a sua manutenção, o seu prolongamento e a sua qualidade.

Contudo, o direito posto, ou seja, o ordenamento jurídico dos países, não evolui na mesma rapidez e profundidade, fazendo com que a sociedade depare com situações que dela resultam e que precisam ser regulamentadas, mas, inicialmente, quedam à margem legal.

Na reprodução humana heteróloga, o direito à intimidade do doador está resguardado pelo princípio do anonimato, no sentido de que sua identidade, genética e pessoal, deve ser, em regra, mantida, e tem como fundamento a inexistência de manifestação de vontade procriacional do doador, que, seja por questão altruísta, seja financeira, não tem nem terá nenhum vínculo de filiação com o ser gerado por essa técnica.

Pensar diferente ensejaria ao doador uma série de direitos e deveres que não consentiu em assumir. Direito de filiação com o ser gerado, decorrente de sua vinculação consanguínea com este, e deveres pessoais e patrimoniais dessa filiação decorrentes, como nome, alimentos, sucessão etc.

Por outro lado, o direito ao sigilo dos pais, beneficiados pela referida técnica, resguarda-os do enfrentamento social de assumir a participação de um terceiro, estranho ao seio familiar, na geração de sua família, o que poderia não só causar impacto social e cultural, como também questionamentos por parte da própria criança gerada, que, uma vez tomando conhecimento da técnica utilizada para seu nascimento, poderia passar a ter interesse em conhecer seu genitor biológico.

Daí decorre a tendência ao reconhecimento do direito da criança gerada ao conhecimento de sua identidade genética, quer por questão pessoal, já que se trata de um direito fundamental da personalidade, imprescindível e irrenunciável, quer por necessidade vital de saúde, perante a uma doença hereditária que exija conhecimento genético.

Quanto ao direito de conhecimento da identidade pessoal do doador, este enfrenta maior resistência, tendo em vista os problemas sociais e familiares que tal revelação poderia gerar, como interferência desta na criação do ser gerado, bem como constrangimento do parceiro que não participou geneticamente da reprodução frente à família, à sociedade e à própria criança gerada.

Percebe-se que a solução mais viável e, nesse sentido, mais legítima, é a utilização dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para, no caso concreto, avaliar quais direitos

poderão ser relativizados, levando sempre em consideração as consequências decorrentes dessa relativização, sobretudo para aqueles que possivelmente serão mais vulnerabilizados, ou seja, os embriões humanos, em uma perspectiva de responsabilização intergeracional.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Monica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum academico de direito Rideel**. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

CLEMENTE, Ana Paula P (Org.). **Bioética no início da vida**. Petrópolis/RJ: Vozes, 2006.

CONSELHO Federal de Medicina. Resolução nº. 1.358/92. Portal Médico. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm. Acesso em 19 out. 2012.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GRACIELA, N. Messina de Estrella Gutiérrez. **Bioderecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.20 LEY de proteccion integral de los derechos de lãs niñas, niños y adolescentes. nº 26.061.Argentina.Disponívelem:http://www.notivida.com.ar/legnacional/LEY%20NACIONA L%2026061%20 proteccion%20integral.html. Acesso em 20 out. 2012.

MOURA, Carolina. **O anonimato do doador de semen.** Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Salvador. 2005.

PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à identidade genética na Constituição Brasileira.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética – Fundamentos e ética biomédica**. São Paulo: Loiola. 1996.

TINANT, Luis Eduardo. **Técnicas de procreación asistida con donantes de gametas, entre otras, ovodonación. Criterios sobre la obligación o no de reveler la verdad (identidad) biológica (genética) al menor y consiguiente preservacion o no de la anonimidad del donane.** Argentina. Julho. 2012.

UNESCO. **Declaração internacional sobre os dados genéticos humanos.** Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001361/136112porb.pdf. Acesso em 19 out. 2012.

(Endnotes)

1 Gabrielle Bezerra Sales é advogada, graduada e mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC), doutora em Direito pela Universidade de Augsburg- Alemanha, professora e coordenadora Geral do Curso de Direito do Centro Universitário Christus (Unichristus), onde leciona a disciplina de Direitos Humanos e Fundamentais na graduação. È igualmente doutoranda no programa de doutoramento em Bioética da Universidade do Porto- Portugal. Email da autora: gabriellelinhares@hotmail.com.

2 Vanessa Gonçalves Melo é advogada, graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual (UECE) e Estudante do Curso de Doutorado em Direito Civil na Universidade de Buenos Aires (UBA). É docente da graduação e da pós-graduação do Centro Universitário Christus (Unichristus). E-mail da autora: melo_vg@hotmail.com

3 ROSA, Márcia Monteiro e outros. Doação de embriões. In: CLEMENTE, Ana Paula P (Org.). **Bioética no início da vida.** Petrópolis/RJ: Vozes, 2006, p. 176-177.

4 PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à identidade genética na Constituição Brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 26.

5 DECLARAÇÃO internacional sobre os dados genéticos humanos. UNESCO. Disponível em:

http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001361/136112porb.pdf. Acesso em 19 out. 2012.

6 MOURA, Carolina. **O anonimato do doador de sêmen**. Monografia, Faculdade de Direito, Universidade de Salvador. 2005, p. 42.

7 CONSELHO Federal de Medicina. Resolução nº. 1.358/92. **Portal Médico.** Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm>. Acesso em 19 out. 2012.

8 Ibid.

9 CONSELHO Federal de Medicina. Resolução nº. 1.358/92. **Portal Médico.** Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm>. Acesso em 19 out. 2012.

10 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 803.

11 TINANT, Luis Eduardo. **Técnicas de procreación asistida con donantes de gametas, entre otras, ovodonación. Criterios sobre la obligación o no de revelar la verdad (identidad) biológica (genética) al menor y consiguiente preservación, o no, de la anonimidad del donante**. Universidade de Buenos Aires. Argentina. Julho. 2012.

12 AGUIAR, Monica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 136.

13 GRECIELA, N. Messina de Estrella Gutiérrez. **Bioderecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 163.

14 AGUIAR, Monica. **Direito à filiação e bioética.** Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.147.

15 Ibid, p.130.

16 LEY de proteccion integral de los derechos de lãs niñas, niños y adolescentes. nº 26.061. Argentina. Disponível em: <http://www.notivida.com.ar/legnacional/LEY%20NACIONAL%2026061%20proteccion%20integral.html > Acesso em 20 out. 2012.

17 BARROCA, Tatiana. Banco de Sêmen. In: CLEMENTE, Ana Paula P (Org.). **Bioética no início da vida**. Petrópolis/RJ: Vozes. 2006, p. 75.

A PREVIDÊNCIA SOCIAL DO PRESO E O NOVO AUXÍLIO-RECLUSÃO

Marcos José Nogueira de Souza Filho1*

SUMÁRIO: Introdução. A Condição Previdenciária do Preso. A Proteção Social à Família do Trabalhador Recolhido à Prisão. Requisitos Atuais do Auxílio-Reclusão. A Iminente Reconfiguração do Auxílio-Reclusão e Seus Novos Beneficiários. Conclusão.

RESUMO

A Previdência Social no Brasil tem por destinatários básicos os trabalhadores que, em condições regulares, cumprem com sua obrigação tributária de pagar mensalmente a contribuição previdenciária. Neste cenário, o trabalhador, ao contribuir regularmente, passa a ser protegido pela Previdência contra infortúnios que, se ocorridos, impedem a continuidade do exercício da atividade profissional e, por consequência, o auto-sustento financeiro. Não obstante, a Previdência não reduz sua proteção ao trabalhador, mas a estende a seus familiares, pressupondo que aquele seria o responsável econômico de toda a família. A proteção à família dar-se-ia em duas hipóteses: o óbito do trabalhador, caso em que seria concedida a seus dependentes o benefício da Pensão por Morte; e o recolhimento deste trabalhador à prisão, pois restaria impedido de continuar garantido o sustento da família, que, por isso, faria jus ao benefício do Auxílio-Reclusão. Tal benefício, entretanto, tem merecido ao longo dos últimos anos críticas de diversos setores da sociedade em razão da proteção dispensada à família do preso, quando a vítima ou a família da vítima resta desamparada. Os argumentos contrários ao Auxílio-Reclusão serão anunciados, examinados e, se for o caso, contraditados ao longo deste artigo acadêmico, logo após uma análise doutrinária de sustentação teórica do benefício, seus requisitos e as pessoas para quem ele é dirigido.

PALAVRAS-CHAVE: Previdência. Preso. Auxílio-Reclusão.

1 *Mestre em Direito Constitucional e Especialista em Direito Público. Professor de Direito da Seguridade Social e de Direito Administrativo do Centro Universitário Christus – UNICHRISTUS. Advogado Previdenciarista.

1 INTRODUÇÃO

Dentre os benefícios disponibilizados pela Previdência Social a seus contribuintes, seguramente é o Auxílio-Reclusão o maior merecedor de críticas e polemização, na medida em que direcionado ao trabalhador recolhido à prisão e, especialmente, à sua família. Numa época em que os direitos constitucionais do preso são contestados diuturnamente, seja por uma sociedade já castigada pela criminalidade excessiva, seja por uma mídia intolerante cujas declarações se aproximam dos posicionamentos fascistas de combate ao crime, o Auxílio-Reclusão não conseguiu se esquivar das discussões.

Neste cenário, abre-se espaço para o surgimento de correntes teóricas baseadas no cerceamento crescente às prerrogativas institucionais do acusado. Tanto que tais entendimentos acabaram por repercutir também na Previdência Pública, a partir do surgimento de iniciativas tendentes a abolir, em definitivo, o Auxílio-Reclusão do rol de benefícios previdenciários a disposição dos segurados e contribuintes do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Muitas são as vozes que alardeiam a pretensa injustiça na tutela do Auxílio-Reclusão pela legislação previdenciária, que visaria à proteção ao preso e a seus dependentes, em detrimento da vítima do crime e de sua família, cuja proteção estatal inexistiria. Especulam que a solução para tal iniqüidade seria a extinção do benefício em foco e sua substituição por um auxílio direcionado à vítima e/ou à sua família.

Aproveitar-se-á a oportunidade da elaboração deste brevíssimo escrito acadêmico para se fazer uma reflexão sobre a celeuma, identificando a situação do preso sob o prisma da Previdência Pública, suas prerrogativas e obrigações, a partir do conteúdo normativo pertinente e dos esboços doutrinários daqueles que se dedicam ao exame jurídico da Seguridade Social.

2 A CONDIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DO PRESO

Uma das classificações doutrinárias a que se submete o segurado da Previdência Social diz respeito à sua condição como obrigatório ou facultativo. Em regra, todo trabalhador em situação regular1 possui vínculo compulsório com a Previdência, dado o seu caráter contributivo e filiação obrigatória, conforme constitucionalmente fixado pelo *caput* do art. 201. Por outro lado, segurado facultativo é aquele que, não ostentando a condição de trabalhador, filia-se à Previdência segundo sua própria conveniência.

Diante disto, o condenado cumpridor de pena privativa de liberdade pode assumir qualquer das duas condições, a depender do exercício ou não de atividade laboral durante o cumprimento da sanção penal. Destaca-se, não obstante, que a prisão geradora de efeitos previdenciários não necessariamente consiste na decorrente da sentença penal condenatória, mas também é admitida sua modalidade provisória ou preventiva, na forma da processualística criminal.

De qualquer forma, estando o preso a trabalhar no cumprimento da pena, possui ele o direito inalienável à remuneração, razão pela qual atende ao requisito essencial da filiação obrigatória junto ao INSS, qual seja o cumprimento do binômio "Trabalho X Renda". É este exatamente o cenário contido no permissivo legal do art. 39 do Código Penal, segundo o qual "o trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social".

Adverte-se, para este efeito, que o trabalho do preso é cabível em qualquer das modalidades de regime prisional (aberto, semi-aberto ou fechado). O Código Penal admite a possibilidade de trabalho externo no âmbito do regime fechado, desde que se trate de obras ou serviços públicos (art. 34, §3º); no regime semi-aberto, é possível o trabalho externo sem restrições quanto à sua natureza de atividade pública ou privada (art. 35, §2º); já quanto ao regime aberto, tem este por característica essencial o trabalho diurno e fora do estabelecimento prisional, somado ao recolhimento noturno e nos dias de folga (art. 36, §2º).

Eduardo Rocha Dias e José Leandro Monteiro de Macedo explicam a justificativa para o trabalho do preso, que

> Terá finalidade educativa e produtiva, não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho e será remunerado (...). Resta claro que a finalidade do trabalho do preso não é o seu sustento (garantido pelo Estado) e nem de sua família, que percebe apenas parte do produto do trabalho. O escopo do trabalho do preso é qualificá-lo de modo a, quando em liberdade, ter aptidão para exercer uma atividade produtiva.[2]

A outra condição em que pode se enquadrar no preso, no contexto previdenciário, consiste na de contribuinte facultativo, desde que, na execução criminal, não exerça qualquer atividade laboral que lhe permita a renda. O cumprimento ocioso da pena, portanto, dispensa o preso da filiação compulsória à Previdência Social, mas lhe permite a opção entre se inscrever ou não como contribuinte do INSS.

A justificativa para tal inscrição reside (a) no aproveitamento do tempo de contribuição, mesmo como facultativo, para fins de futura aposentadoria, bem como (b) na forma de evitar a perda da proteção previdenciária e das contribuições eventualmente feitas como trabalhador antes da prisão.

3 A PROTEÇÃO SOCIAL À FAMÍLIA DO TRABALHADOR RECOLHIDO À PRISÃO

Cada um dos três setores que formam, juntos, a Seguridade Social (Saúde, Previdência e Assistência Social, segundo configuração dada pelo art. 194 da Constituição Federal) possui uma clientela específica, ou seja, um conjunto de administrados para quem os servidos públicos securitários são direcionados. Neste contexto, a Saúde possui abrangência universal, ou seja, qualquer pessoa é por ela ampara, independentemente de qualquer condição, característica ou qualificação. Todos são, portanto, potenciais beneficiários dos serviços públicos na área da Saúde, já que esta é "direito de todos e obrigação do Estado", por intermédio de "acesso universal e igualitário" a seus serviços, na conformidade do fixado pela Constituição Federal, art. 196.

No que tange à Assistência Social, trata-se de um conjunto de serviços públicos destinados a propiciar condições básicas de subsistência àqueles financeiramente necessitados, na premissa de concretizar o legado da dignidade da pessoa humana. Regulamentado constitucionalmente pelo art. 203, a Assistência Social dispensa, a exemplo da Saúde, a contribuição prévia, bastando o enquadramento na condição de hipossuficiente e o cumprimento de requisitos constitucionais e legais3 para que lhes sejam destinados os serviços assistenciais.

Já quanto à Previdência Social, que constitui a preocupação maior deste texto acadêmico, sua clientela é bem mais restrita e exige, a rigor, a contribuição prévia como condição intrínseca para o usufruto de seus benefícios. A Previdência possui natureza de seguro social, que visa proteger o trabalhador contra infortúnios eventuais que o impeçam de continuar garantindo sua subsistência e o de sua família por intermédio do trabalho.

Neste cenário, o trabalhador de qualquer condição – empregado, doméstico, autônomo, eventual, avulso etc. – enquadra-se como contribuinte obrigatório do INSS e se sujeita às normas tributárias relativas ao pagamento constante e regular da contribuição previdenciária (espécie de contribuição social, que por sua vez é espécie de contribuição especial, que constitui a modalidade de tributo disciplinada pelo art. 149 da Constituição Federal).

Enquanto na qualidade de contribuinte, ao quitar regularmente a contribuição previdenciária incidente sobre seus ganhos mensais (salário, honorários, pró-labore, remuneração etc.), o trabalhador mantém-se protegido pela Previdência e, por conseguinte, ocorrendo com ele alguns dos flagelos previstos legalmente que o impeçam para o trabalho e para a auto-subsistência, pode dela se socorrer, recebendo benefício suficiente para sua mantença enquanto afastado de seus afazeres laborais cotidianos.

Não obstante, a Previdência Social não restringe seus serviços ao trabalhador contribuinte, mas os estende à família deste. Afinal, pressupõe-se que é este trabalhador o responsável financeiro pela manutenção de sua família e que, na sua falta, a responsabilidade por tal manutenção passa a ser da Previdência. Não é outro o posicionamento de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari:

> Sendo a Previdência um sistema que garante não só ao segurado, mas também à sua família, a subsistência em caso de eventos que não permitam a manutenção por conta própria, é justo que, da mesma forma que ocorre com a pensão por falecimento, os dependentes tenham direito ao custeio de sua sobrevivência pelo sistema de seguro social (em caso de prisão daquele de quem dependiam economicamente), diante do ideal de solidariedade.[4]

Legalmente, são duas as hipóteses que permitiriam ao INSS o pagamento de benefícios não ao segurado diretamente, mas à sua família: o óbito deste trabalhador ou sua prisão. Trata-se dos seguintes benefícios previdenciários: (a) a Pensão por Morte, que independe de carência e é devida tanto no caso de morte efetiva quanto no de morte presumida; e (b) o Auxílio-Reclusão, que também dispensa a carência e é dirigida ao conjunto de dependentes do segurado recolhido à prisão, seja esta em decorrência de flagrante ou de ordem judicial, na sua modalidade preventiva ou provisória, bem como definitiva, ou seja, decorrente de sentença penal condenatória.

Do exposto, pode-se dizer que a ampla maioria dos benefícios previdenciários legalmente disciplinados, especificamente pela Lei nº 8.213, de 24 de Julho de 1991, são pagos diretamente ao segurado (trabalhador), a exemplo das Aposentadorias, do Auxílio-Doença e do Auxílio-Acidente. Porém, dois são os benefícios cujos destinatários são, por motivos óbvios, os dependentes5 do segurado, e não o próprio: Pensão por Morte e Auxílio-Reclusão.

Nos termos constitucionais atuais, o Auxílio-Reclusão – diferentemente do que se sucede com a Pensão por Morte, que independe da condição financeira do segurado – restringe-se aos dependentes do segurado de baixa renda6, ou seja, constitui benefício direcionado ao conjunto de familiares do trabalhador carente levado à prisão. É o que reza o inc. IV do art. 201 da Carta de 1988, que cita o "auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda".

4 REQUISITOS ATUAIS DO AUXÍLIO-RECLUSÃO

Além da baixa renda, conforme exigência constitucional, o

Auxílio-Reclusão destinado aos dependentes do trabalhador recolhido à prisão possui uma série de exigências cumulativas fixadas pela Lei nº 8.213/91 que precisam ser atendidas, sob pena de indeferimento do benefício pelo INSS.

Para efeito de recebimento do benefício pelos dependentes do segurado preso, o regime prisional tem sua relevância. Se o Auxílio-Reclusão permite o sustento da família do trabalhador porque este, ao cumprir pena privativa de liberdade, não pode naturalmente cumprir tal função, restringe-se às hipóteses de regime fechado e de regime semi-aberto, pois nestes o exercício de atividade laboral é excepcional. Por outro lado, o regime aberto – que permite que o preso trabalhe fora do ambiente prisional durante o dia – impede a concessão do benefício, pois o próprio trabalhador mantém-se na condição de responsável pelo sustento financeiro de sua família.

Outrossim, o benefício é pago em razão da qualidade de segurado ostentada pelo preso. Assim, se o cidadão recolhido à prisão nunca dantes havia trabalhado e/ou pago a contribuição previdenciária, sua família não é protegida por ocasião de sua prisão. A mesma consequência pode ter o trabalhador que contribuiu ao longo de algum lapso de tempo, mas preencheu mais de um ano sem contribuição, caso em que, a priori, se perde a condição de segurado.

Não importa a natureza ou a gravidade do crime cometido pelo segurado. Sendo afiançável ou não, prescritível ou não, doloso ou culposo, hediondo ou não o crime, é suficiente o recolhimento à prisão como requisito para concessão do benefício aos dependentes. Trata-se do que também adverte Miriam Vasconcelos Fiaux Horvath, para quem

> O legislador não estabeleceu nenhuma diferenciação quanto ao que levou a ocorrência da prisão para que o dependente do segurado faça jus à prestação. É, portanto, indiferente se o delito foi culposo ou doloso. Essa distinção só é elemento relevante na qualificação da pena e não quanto à ocorrência do tipo ou a sua repressão.[7]

Recendo o Auxílio-Reclusão, o beneficiário deve levar ao INSS documentação comprobatória de que o segurado mantém-se na condição de presidiário, renovando-se esta documentação trimestralmente, sob pena de suspensão do benefício. Tal documentação consiste, a rigor, de declarações ou certidões emitidas por autoridade judiciária, policial, penitenciária ou carcerária, atestando com fé-pública que o segurado continua recolhido à prisão.

Na hipótese de suspensão condicional da pena, conforme permissivo legal contido no art. 77 do Código Penal, perde a família o direito ao percebimento do benefício, afinal o segurado volta à liberdade e, conseguintemente, à capacidade de garantir o sustento da família por conta própria, sem ajuda estatal. Também é caso de perda do direito ao Auxílio-Reclusão a hipótese de progressão de regime prisional: do regime fechado ou semi-aberto para o aberto, já que este é incompatível com o pagamento do benefício.

Destaca-se ainda a hipótese de fuga da prisão. Neste cenário, a família tem suspenso o benefício enquanto perdurar a fuga até o momento da recuperação. Tal regra se deduz em razão da impossibilidade de comprovação documental de que o segurado continua recolhido à prisão, conforme exigência da Lei dos Benefícios Previdenciários e dissertado há poucas linhas.

Também não pode o segurado, por expressa vedação legal contida no art. 80 da Lei nº 8.213/91, estar recebendo, durante a execução da pena, remuneração da empresa ou benefícios do INSS (Aposentadorias ou Auxílio-Doença). Ora, se assim ocorre, a remuneração recebida resta suficiente para o sustento da família, afinal, no cumprimento da pena, o segurado é mantido pelo Estado e não depende dos recursos da Previdência para sobreviver.

5 A IMINENTE RECONFIGURAÇÃO DO AUXÍLIO-RECLUSÃO E SEUS NOVOS BENEFICIÁRIOS

Inobstante a tradição do benefício, presente no Direito Constitucional Previdenciário pátrio desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, hoje se discute a necessidade de manutenção do Auxílio-Reclusão dentro da lista dos benefícios previdenciários. Forte corrente tem surgido alegando iniquidade e injustiça na concessão do benefício, vez que ampara a família do trabalhador preso em decorrência de crime cometido, mas nada faz em relação à família da vítima.

Na própria doutrina previdenciária, encontram-se argumentos adeptos à extinção do benefício. Para Sérgio Pinto Martins, o Auxílio-Reclusão

> Deveria ser extinto, pois não é possível que a pessoa fique presa e ainda a sociedade como um todo tenha de pagar um benefício à família do preso, como se este tivesse falecido. De certa forma, o preso é quem deveria pagar por estar nessa condição, principalmente por roubo, furto, tráfico, estupro, homicídio etc. Na verdade, vem a ser um benefício de contingência provocada, razão pela qual não deveria ser pago, pois o preso dá causa, com seu ato, em estar nesta condição. Logo, não deveria a Previdência Social ter de pagar tal benefício.[8]

Destarte, tramita hoje em sede de Congresso Nacional uma Proposta de Emenda à Constituição que (a) extingue o Auxílio-Reclusão destinado aos dependentes do trabalhador segurado recolhido à prisão e (b) cria um benefício análogo, porém destinado à própria vítima ou à sua família. Trata-se da PEC nº 304/2013, de autoria da Deputada Federal Antônia Lúcia (PSC/AC), que justifica sua proposta por meio de três argumentos básicos9.

A uma: a proteção financeira à família da vítima seria mais justa e plausível do que a proteção à família do criminoso; a duas: diminuiria o índice de criminalidade, pois antes de cometer o crime o sujeito refletiria sobre a situação da família, que restaria desamparada financeiramente com sua prisão; a três: quando o evento delituoso gera efeitos incapacitantes à vítima, ela, hoje desprezada, faria por merecer a proteção da Previdência.

À primeira vista, tais justificativas seriam válidas e ensejariam a mudança pretendida na legislação previdenciária. Ocorre que, analisando a questão pormenorizadamente e com a devida meditação, os argumentos apresentam-se como falhos. Não se está a tratar de um criminoso qualquer, mas de um trabalhador que cumpre sua obrigação tributária de pagar, mensal e regularmente, a contribuição à Previdência. Afinal, o indivíduo que prefere o crime ao trabalho está à margem da proteção previdenciária e, portanto, não tem sua família

protegida pelo INSS. Assim, se o trabalhador mantém em dia seus deveres como contribuinte da Previdência, merece fazer jus à proteção assegurada por esta à sua família.

Destarte, acreditar na tese de que o agente deixaria de cometer o delito pensando no desamparo da família se for preso parece inocuidade, senão ingenuidade absoluta. Parece muito pouco provável que o cidadão, na iminência da execução do ato delituoso, pense na família e desista de cometê-lo para preservá-la da hipossuficiência financeira.

Entretanto, mesmo diante destes argumentos contrários à proposta de alteração da legislação previdenciária no que tange ao Auxílio-Reclusão, parece possuir um quê de sensibilidade e razão tal proposta, especificamente em relação ao amparo da vítima e/ou de sua família. Entretanto, tal pode ser conseguida independentemente da extinção do Auxílio-Reclusão e a partir da criação de benefício específico, desde que observada a regra da preexistência de custeio de que trata o art. 195, §5º, da Constituição Federal: "Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total".

Deve-se ainda levar em consideração que se a vítima for, ela própria, um trabalhador e, por conseguinte, contribuinte da Previdência, tem a seu favor a possibilidade de recebimento (a) do Auxílio-Doença, se necessário o afastamento do trabalho para fins de tratamento clínico, ou do (b) Auxílio-Acidente, se reduzida a capacidade laboral em decorrência do crime sofrido. Destarte, o óbito da vítima, se segurada do INSS, ensejaria o amparo previdenciário garantido à sua família através da Pensão por Morte. Do exposto, não há total abandono à vítima ou sua família pela Previdência Pública como pretende fazer crer a nova corrente contrária ao Auxílio-Reclusão.

Ademais, a extinção deste benefício implicaria a punição não somente ao criminoso, mas também à sua família, que já sofreria o suficiente com a situação vexatória e constrangedora da prisão de seu familiar. A extensão da punição à família do criminoso, tirando dela a possibilidade de sustento pelo INSS, certamente feriria o princípio da individualização da pena que, insculpido no inc. XLV do art. 5º da Constituição Federal, assevera que a pena não deve ultrapassar a pessoa do condenado e atingir seus familiares.

6 CONCLUSÃO

O aprofundamento da discussão sobre a essencialidade do Auxílio-Reclusão, propiciado pelo estudo que ora se conclui, viabilizou a contraposição entre os argumentos contrários e favoráveis à sua extinção e exclusão do rol de benefícios previdenciários disponibilizados pelo INSS a seus segurados e a suas respectivas famílias. De resto, promoveu-se o entendimento de que a proteção previdenciária à vítima (de crimes cometidos por trabalhadores contribuintes) ou à família da vítima – decerto uma medida de equidade – não implicaria, necessariamente, a abolição do Auxílio-Reclusão.

O que se nota é o surgimento feroz de iniciativas tendentes à restrição crescente às prerrogativas constitucionais de condenados por atos delituosos. Na discussão, a corrente favorável à extinção do benefício e a realocação dos respectivos recursos da Previdência para a vítima ou para a família da vítima, em detrimento da do preso, parece olvidar que não se estar a tratar de criminosos comuns, mas trabalhadores contribuintes e portanto segurados do INSS. Ao cumprirem suas obrigações tributárias e ao quitarem suas contribuições previdenciárias, os trabalhadores passam a se beneficiar da proteção institucional da Previdência Pública contra infortúnios eventuais que os impossibilitem ao labor e, conseguintemente, ao auto-sustento financeiro.

E tal proteção previdenciária se estende à família do trabalhador, sabidamente nas hipóteses de morte (Pensão) ou recolhimento à prisão (Auxílio-Reclusão). Impedir o acesso da família do trabalhador preso ao Auxílio-Reclusão seria punir além da figura do condenado, o que não é constitucionalmente possível. Outrossim, tal punição recairia sobre pessoas já castigadas com o constrangedor e combalido encarceramento daquele de quem dependiam economicamente.

Retirar delas a fonte do sustento, no ínterim do cumprimento da pena pelo responsável por sua manutenção financeira, feriria o bojo do princípio da dignidade em que se baseiam os direitos fundamentais, bem como se lhes retiraria o inalienável direito a alimentos. Daí se extrai a necessidade premente de se repensar a proposta do Poder Constituinte Reformador de extirpar, por inteiro, a proteção previdenciária à família do trabalhador contribuinte recolhido à prisão.

REFERÊNCIAS

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. Florianópolis: Conceito, 2010

DIAS, Eduardo Rocha; MACEDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de direito previdenciário**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

HORVATH, Miriam Vasconcelos Fiaux. **Auxílio-reclusão**. São Paulo: Quartier Latin. 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários à lei básica da previdência social**. 7 ed. São Paulo: LTr, 2010.

OLIVEIRA, Aristeu de. **Consolidação da legislação previdenciária**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

(Endnotes)

1 A rigor, sob o prisma constitucional (art. 201), todo trabalhador de cuja atividade profissional se gere uma renda possui a obrigação de se filiar ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), de responsabilidade do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), a exceção do servidor público ocupante de cargo efetivo, pois este dispõe de um regime previdenciário específico aplicável somente a ele mesmo: o Regime Próprio, disciplinado pelo art. 40 da Constituição.

2 DIAS, Eduardo Rocha; MACEDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de Direito Previdenciário**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 315.

3 O instrumento normativo que disciplina a Assistência Pública é a Lei Orgânica da Assistência Social – Lei nº 8.742, de 7 de Dezembro de 1993 – cujo art. 1º rege: "A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas".

4 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de**

Direito Previdenciário. Florianópolis: Conceito, 2010, p. 679.

5 Na conformidade da Lei nº 8.213/91, são dependentes do segurado os seguintes familiares: *(a)* o cônjuge, o(a) companheiro(a) e o(a)(s) filho(a)(s), desde que até 21 (vinte e um) anos de idade ou não emancipado; *(b)* o pai e/ou a mãe; e *(c)* o(a)(s) irmão(ã)(s), também até 21 (vinte e um) anos de idade ou não emancipado. Enquanto o primeiro grupo (cônjuge, companheiro e filho) está dispensado da comprovação de dependência econômica, pois a favor deles há a dependência econômica legalmente presumida, os pais e os irmãos precisam, para merecer a condição de dependentes, comprovar que viviam sob a dependência financeira do segurado falecido ou recolhido à prisão.

6 Em termos objetivos, baixa renda é o que possui o trabalhador cujo salário bruto não ultrapassa R$ 1.025,81 (um mil, vinte e cinco reais e oitenta e um centavos), conforme Portaria Interministerial MPS/MF nº 19, de 10/01/2014.

7 HORVATH, Miriam Vasconcelos Fiaux. **Auxílio-Reclusão**. São Paulo: Quartier Latin. 2005, pp. 107 e 108.

8 MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 391.

9 Dados e informações colhidas no sítio http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ASSISTENCIA-SOCIAL/460890-PEC-ACABA-COM-AUXILIO-RECLUSAO-DE-CRIMINOSO-E-CRIA-BENEFICIO-PARA-VITIMAS-DE-CRIMES.html; Acesso em 23.04.14.

PROPRIEDADE PÚBLICA: POLÍTICA URBANA E SUSTENTABILIDADE

PUBLIC PROPERTY: URBAN POLICIES AND SUSTAINABILITY

Adelaide Maria Rodrigues Lopes Uchoa2

Resumo

Este artigo volta-se ao exame da sustentabilidade como objetivo traçado na Constituição de 1988, bem como dos princípios e das diretrizes que fundamentam o Estatuto da Cidade. Delineia o instituto da propriedade, sob a ótica da titularidade, analisando o regime dos bens públicos, e enfatizando a função social da propriedade pública. Mesmo sendo pública não subsistem dúvidas de que a propriedade pública deverá atender a função social, que o gestor não pode se afastar das diretrizes urbanísticas e ambientais do Estatuto da Cidade e instrumentalizadas no Plano Diretor. A propriedade pública também só se legitima pelo atendimento à função social e ambiental, ensejando ao gestor público responsabilidade pelos danos causados a coletividade pelo uso do bem desconforme as normas urbanísticas.

Palavras-chave: Estatuto da Cidade, função social, propriedade pública, política urbana, sustentabilidade.

Abstract

This article aims to examine of sustainability as an objective of Brazilian Constitution (1988), and the principles and the directives that support the law named City Statute. It presents the property, analyzing the owner and its juridical regimen and emphasizes the social function of public property. The public manager is supposed to attend the urban planning and environmental directives of the urban policies in the Constitution of the Republic and guided by the City Statute, introduced by the city Master Plan. Public property also only legitmates for service to the social and environmental function and government is responsible by damages caused to society when public real state is used against urbanistic rules.

Keywords: City Statute, social function, public property, urban policies, sustainability.

2 Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Doutoranda em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza e Professora de Direito Civil da Universidade de Fortaleza e do Centro Universitário Christus.

INTRODUÇÃO

A propriedade é definida como a plenitude do direito sobre a coisa, manifestada pelos poderes de usar, gozar, dispor e reivindicar, excluindo todos os terceiros de qualquer ingerência no mesmo.

O poder de disposição sobre o bem configura nota caracterizadora da propriedade e não se aplica do mesmo modo aos bens públicos e aos bens privados. A Constituição de 1988 dispõe que a propriedade atenderá a sua função social, sem limitar a exigência exclusivamente a propriedade privada.

No tocante aos bens públicos, observa-se que os de uso comum do povo e os de uso especial estão afetados a uma destinação coletiva, e, portanto, já vinculados a uma função social; todavia os bens dominiais, por não estarem afetados ao serviço ou função pública não se presume função social, a qual foi instituída objetivando-se mitigar a especulação, a improdutividade, o uso abusivo de bens; busca minimizar as desigualdades sociais e apresenta também um viés ambiental. A averiguação do cumprimento da função social, aí incluída a ambiental, depende de critérios objetivos previsto na lei e que levam a sustentabilidade.

Em linhas gerais, objetiva este trabalho analisar as diferenças encontráveis entre a propriedade pública e a privada sob a ótica do direito civil-constitucional, bem como o alcance da função social que delas se exige. Especificamente, examina-se a propriedade pública frente ao cumprimento das funções social e ambiental; ressalta-se o dever de conciliar a expansão ordenada com o desenvolvimento sustentável da cidade, peculiar ao ente estatal, em consonância com os princípios da Constituição Federal de 1988 e as diretrizes da política urbana previstas no Estatuto da Cidade.

1. A PROPRIEDADE NO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL.

A questão principia pelo instituto da propriedade. No âmbito do Direito Civil, cumpre lembrar que a Lei 10.406/2002, que deu origem ao Código Civil de 2002, em seu art. 1.228, tutela o direito da propriedade de maneira ampla e assegura a todos o direito de usar, gozar e dispor dos bens, tendo proprietário o direito de reivindicá-los de alguém que injustamente os possua.

Partindo das características inerentes ao direito de propriedade analisa-se por primeiro os contornos da propriedade privada, para, em seguida examinar-se a propriedade pública.

Para Orlando Gomes (1978, p.99) a conceituação de propriedade pode ser realizada a partir de três critérios: o sintético, o analítico e o descritivo. Sinteticamente é a propriedade a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa. Analiticamente, o instituto referido é o direito de usar, fruir e dispor de um bem, e de reavê-lo de quem injustamente o possua. Descritivamente, é a propriedade o direito complexo, absoluto e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa com as limitações da lei.

Privatisticamente, tem-se então a propriedade como a plenitude do direito sobre a coisa, manifestada pelos poderes respectivos: *jus utendi, fruendi et abutendi aliados ao jus persequendi.* O *jus utendi* é traduzido na possibilidade de usar a coisa segundo a vontade exclusiva do proprietário; o *jus fruendi* refere-se ao o direito de retirar os frutos, civis ou naturais da coisa; o *jus abutendi* significa a possibilidade de dispor da coisa, seja consumindo-a, seja alienando-a; e o *jus persequendi* expressa o direito que cabe ao proprietário de retomar a coisa daquele que a possua ou a detenha injustamente; é direito primário, já que todos os demais

direitos reais, como os de garantia e de fruição, dela decorrem, estando em posição privilegiada dentro do direito das coisas por ser a relação fundamental deste. (DINIZ, 2003, p.2-3)

Diante das noções apresentadas acerca da conformação do instituto por meio dos elementos que a caracterizam cabe analisar a propriedade pública, bem ainda os contornos que a delimitam e distinguem da propriedade privada. De logo, explicite-se, que propriedade pública (não coletiva) e propriedade privada, muito embora encerrem mesmas faculdades oriundas do gênero propriedade (uso, gozo, fruição e reivindicação), tem fundamentos diferentes e por isso requestam disciplinamentos jurídicos distintos.

Ana Prata (1982, p.146) distingue a propriedade privada da propriedade pública. Para ela, os bens de domínio público, embora também sejam objetos de interesse do sujeito privado, tem atribuição funcional, o que não permite o uso discricionário pelo titular e igualmente não suscita o direito de exclusão de terceiros em relação à coisa. E mais: que a propriedade pública corresponde a um poder de gestão, posto que, sendo de uso comum, é garantido o acesso ao bem do domínio público por parte de todos.

Outrossim, a questão da função social merece especial atenção visto que a atual Constituição Federal do Estado Brasileiro, sem distinguir se pública ou privada, dispõe que a propriedade atenderá a sua função social (art. 5º, XXIII).

2. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.

Face à dificuldade em estabelecer o conteúdo da função social exigida da propriedade, doutrinadores buscam examinar as destinações das propriedades segundo as potencialidades econômicas.

Eros Roberto Grau (2007, p.235) distingue a propriedade dotada de função social da propriedade dotada de função individual, defendendo que na civilização contemporânea a propriedade privada deixa de ser o único meio de garantia da subsistência individual ou familiar, aparecendo em seu lugar outras garantias, tais como o emprego e o salário justo.

De acordo com Grau (2007, p. 235), a propriedade privada representa um direito individual enquanto instrumento de garantia da subsistência individual e familiar e, assim sendo, cumpre uma função individual, inserida nos direitos individuais de todo assegurados pela ordem constitucional. Desta propriedade não se exige o cumprimento de função social, enquanto o exercício do uso não agregue nocibilidade ou se mostre abusivo.

Do teor do art. 170, III, da Constituição Federal de 1988, dessume-se o princípio da propriedade-função social, inserido entre os princípios da ordem econômica, por meio do qual é subordinado o exercício da propriedade privada dos bens de produção aos preceitos da justiça social, prestando-se como instrumento de realização do fim de assegurar a todos existência digna (GRAU, 2007, p.247).

Também determina que a ordem econômica observará a função da propriedade, impondo freios à atividade empresarial e à apropriação contrária ao interesse coletivo, o que se nota aplicável tanto ao proprietário particular como também ao poder público, isto porque mesmo desinvestido do poder de *imperium* o ente estatal exerce atividades de natureza privada, ainda que submetido às regras de direito administrativo e não às normatizações do direito privado.

Segundo o pensamento de Gustavo Tepedino (2006, p.158), até pouco tempo pairava o entendimento de que a função social resumia-se a uma questão filosófica, política ou teológica, desprovida de repercussão prática no âmbito do direito positivo. Todavia, a inserção desse conceito na Constituição da República e a sua reprodução no Código Civil passaram a demandar definição objetiva do conteúdo jurídico da função social da propriedade. Ressalta ainda que, sendo a função social um elemento interno do domínio, é esta responsável pelo controle de legitimidade funcional do direito de propriedade, impondo ao titular o dever de respeitar situações jurídicas e interesses não-proprietários socialmente tutelados, atingidos pelo exercício dominical (TEPEDINO, 2006, p.158).

Considerando ainda que o preceito constitucional, inserido no art. 186 da Constituição da República, condiciona a fruição individual do proprietário ao atendimento de múltiplos interesses não proprietários, assinala Tepedino (2006, p.158-159):

> A proteção ambiental, a utilização racional das reservas naturais, as relações de trabalho derivadas da situação proprietária, o bem-estar desses mesmos trabalhadores são interesses tutelados constitucionalmente e que passaram a integrar o conteúdo funcional da situação proprietária.

Para o autor, a função social da propriedade exige do proprietário o cumprimento de dois deveres, que é o de se abster de praticar o ilícito, e exemplifica com a hipótese de alguém atear fogo numa floresta, e o segundo, o dever de promover o meio ambiente, sob pena de perder a legitimidade constitucional. No entendimento dele, o Judiciário não poderia admitir a tutela de um direito de propriedade que desrespeita a função social, mesmo porque esta constitui elemento interno da propriedade, pressuposto de legitimidade (TEPEDINO, 2006, p.159).

Silvio Luís Ferreira da Rocha (2005, p.118-119) conclui que a função social é instrumento de realização de valores acolhidos no texto constitucional, tais como, a solidariedade, a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho, a proteção ao meio ambiente, a ordenação do espaço urbano. E afirma que a jusrisprudência pode atualizar o conteúdo desse princípio para fazer incidir em hipóteses não vislumbradas pelo legislador

Ser condicionante do direito de propriedade ou ser elemento interno da propriedade passou a ser objeto de relevante debate na doutrina civil e constitucional. Todavia, não é o ponto nodal desta pesquisa. O foco é a relação entre a funcionalização dos bens públicos e as diretrizes da política urbana, voltadas ao desenvolvimento sustentável.

Na atualidade, oberva-se que o direito de propriedade no ambiente urbano se mostra protegido desde que cumprida a função social. Tal conteúdo foi agregado de maneira indissociável à propriedade e, para a efetiva garantia da propriedade privada urbana, deverão ser atendidas as exigências fundamentais de ordenação da cidade contidas no Plano Diretor. Dito instrumento deverá ser consentâneo com as

diretrizes gerais da Lei nº 10.257/2001, denominada Estatuto da Cidade, especialmente garantindo o desenvolvimento sustentável da cidade.

Após as explanações acerca do conteúdo da função social da propriedade de modo geral, passa-se a analisar a propriedade pública, enfocando o regime jurídico ao qual estão adstritos os bens públicos, numa perspectiva do uso do bem conforme a respectiva destinação e a relação com a função social e ambiental, que também são corolários da propriedade pública.

3. A FUNCIONALIZAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS.

Antes de abordar a função social e a função ambiental dos bens públicos, faz-se necessário explanar a natureza jurídica dos bens públicos e o regime sob o qual estão submetidos, principiando pela definição, passando pelas peculiaridades que apresentam, especialmente quanto às destinações conferidas às diversas espécies de propriedade pública.

No sentido amplo, bens públicos são todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, pertencentes às pessoas jurídicas de direito público. Hely Lopes Meirelles (2004, p. 493) acrescenta a titularidade de tais bens públicos às entidades estatais dotadas de personalidade jurídica de direito privado. Embora discordando, Lúcia Valle Figueiredo (2005, p. 551) faz um adendo a essa definição de Meirelles, alertando que o autor considera os bens de propriedade das empresas estatais como patrimônio com destinação especial e passível de controle pelos Tribunais de Contas, aludindo ao parágrafo único do artigo 70 da Constituição Federal de 1988. Bens públicos são portanto todos aqueles, quer corpóreos, quer incorpóreos, imóveis, móveis, semoventes, créditos direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, à União, Estados, Municípios, respectivas autarquias e fundações de direito público. Configuram esses bens o patrimônio público e se encontram sob o regime de direito público.

O artigo 20 da Constituição da República elenca os bens da União e os bens dos Estados estão previstos no artigo 26 da Constituição de1988. Cabe evidenciar, por oportuno que a titularidade do Município, após a Constituição de 1891 passou a ser residual, posto que, a esse respeito silenciou a Constituição de 1988. Somando-se a estas formas constitucionais de propriedade pública, a lei nacional de Parcelamento do Solo Urbano (Lei nº 6777, de 19 de dezembro de 1979) dispõe que as áreas de circulação, verdes ou livres e institucionais passam a titularidade do município a partir do registro do loteamento no serviço imobiliário competente.

Bens imóveis podem igualmente ser transmitidos voluntariamente pelo proprietário em favor do poder público, a exemplo das doações ou mesmo de improváveis operações de compra e venda, troca e dação em pagamento, típicos do regime privado de apropriação. Já os bens expropriados e os confiscados do particular passam também ao domínio estatal em razão do interesse público ou de sanção decorrente de ato ilícito praticado pelo proprietário, observando-se o trâmite precedimental peculiar.

Identificados os bens que compõem o patrimônio público, fundamental examinar o regime jurídico a que estão adstritos, abordando essencialmente a afetação dos bens de uso comum do povo e de uso especial.

De acordo com o artigo 99 da Lei 10.406/2002 - Código Civil Brasileiro, os bens públicos são classificados segundo as funções que exercem perante a coletividade, sendo bens públicos de uso comum do povo aqueles cuja utilização é disponibilizada a todos, gratuitamente ou mediante retribuição, a exemplo das ruas, praças e mares, dentre outros. Inclua-se nessa modalidade o meio ambiente, bem incorpóreo, considerado público de uso comum do povo consoante o artigo 225 e o patrimônio cultural referido no artigo 216, ambos dispositivos da Constituição vigente. São bens públicos de uso especial aqueles utilizados pela Administração para a consecução de atividade-fim, a exemplo dos prédios públicos.

Por exclusão, os bens dominiais ou dominicais são os que não estão afetados ao serviço ou função pública nem estão disponíveis para utilização pela coletividade, a exemplo dos imóveis desocupados, adjudicados em face de dívidas fiscais, terrenos de marinha, terras devolutas, dentre outros. Guardam, portanto certa similaridade com a propriedade do particular, muito embora limitados às regras do regime jurídico do patrimônio público. São esses os bens passíveis de alienação segundo o regime jurídico do patrimônio público.

Imperioso ressaltar que os bens públicos de uso comum do povo e de uso especial já se encontram afetados ao interesse público e a função social é inerente aos mesmos. O mesmo não ocorre com os bens dominiais, que por não terem uma destinação pública, não estão afetados e deles não se presume uma função social. Pelo menos, *a priori*, este é o entendimento que se pode deduzir sobre a funcionalização do patrimônio público.

Define-se a afetação como a consagração, a destinação do bem a uma finalidade pública, devendo se realizar por meio de lei ou de ato jurídico, que modifica a natureza de um bem dominical em bem destinado ao uso comum ou ao uso especial. E a desafetação é exatamente o inverso, é desconsagrar o bem que se destinava ao uso de todos ou ao uso da Administração Pública, e transformá-lo em bem dominial (COUTINHO, 1997, p.7). Estando sob a titularidade estatal, compete aos entes políticos a administração dos respectivos bens, em estrita observância às normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais, sejam regras postas ou princípios.

Da leitura do texto constitucional em vigor, percebe-se claramente a intenção do constituinte em garantir de modo expresso que a propriedade privada está vinculada ao princípio da função social, no entanto, quanto à propriedade pública aquele não foi evidente, deixando ao intérprete a missão de percebê-la nas entrelinhas, de deduzi-la a partir do que está posto.

Se na atualidade, o direito de propriedade no ambiente urbano se mostra protegido desde que cumprida a função social e o conteúdo dessa função está inserido nas exigências fundamentais de ordenação da cidade contidas no Plano Diretor, isto significa que dito instrumento deverá ser consentâneo com as diretrizes gerais do Estatuto da Cidade, especialmente garantindo o desenvolvimento sustentável da cidade.

A idéia de ordenação racional do território e do ambiente está atrelada ao direito que o indivíduo tem às cidades sustentáveis, nele incluídos o direito à propriedade imobiliária urbana, à

moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, a serem garantidos não somente para as presentes como para as futuras gerações.

Paulo Nogueira-Neto (*on line*), define sustentabilidade como sendo o uso continuado, não predatório, racional dos recursos tanto econômicos, como ambientais, sociais, culturais e éticos, para que se sustentem o maior tempo possível no planeta. E complementa tal definição, tecendo uma advertência de que é necessário incorporar ao conceito de sustentabilidade o critério de que as decisões a seu respeito devem respeitar o interesse público, serem transparentes e assumidas de modo democrático pelas populações interessadas.

A averiguação do cumprimento da função social depende essencialmente de critérios objetivos, ou seja, de cumprimento de normas voltadas ao desenvolvimento sustentável. Tal funcionalização, elevada a categoria de princípio constitucional, foi instituída objetivando-se mitigar a especulação, a improdutividade, o uso abusivo de bens; seu fim precípuo é minimizar as desigualdades sociais, e, por isso, o poder público não deverá compactuar com tais práticas perniciosas atentatórias ao interesse coletivo, tanto fiscalizando o uso da propriedade particular, como também fazendo uso adequado dos próprios bens.

Não há dúvidas que o Estado, por intermédio dos gestores públicos, deverá buscar a consecução do interesse público e a utilização do patrimônio público deve ser voltada para a implementação dos objetivos da República, traduzidos sinteticamente no bem-comum. Nessa senda, pode-se afirmar que a função da propriedade pública já tem cunho social, porque deverá se destinar aos interesses públicos, que direta ou indiretamente, beneficiam a coletividade. Mas esse raciocínio simplista acerca da funcionalização da propriedade pública aí não se esgota porquanto vários aspectos devem ser analisados detidamente.

Silvio Rocha (2005, p.127) defende que a finalidade obrigatória que preside os bens públicos não tem efeito de imunizar a propriedade pública das consequências decorrentes do descumprimento da função social E que qualquer que seja a destinação do bem público, mesmo aos bens dominiais, a função social deverá ser observada

Certo é que toda a discussão acerca da função social da propriedade pública perpassa pela utilização dos bens públicos. Contudo lembra Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*on line*, 2006) sobre a necessidade de se avaliar em que sentido o princípio da função social da propriedade poderá ser aplicado.

Para Di Pietro (*on line*, 2006) a função social da propriedade pública está implícita em vários dispositivos constitucionais que disciplinam a política urbana, a saber no artigo 5º, inciso XXIII; no artigo 170, inciso III ; no artigo 182, § 2º e § 4º; no artigo 186, e no artigo 184. Do art. 182 da Constituição Federal de 1988 destaca-se o *caput* que alude ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e à garantia do bem-estar dos seus habitantes. Frente a isto, é notória que a função social da propriedade, concernente ao proprietário, guarda estreita relação com a função social da cidade, a que se vincula o poder público.

O Estatuto da Cidade, ao regulamentar os arts. 182 e 183, estabelece diretrizes gerais da política urbana, apresenta novos instrumentos para a implementação da política de desenvolvimento urbano a ser efetivada pelo Poder Público e busca o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade. Do conceito de função social da cidade, extrai-se que a cidade que atende à sua função social *proporciona os benefícios da urbanização desfrutáveis por todos os habitantes* (DALLARI, 2006, p. 526).

Nessa acepção é que o Administrador Público faz uso do planejamento como instrumento de consecução dos objetivos voltados ao desenvolvimento: impõe o cumprimento da função social da propriedade privada (e da pública também), evita a retenção especulativa do solo, otimiza os recursos públicos e assegura a participação efetiva da população no planejamento. Em suma: atende às diretrizes do Estatuto da Cidade, como a justa distribuição dos benefícios e ônus, pondo em prática os instrumentos legais destinados à implementação dos objetivos da política urbana. (UCHOA, 2007)

Mas, no entender de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a função social da cidade também pode ser vislumbrada no inciso I do artigo 2º do Estatuto da Cidade, que reproduz a mesma norma do artigo 182 da Constituição Federal:

> Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:
>
> I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;
>
> (...)

Di Pietro (*on line*, 2006) leciona que, enquanto o princípio da função social da propriedade privada impõe um dever ao proprietário, o princípio da função social da cidade impõe um dever ao poder público. Carlos Ari Sundfeld, referido pela autora retro (*on line*, 2006), observa que a população tem o direito coletivo a uma cidade sustentável, o que deve levar à fruição individual das vantagens dela decorrentes e questionando sobre a repercussão jurídica prática das afirmações dos princípios que informam a política urbana, e enumera as consequências.

São três: por um lado, possibilitar a sanção jurídica da inércia do Poder Público (omissão em ordenar o emprego do solo e proteger o patrimônio coletivo); por outro, fornecer os parâmetros normativos para controle das orientações seguidas pela Política urbana, com isso viabilizando a invalidação das normas e atos a eles contrários; ainda, permitir o bloqueio dos comportamentos privados que agridam o equilíbrio urbano (DI PIETRO, *on line*, 2006).

Destaca Sundfeld que o direito à cidade sustentável consubstancia-se no direito a uma certa *ordem urbanística* e, por se tratar de direitos coletivos é tutelável por meio de ação civil pública. (DI PIETRO, *on line*, 2006)

Como garantia da implementação das diretrizes, institutos e mecanismos de ordenação das cidades, a Lei nº 10.257/01 -

Estatuto da Cidade - agregou a *ordem urbanística* ao rol dos interesses tutelados pela Lei da Ação Civil Pública, com vistas à reparação de danos causados àquela. Então, do administrador público é exigida a estrita observância às normas e diretrizes ali consignadas, sob pena de ser responsabilizado pelo não cumprimento de tais regras. Entretanto, mesmo com as prescrições da Lei da Ação Civil Pública, no intuito de coibir lesões ao meio ambiente o que se vê é a pouca utilização dessa ferramenta por inciativa do povo.

Para Paulo Roberto Ferreira de Souza (2003, p. 118) a razão decorre da falta de conscientização da sociedade brasileira de seus direitos e poderes, e mais, da perda da capacidade de se indignar diante de abusos e desmandos praticados pela administração pública. Resta ao Ministério Público funcionar como guardião do Estatuto da Cidade, defendendo a ordem jurídica, o regime democrático, os interesses sociais e individuais indisponíveis, assim como o patrimônio público e social.

Sundfeld (1987. p.21) define a função social como um poder-dever, o condicionamento do poder a uma finalidade. Deve se levar em conta, ainda, que a cidade sustentável pressupõe a implementação dos instrumentos voltados a política urbana previstos no Estatuto da Cidade, sendo alguns desses mecanismos (a exemplo do tombamento, da concessão de direito real de uso, dentre outros) aplicáveis ao patrimônio público.

Ao relacionar a ordenação da cidade aos parâmetros do Plano Diretor, tenciona-se coibir as práticas abusivas da propriedade pública ou particular, lesivas ao meio ambiente, evitando-se ou, pelo menos, reduzindo-se os efeitos negativos sobre o ambiente, a exemplo da poluição ambiental, da deterioração de áreas de proteção ambiental e de preservação permanentes.

Assim, é de se entender que a sustentabilidade da cidade depende essencialmente de um planejamento adequado e do uso dos mecanismos concedidos, competindo ao proprietário, seja particular ou não, a utilização e a fruição dos bens que lhe pertence, de modo que deles possa retirar o conteúdo econômico, sem agir contrariamente aos interesses coletivos, conciliando desenvolvimento e preservação do ambiente.

4. FUNÇÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE E SUSTENTABILIDADE: DIRETRIZES DA POLÍTICA URBANA APLICÁVEIS AO ESTADO.

Implicitamente inserida na função social prevista constitucionalmente está a função ambiental a que deverá a propriedade urbana igualmente atender, isto porque tanto o meio ambiente natural quanto o artificial (além do ambiente cultural) são bens jurídicos detentores da proteção constitucional. E acerca da função ambiental da propriedade urbana já foram traçados alguns delineamentos noutro trabalho aqui referenciados, que merecem reprodução por adequado ao tema em exame.

José Afonso da Silva (2004, p. 21) denomina de meio ambiente artificial o espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações (espaço urbano fechado) e dos equipamentos públicos (ruas, praças, áreas verdes, espaços livres em geral: espaço urbano aberto).

Sendo públicos ou particulares os bens, a utilização pelos respectivos gestores deve quardar observância às normas regras e aos princípios garantidores do equilíbrio ambiental e consequentemente, balizadores do bem estar da coletividade.

A função ambiental da propriedade urbana revela-se, então, um viés da função social; com isso, a sustentabilidade e o planejamento do desenvolvimento das cidades concebido para o equilíbrio social e ambiental, figuram entre as diretrizes da política urbana que se buscam concretizar, por meio dos diversos instrumentos da reforma urbana. Às vezes essa função, denominada ecológica, outras vezes socioambiental, permite também ser traduzida na busca pelo equilíbrio que deve marcar a relação triangular homem-ambiente-expansão urbana.

Nas constituições estrangeiras mais recentes, o ambientalismo ganhou relevo, sendo nelas inserido como direito fundamental da pessoa humana. Embora a Constituição da Bulgária, de 1971, tenha primazia na declaração à proteção da natureza e das riquezas naturais, há de se ressaltar que, desde 1957, a Constituição Suíça já vem sendo emendada no sentido de estabelecer normas de proteção ambiental. O art. 18 da Constituição da então União Soviética, de 1977, já dispunha sobre proteção, uso racional dos recursos naturais e melhoramento do meio ambiente (SILVA, 2004, p.45-46).

A Constituição portuguesa, de 1976, por sua vez, correlacionou a proteção ambiental ao direito à vida, a todos assegurando, dentre outros, o direito a um ambiente de vida humana, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de defendê-lo. A Constituição espanhola, de 1978, em seu art. 45, demonstra clara influência lusitana, trazendo regras bastante semelhantes sobre direito ao desfrute de um meio ambiente adequado ao desenvolvimento da pessoa, assim como o dever de conservá-lo. Em 1981, a Constituição do Chile passou a prescrever o direito de viver em um meio ambiente livre de contaminações, atribuindo ao Estado o dever de assegurar tal direito, e ao cidadão a obrigação de preservar a Natureza. Em 1982, a Constituição chinesa declara serem os recursos naturais e ambientais propriedade do Estado ou de propriedade coletiva, e que o Estado protege e melhora o meio ambiente e o ambiente ecológico, previne e elimina a poluição ambiental (SILVA, 2004, p. 45-46).

Nas Constituições brasileiras anteriores à de 1988, quase nada se tratou sobre proteção do meio ambiente natural. Apenas a Constituição brasileira de 1946 apresentou diretrizes básicas acerca da proteção da saúde e sobre a competência da União Federal para legislar sobre água, florestas, caça e pesca, o que ensejou a edição do Código Florestal e os Códigos de Saúde Pública, de Água e de Pesca. Foi a Constituição de 1988 que primeiro cuidou e deferiu importância às questões ambientais.

Sob o título (VIII) da Ordem Social foi inserido capítulo dedicado especialmente ao Meio Ambiente (Capítulo VI), embora a questão ambiental seja percebida em todo o corpo dessa Carta constitucional, a exemplo dos arts. 5º, LXXIII, 24,VI, VII e VIII, 91, §1º, III, 129, III, que trazem explicitamente a matéria. Merecem atenção especial o art. 170, VI - que introduz a defesa do meio ambiente como princípio da ordem econômica – e o art. 186, II, requestando a utilização adequada dos recursos naturais e a preservação do meio ambiente, pressuposto da função social da propriedade rural, cujo desatendimento ensejará a desapropriação da área para fins de Reforma Agrária (SILVA, 2004, p. 45-46).

Cabe lembrar igualmente de alguns dispositivos que contêm valores ambientais, quais sejam, os arts. 23, 24 e 30, VIII, além das normas sobre saúde insculpidas nos arts. 196 a 200 da Constituição de 1988 e o *caput* do art. 225, parte integrante do Capítulo VI da Constituição da República.

A despeito de todas as divergências entre urbanistas e ambientalistas, entre a propriedade e a proteção do meio ambiente, fato é que a relação entre política urbana e proteção ambiental se tornou mais estreita com a Constituição Federal de 1988, na medida em que a qualidade do meio ambiente passa ser também objetivo da política urbana, juntamente com a busca pelo desenvolvimento das funções sociais da cidade. (UCHOA, 2007)

José Afonso da Silva (2004, p. 46) deduz que a política urbana tem por objetivo construir e ordenar um meio ambiente urbano equilibrado e saudável, e que a qualidade de vida do homem está fundamentalmente atrelada à qualidade do meio ambiente urbano. De outro prisma, tem-se também que a ordenação dos espaços urbanos demanda adequação às normas que visam à proteção ambiental, de modo que o indivíduo possa fruir do espaço urbano com qualidade. Assim é que o art. 30, VIII da Constituição Federal, que dá competência aos Municípios para promoverem adequado ordenamento territorial, pelo planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo, se mostra envolvido com o art. 182, e os respectivos instrumentos de implementação da política urbana, disciplinados pela Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, o Estatuto da Cidade.

Do teor da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, dessume-se, de logo, que o meio ambiente surge como fator de relevância a ser considerado dentro das exigências para a ordenação da cidade. Busca o Estatuto da Cidade disciplinar políticas urbanas no intuito de promover o bem-estar coletivo e dos cidadãos, assim como o equilíbrio ambiental.

A normatização concretizadora das diretrizes traçadas pelo Estatuto da Cidade deve se adequar tanto ao *locus* quanto às feições peculiares da sociedade a que se destina, para que o planejamento resulte no efetivo desenvolvimento da cidade, ao passo em que o ambiente é preservado e as políticas urbanas sejam implementadas em prol de uma coletividade.

No ordenamento constitucional vigente, a função social da propriedade urbana pressupõe o atendimento de uma função ambiental, ainda que não tenha sido explicitada - ao contrário do Direito Lusitano, que a distingue sob a denominação de função sócio-ambiental. A idéia de abuso ou de uso anormal ou nocivo da propriedade reclama ser estudada tanto sob o prisma do Urbanismo como também do Ambientalismo.

Em se tratando de função ambiental, cuja titularidade foi outorgada ao Estado e à sociedade, Toshio Mukai (2006, p.189) acrescenta ser tal noção vinculada a um dever. Todavia, lembrando o aparente conflito residente entre os princípios constitucionais, de um lado, o direito de propriedade e, de outro, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assente na necessidade de balanceamento dos respectivos pesos, de maneira que ambos os direitos-princípios possam coexistir. É essencial que sejam ponderados os princípios e sopesados os valores e interesses de cada caso.

Quanto à função ambiental, encerra conteúdo genérico, prescrito na Constituição Federal, e conteúdo específico dado na legislação infraconstitucional. Roxana Cardoso Brasileiro Borges atenta para a dupla proteção na idéia de função ambiental da propriedade: a proteção do meio ambiente e a proteção da propriedade em si. Para Borges (1999, p. 113), "assim como há a proteção do interesse difuso, há também a proteção do interesse individual do proprietário, na medida em que, enquanto se protege o interesse da sociedade, também o proprietário, titular da função é protegido."

A exigência de uma função ambiental, inserida no Estatuto da Cidade, já se fazia prevista no Código Florestal (Lei nº 4771, de 15 de setembro de 1965), especificamente no Parágrafo único, acrescentado pela Lei nº 7.803/1989 ao art. 2º, no qual também restam designadas as áreas florestais consideradas de preservação permanente, além das previstas no art. 3º do mesmo diploma legal.

Meio ambiente e indivíduo não podem ser apartados quando, além do trato da questão fundiária, se cuida de desenvolvimento sustentável, de ordenação territorial, de controle e uso do solo urbano, visto ser essencial para o atendimento das necessidades do indivíduo a preservação de recursos naturais garantidores da vida.

A biodiversidade, o adequado aproveitamento territorial e a preocupação com a degradação ambiental, já insculpidos no Código Florestal, foram reforçados pelas diretrizes do Estatuto da Cidade em mais uma dimensão: a de que, além da propriedade urbana, a cidade também deverá cumprir uma função social. (UCHOA, 2007)

Considerando que a exploração da propriedade deve ser voltada à sustentabilidade com o fito de garantir um ambiente equilibrado não só para a atualidade mas, para as futuras gerações, é que se mostra essencial discutir a relação entre a natureza jurídica dos bens públicos afetados e a sustentabilidade, pressuposto da administração da coisa pública.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*on line*, 2006) assinala que os bens públicos se submetem a regimes jurídicos diversos dependendo da destinação do mesmo. Contudo os bens públicos, independentemente da classificação, igualmente reclamam atendimento à função social e à função ambiental. Não se olvide, no entanto, que a funcionalização da propriedade pública pressupõe o compromisso com a preservação do ambiente.

Principia Di Pietro reproduzindo a afirmação de Jambrenghi, para o qual a propriedade pública *é* função social e não *tem* função social, destacando ser tal função inerente aos bens do domínio público. Função seria então um dever para o poder público. Diante desse conceito de atribuição-obrigação deve a Administração Pública disciplinar a utilização dos bens públicos, fiscalizar essa utilização, reprimir as infrações, *tudo de modo a garantir que a mesma se faça para fins de interesse geral, ou seja, para garantir uma cidade sustentável.*(*on line,* 2006)

No tocante aos bens de uso comum do povo e os de uso especial, já afetados particularmente ao uso coletivo ou ao serviço público, e portanto, com finalidades voltadas aos interesse público, não vê a autora impedimento para a ampliação dessa função primária. Nesse sentido, a afetação

desses bens permitiria que os mesmos fossem destinados a outros usos da própria Administração ou mesmo para o uso privativo de administrados, havendo compatibilidade com o esse uso pretendido e, portanto, respeitado o fim principal a que o bem se destina.

Infirma ainda que, noutras oportunidades acadêmicas defendeu a possibilidade de múltiplos usos do bem público em razão da função que desempenham e por esse motivo *devem ser disciplinados de tal forma que permitam proporcionar o máximo de benefícios à coletividade, podendo-se desdobrar em tantas modalidades de uso quantas forem compatíveis com a destinação do bem e com a conservação do bem* (*on line*, 2006).

Para alguns seria pleonasmo afirmar que a propriedade pública não foi contemplada pela funcionalização porque os bens públicos, pela própria natureza, já estão afetados ao uso coletivo ou ao serviço público, e por isso a função social é inerente a eles. Assim, mesmo estando afetado o bem público, o uso nocivo ou abusivo deste, contrário ao interesse público primário e comprometedor dos objetivos e diretrizes traçados no Estatuto da Cidade, promovido pelo titular ou por particular autorizado, ensejador de prejuízos à coletividade, representa o descumprimento da função social prevista na Constituição de 1988, aí incluído o desatendimento à função ambiental.

Ratificando o entendimento de Silvio Rocha (2005, p.146) deve ser assinalada a possibilidade de ser o ente público forçado a realizar nos bens sob sua titularidade obras de parcelamento compulsório, edificação ou, em último caso, ter os mesmos desapropriados em razão de descumprimento da função social, assim como é aplicável aos proprietários privados.

Não se pode negar, por outro lado, que tal raciocínio poderia levar ao entendimento pela prescritibilidade de bens dominiais, além de merecer reflexão um outro aspecto: a quem caberia a interposição de desapropriação-sanção para fins de reforma urbana de bem público municipal.

A despeito de todas as questões que perpassam pela autonomia das unidades federativas e a relação harmônica e não intervencionista fundamento do pacto federativo, não há como o Estado se eximir do cumprimento da função social e ambiental quanto ao patrimônio sob seu domínio, muito embora se vislumbrem dificuldades na aplicação das sanções consignadas no Estatuto da Cidade, a exemplo da desapropriação sancionatória, até hoje inefetiva, inclusive aos particulares.

A função social e ambiental dos bens públicos não está resumida a afetação, com ela não se confunde, no entanto poderá decorrer dela, mas de toda sorte, no uso dos bens públicos, quaisquer que sejam a categoria a que pertencem, deverão ser cumpridas as exigências fundamentais de ordenação da cidade, deverá ser garantida a produtividade das terras situadas em zona rural, preservado o ambiente, o patrimônio cultural e a sustentabilidade.

Vale ser destacada uma das diretrizes gerais mais significativas para o desenvolvimento urbano elencadas no art. 2º da Lei 10.257/2001, que é a garantia do direito a cidades sustentáveis. Por tratar de objetivo abrangente, compreende os direitos relacionados à habitabilidade, ao transporte e aos serviços urbanos, ao trabalho e ao lazer: direitos fundamentais da pessoa humana. Associada à sustentabilidade da cidade, insere-se a diretriz que propõe a proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;

Com o planejamento do desenvolvimento da cidade visando ao equilíbrio social e ambiental:, a cidade deverá se desenvolver de forma racional, planejada. Deverá, portanto, ser sopesada a relação custo-benefício travada entre o progresso com seus avanços tecnológicos e possíveis danos à coletividade ou comprometimento ambiental.

Na ordenação e controle do uso do solo, com base em lei municipal de parcelamento, uso e ocupação do solo, deverá ser observada a utilização adequada do solo urbano. Propõe-se, através dessa instrução evitar usos incompatíveis ou inconvenientes à coletividade, sendo da competência do Município a ordenação e fiscalização do cumprimento das normas.

A adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano função redistributiva da política urbana com o fito de promover a correspondência dos investimentos e gastos públicos aos objetivos gerais de crescimento da cidade, onde taxas e impostos são direcionados a promoção da justiça social.

Ao assegurar o direito às cidades sustentáveis, mostrou-se o Estatuto da Cidade como importante instrumento voltado ao desenvolvimento das cidades pelo qual é priorizado o bem estar da população. Essa lei dotou os Municípios de mecanismos que permitem a execução da política de desenvolvimento urbano. (UCHOA, 2007)

Saliente-se que a Lei nº 10.257/2001, institui que a conduta do Prefeito Municipal, ou dos agentes públicos, em deixar de observar ou se desviar de alguns dispositivos do Estatuto poderá ser configurada como improbidade administrativa.

Relaciona o art. 4º do Estatuto da Cidade dentre os instrumentos a serem utilizados na implementação da política urbana os planos nacionais, regionais e estaduais e ordenação do território e de desenvolvimento urbano e social; o planejamento municipal e das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões e os estudos prévios tanto de impacto ambiental como de vizinhança.

Dos instrumentos jurídicos inovadores, destaque-se a exigência de formulação e implementação de programas, projetos urbanísticos, materializados a partir do Plano Diretor, que, devendo espelhar os anseios da sociedade, será vital para o desenvolvimento integrado da cidade. O Estatuto da Cidade obriga a implantação de um plano de desenvolvimento integrado, contudo não prevê um só modelo para as cidades; estabelece, por outro lado, o conteúdo mínimo que encerrará, posto que tal planificação deverá refletir a realidade da sociedade que o concebeu e por isso promover a ação transformadora esperada. (UCHOA, 2007)

Compõe-se o Plano Diretor do Município de diretrizes de caráter urbanístico a orientar Administradores e administrados sobre quais parâmetros que nortearão as atividades econômicas desenvolvidas na cidade, tanto no âmbito privado como no que se refere à atuação dos gestores públicos nas obras. Assim sendo, fará parte integrante do plano

diretor de desenvolvimento, leis municipais que disponham sobre parcelamento, uso e ocupação do solo, código de obras e posturas, sistema viário, legislação ambiental, dentre outras que se façam necessárias à realidade do município afetado.

A exigência de atendimento às diretrizes consubstanciadas no Estatuto da Cidade e instrumentalizadas no Plano Diretor não é exclusiva da propriedade privada. Diante da constatação que os bens que compõem a propriedade pública estão submetidos a uma função social e ambiental é de se esperar que o Poder Público, que tem o poder de fiscalizar os administrados no cumprimento de tal dever, seja o primeiro a atuar proativamente no sentido de conferir aos bens públicos destinação consentânea com a função social e ambiental.

Dissertando sobre a transmissão e o uso de bens públicos por particulares, Carvalho Filho (2010, p. 1296) aduz que a regra é a permanência dos bens em propriedade da Administração, que deverá conservá-los adequadamente para evitar sua deterioração, já que integram o domínio público. Todavia, assente que há situações em que a alienação dos bens públicos não somente pode ser conveniente para a Administração como ainda pode trazer-lhe outras vantagens.

Não se pode olvidar que a parceria da Administração Pública com a iniciativa privada pode render bons frutos à sociedade, desde que a preservação do ambiente seja uma das tônicas para a cessão de bens públicos em favor de particulares. O contrário é que não se pode admitir: o poder público facilitar a degradação ambiental, quando recebeu a titularidade de bens para preservá-los em prol da coletividade.

No caso dos imóveis recebidos pela municipalidade mediante processo de urbanização por loteamento, percebe-se frequentemente a desvirtuação de áreas verdes perpetrada pelo ente público a quem compete o dever resguardar tais áreas e assegurar qualidade de vida à comunidade que ali se instalará.

Minimizar desperdício, punir a malversação dos recursos públicos, especialmente os escassos, conceder uso adequado à vocação do bem, são apenas alguns exemplos de práticas sustentáveis, que podem assegurar um ambiente sadio tanto para as presentes como para as futuras gerações.

CONCLUSÃO

Com o advento da Constituição de 1988, o interesse da coletividade passou a ser priorizado em detrimento de interesses particulares; o direito de propriedade ganhou novos contornos, reforçando a perspectiva publicística do domínio; e, ao elevar o acesso ao instituto da propriedade à categoria de direito fundamental, o texto constitucional impôs ao titular de tal direito o dever de atendimento a uma vinculação de natureza sócio-ambiental.

O Estatuto da Cidade, ao regulamentar dispositivo constitucional, iniciou o disciplinamento dos instrumentos destinados à consecução da expansão ordenada da cidade e do planejamento urbano. Com a vigência do Novo Código Civil Brasileiro a partir de 11 de janeiro de 2003, sob o influxo dos princípios constitucionais e da tendência crescente da publicização do direito civil, tal processo completou o círculo de mudanças, ao se prescrever clara e expressamente: a propriedade deverá atender a função social.

Assim, o direito à propriedade, (compreendendo-se o uso, gozo, a disposição e a faculdade de reaver de quem injustamente a detenha), manteve-se plenamente garantido ao indivíduo enquanto a função social for satisfeita. Não se fez menção expressa se tal exigência era aplicável apenas a propriedade privada, o que leva a presumir que os bens públicos requestam funcionalização além de mera afetação ao uso ou ao serviço público.

O Estatuto da Cidade, na mesma direção da Constituição da República, ratificou a funcionalização dos bens e, apoiado em princípios e diretrizes inovadoras, prevê instrumentos jurídico-urbanísticos voltados ao desenvolvimento sustentável das cidades.

Planejamento racional, integrado e adequado à realidade de cada cidade, e consoante das diretrizes ambientais contidas no Plano Diretor, constitui não apenas uma meta a ser alcançada, mas dever do gestor público, que tanto deverá fiscalizar o cumprimento da função social e ambiental da propriedade privada como também conferir aos bens sob sua titularidade destinação conforme as normas urbanísticas e ambientais.

A sustentabilidade requer atuações mais eficientes do gestor público a fim de que o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, como bem público de uso comum do povo, seja efetivado e se torne uma realidade.

REFERÊNCIAS

ABE, Nilma de Castro. Notas sobre a inaplicabilidade da função social à propriedade pública. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n. 11 – jan./jun. São Paulo: ESDC, 2008.

ARONNE, Ricardo**. Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Função ambiental da propriedade rural**. São Paulo: LTr, 1999.

COUTINHO, José Roberto de A. **Direito Imobiliário Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 23. ed. rev., ampl. e atual., 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

DALLARI, Adilson Abreu. **Atualidades do direito urbanístico brasileiro.** Boletim de Direito Municipal, São Paulo: NDJ, v. 22, nº 7, p. 521-530, mar. 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Sistemas de registros de imóveis**. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Função social da propriedade pública.** Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, abril/maio/junho. 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 15 de jun. 2013.

FIGUEIREDO, Lúcia Vallle. **Curso de direito administrativo**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de**

1988 – interpretação e crítica. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MUKAI, Toshio. Função e inserção da variável ambiental no direito de propriedade. **Boletim de Direito Municipal – BDM**, São Paulo: NDJ, v. 22, nº. 3, p.188-198, mar. 2006.

NOGUEIRA-NETO, Paulo. **Os grandes problemas ambientais do mundo contemporâneo**. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. Disponível em: <http//*www.iea.usp.br/publicacoes/textos/nogueira_netoambientais.pdf*> Acesso em: 1 jul 2013.

PRATA, Ana. **Tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

ROCHA, Sílvio Luís F da. **Função social da propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental e constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros: 2004.

SOUZA, Paulo Roberto Ferreira de. A tutela jurisdicional do meio ambiente e seu grau de eficácia. Revista Jurídica Cesumar Mestrado. Maringá, UNICESUMAR, v.3, n. 1, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. Função social da propriedade. In: DALLARI, Adilson A.; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Temas de direito urbanístico1**. São Paulo: RT, 1987.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II.

UCHOA, Adelaide Maria Rodrigues Lopes. **A política urbana no ordenamento jurídico constitucional**: a desapropriação-sanção como instrumento do desenvolvimento das cidades. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2007.

Leis pesquisadas em sítios da Internet:

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 jun. 2013.

_____. **Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979.** Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm> Acesso em: 01 jul. 2013.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm.> Acesso em: 06 jun. 2013.

_____. **Lei Complementar nº 101**, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Quadro_Lcp.htm>. Acesso em: 06 jun. 2013.

_____. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/_Quadro-2001.htm>. Acesso em: 06 jun. 2013.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, 10 jan 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/_Quadro-2002.htm>. Acesso em: 06 jun. 2013.

O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA: UM CONTRIBUTO PARA O ATUAL DESENVOLVIMENTO DA TEORIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO BRASIL

Gabrielle Bezerra Sales[3]
Lorena da Silva Cavalcante Guedes Fernandes[4]

A inseminação artificial heteróloga é uma técnica de reprodução assistida utilizada como alternativa à infertilidade do casal desejoso de ter um filho, pois se utiliza de material genético de um terceiro, um doador anônimo. O uso dessa técnica avançada da Biomedicina traz sérias consequências no campo da moral, da ética, da religião, da sociologia, da filosofia e também do direito. O presente trabalho objetiva fazer um estudo sobre os conflitos que envolvem o casal comitente, o doador de sêmen e o concebido. Percebe-se que o direito de personalidade que protege o anonimato de doador também ampara o direito do concebido de conhecer a sua origem genética, logo o direito ao anonimato do doador entra em conflito com o direito à identidade genética do concebido, promovendo, pois, uma colisão de direitos fundamentais, que, no caso concreto, necessitam de ponderação. Mostrar-se-á como o direito da criança de conhecer sua origem genética se sobrepõe ao direito do doador ao anonimato e como a doutrina defende a paternidade socioafetiva. Tudo isso, em meio à ausência de norma específica que regule a matéria, fazendo-se uma análise teleológica e sistemática da Constituição Federal de 1988, do Código Civil de 2002, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dos princípios constitucionais de direito de família, da Resolução CFM nº 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina, do Projeto de Lei 90/99 (Substitutivo 2001), da doutrina especializada e da jurisprudência pátria. A técnica de pesquisa empregada é bibliográfica e documental. Quanto ao método de procedimento é histórico e comparativo. Quanto à orientação a pesquisa é qualitativa e quanto ao método de abordagem é indutivo.

PALAVRAS-CHAVES: Identidade genética. Inseminação artificial. Direito de personalidade.

The heterologous artificial insemination is an assisted reproduction technique used as an alternative to infertility desirous of having a son a couple, because it uses genetic material from a third party, an anonymous donor. Using this advanced technique Biomedicine has serious consequences in the field of morality, ethics, religion, sociology, philosophy, and also the law. This paper aims to make a study of the conflicts involving the principal couple, the donor semen and designed. It is noticed that the right personality that protects the anonymity of the donor also sustains the right of the unborn to know their genetic origin, then the donor's right to anonymity is in conflict with the right to genetic identity designed, promoting therefore a collision of fundamental rights , which , in this case, require consideration. Will show up as the child's right to know their genetic origin overlaps the donor's right to anonymity and how the doctrine advocates affective paternity. All this, amid the absence of a specific rule governing the matter, making it a teleological and systematic of the 1988 Federal Constitution, the Civil Code of 2002, the Statute of Children and Adolescents, the constitutional principles of family law analysis, the CFM Resolution No. 2013/2013 of the Federal Council of Medicine, the Draft Law 90/99 (Substitute 2001) , the specialized doctrine and jurisprudence homeland . The research technique employed is bibliographic and documentary. As to the method of procedure is historical and comparative. For guiding research is qualitative and in the method of approach is inductive .

KEYWORDS : Genetic Identity. Artificial insemination. Right of personality.

3 Gabrielle Bezerra Sales é advogada, graduada e mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará- UFC, doutora em Direito pela Universidade de Augsburg- Alemanha, professora e coordenadora Geral do Curso de Direito do Centro Universitário Christus- Unichristus, onde leciona a disciplina de Direitos Humanos e Fundamentais na graduação. É igualmente doutoranda no programa de doutoramento em Bioética da Universidade do Porto-Portugal. gabriellelinhares@hotmail.com

4 Lorena da Silva Cavalcante Guedes Fernandes. Graduanda do Curso de Direito da Universidade Crhristus – UNICHRISTUS. Fortaleza (CE). lorenacavalcante@ig.com.br.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO

O instituto da família evoluiu ao longo da história, constituiu-se inicialmente por base econômica[5], posteriormente religiosa[6], mas, sempre com o fim único de procriar para garantir a perpetuidade do patrimônio por meio da transmissão da herança de pai para filho.

O conceito atual de família não mais está fundamentado em questões patrimoniais ou religiosas como outrora, está, pois, relacionado em uma ideia de busca da felicidade em cada um de seus membros, sustentado pelos princípios da dignidade da pessoa humana, do livre planejamento familiar, da paternidade responsável, do melhor interesse da criança e especialmente do princípio da afetividade.[7]

O princípio da afetividade, fundado no amor, no companheirismo, nos ideais de vida em comum, entre outros, é o que hoje define uma família, sendo, pois possível o surgimento de novas modalidades de entidades familiares.[8]

Hodiernamente, o avanço da Biomedicina fez surgir inúmeras técnicas de reprodução assistida com o fim de solucionar problemas de infertilidade humana. Abordar-se-á sobretudo

5 ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado.** Tradução de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991. Segundo a teoria da concepção materialista de Marx e Engels o acúmulo de riquezas trazido pela domesticação de animais, principalmente o gado, e a escravidão, como meios de produção transformou definitivamente as relações familiares, pois essa riqueza produzida pela família um dia teria que ser transmitida aos seus descendentes. Na era primitiva imperou no seio da tribo o comércio sexual promíscuo, ou seja, àquela época, cada mulher pertencia igualmente a todos os homens e cada homem pertencia igualmente a todas as mulheres, logo os filhos eram considerados comuns, já que a paternidade era incerta. Com isso passou-se a exigir total fidelidade das mulheres a fim de ter certeza da paternidade e garantir a transmissão dos bens entre os descendentes para que os filhos de uns não se confundissem com os filhos de outros.

6 COULANGES, Fustel. A Cidade Antiga. Tradução de Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2000. A história das famílias gregas e romanas foi constituída com base em crenças religiosas, na adoração aos mortos, aos antepassados, em ideias primitivas concebidas pelo Homem sobre a sua própria natureza, a sua alma e sobre os mistérios da morte. O casamento era obrigatório com o fim de procriar. O objetivo principal não estava na união de duas pessoas mutuamente simpatizantes, mas sim na união de dois seres no mesmo culto doméstico, fazendo deles nascer um terceiro, apto para continuar esse culto e a receber a herança dos bens.

7 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

8 MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro. Forense, 2011.

a família proveniente do uso das técnicas de inseminação artificial heteróloga, por meio do uso de material genético de doador anônimo e os principais desdobramentos jurídicos dessa utilização.

Atualmente, no Brasil, existem inúmeros projetos de lei em tramitação para tratar de questões envolvendo a reprodução assistida, porém, o mais completo deles é o Projeto de Lei do Senado nº. 90 de 1999, que já recebeu dez emendas, e possui um Substitutivo de 2001. O Projeto é de autoria do ex-senador Lúcio Alcântara.

Em virtude da ausência legislativa e das demandas levantadas pelas clínicas de fertilidade de todo o país, o Conselho Federal de Medicina tratou de editar algumas resoluções a fim de suprir essa carência normativa. Cumpre esclarecer que esses documentos não possuem caráter normativo, tratando-se de recomendações.

A Resolução CFM nº 2.013/2013 estabelece em seus princípios gerais que "as técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na solução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação".[9]

Segundo a OMS- Organização Mundial de Saúde, a infertilidade conjugal é um problema de saúde pública e apenas será constatada após o período de dois anos de prática sexual regular sem uso de nenhuma forma de métodos contraconceptivos[10]. No entanto, após o primeiro ano já pode ser recomendado o uso de algumas das técnicas de reprodução assistida.

As técnicas de reprodução assistida podem ser utilizadas "desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente", em obediência ao princípio da beneficência da bioética, ou seja, deve haver uma ponderação entre os riscos e o resultado para que justifique a exposição do paciente ao tratamento, a fim de minimizar o dano e maximizar os resultados. [11]

Na hipótese de uso da técnica de inseminação heteróloga, a doação de material genético não poderá, em hipótese alguma, ter finalidade lucrativa ou comercial. Recomenda-se que cada doador poderá fecundar apenas duas crianças de sexos diferentes numa área de um milhão de habitantes, e segundo o Conselho Federal de Medicina, esse controle será realizado pelo registro de nascimento na região de localização da unidade da clínica de fertilização, a fim de evitar o incesto. [12]

Nesse caso, o sonho de exercício da parentalidade acarreta em consequências gravíssimas no campo da Ética, da Bioética, da Filosofia, da Psicologia, da Sociologia e do Direito, pois, o emprego dessa avançada técnica de biomedicina faz surgir duas formas de paternidade, uma biológica, a partir da doação de sêmen, e outra afetiva, do marido ou companheiro que consentiu com a implantação do embrião fecundado com material genético de um terceiro em sua esposa ou companheira.

O uso da técnica de inseminação artificial heteróloga, em sua complexidade, evidencia um conflito entre o direito ao anonimato do doador e o direito ao conhecimento da origem genética. Há, pois uma colisão de direitos fundamentais entre o doador de sêmen e o direito à identidade do concebido.

A doutrina e a jurisprudência pátrias se mostram favoráveis ao exercício do direito ao conhecimento da origem genética, como direito personalíssimo albergado nos artigos 5º e 226 da Constituição Federal de 1988, e também no artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA Lei nº 8069/90, além, claro, no valor supremo da dignidade humana constante no Artigo 1º, III, CF/88, como fundamento constitucional pelo qual se orienta o ordenamento jurídico brasileiro na defesa dos direitos da personalidade.

2 O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA

A identidade, segundo Bauman "só nos é revelada como algo a ser inventado, e não descoberto"[13]. Ou seja, a identidade não é algo pronto que se busca e se acha, para ele, o conceito de identidade é algo considerado fluido, em processo de transformação e que se constrói ao longo da existência do ser.

A identidade genética, dentre outros aspectos, se relaciona ao direito de saber a história da saúde de seus parentes consanguíneos para fins de preservação de alguma moléstia física ou mental, ou ainda com o objetivo de evitar o incesto.[14]

Já a identidade pessoal advém das ciências humanas, mormente da ciência da Psicologia. No domínio psicológico, a identidade pessoal se traduz a partir da singularização do eu quando posto em oposição ao outro e pela diferenciação interpessoal.[15]

Para a formação de identidade pessoal são necessárias respostas a profundas questões existenciais, tais como: Quem sou eu e quem são os outros? Qual a minha origem? Donde vim e como vim?[16]

Trata-se, desse modo, de aspecto essencial que se perfaz e se produz ao longo da trajetória individual em razão dos múltiplos laços sociais que caracterizam a vida de cada ser humano e, concomitantemente, formam a teia de significantes que o singulariza perante si e perante os outros. A identidade pode ser analisada igualmente sob a perspectiva coletiva.

A identidade pessoal é construída pelo somatório que abrange desde as informações genéticas até outras de caráter circunstancial que sejam relevantes para compor a personalidade do individuo. E, nesse sentido, quanto maior for o grau de individualização de uma sociedade mais imperiosa se torna a busca de sentido e de identidade.

Atualmente, os discursos em torno da identidade tem se tornado bastante profícuos na medida em que o esgarçamento

9 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resoluções CFM 2.013/2013. **Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em 03 set. 2013, às 15h39min.

10 http://www.saudereprodutiva.dgs.pt consulta em: 03.03.2014

11 Ibid.

12 Ibid.

13 BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**: entrevista a Benedetto Vecchi. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 21.

14 DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 583.

15 CARVALHO, Cláudia Constante. **Identidade e intimidade:** um percurso histórico dos conceitos psicológicos. 1991. 727 f. Dissertação (Mestrado) – Instituto Superior de Psicologia Aplicada, Lisboa, 1991. Disponível em: < http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/aps/v17n4/v17n4a09.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2013.

16 Ibid.

dos laços sociais tem gerado uma hipervalorização da personalidade em razão do culto à personalidade narcísica.

Daí, cumpre afirmar que o exercício mais básico dos direitos da personalidade se refere ao exercício ao direito à informação, ou seja, ao conhecimento amplo das origens, especialmente aquelas que se referem aos pais.

A Constituição Portuguesa de 1976 avançou ao reconhecer o direito à identidade como um dos direitos fundamentais, atrelando o seu pleno exercício ao direito ao conhecimento, isto é, o direito à informação sobre si próprio[17].

Ademais, não é razoável que outrem venha a deter informações sobre alguém sem que lhe seja dado o mínimo conhecimento a respeito. E o que dizer da negação de informações genéticas vez que se tornam cada dia mais cruciais em tempos de medicina preventiva?

O ser humano, de fato, é fruto da conjugalidade da sua essência e da sua existência. E ambas as categorias se completam, se tornando imprescindíveis para a percepção do todo que é sempre um peregrino em busca de novas indagações, visto que carece de respostas absolutas, sobretudo acerca daquelas que se referem ao seu âmago: a sua identidade genética.

2.1 O anonimato do doador de sêmen no Brasil

De acordo com a Resolução RDC no. 23/2011 da ANVISA-Agência de Vigilância Santária, as doações de células, tecidos e embriões devem ser sigilosas, gratuitas e precedidas da assinatura do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. Toda a informação relativa aos doadores e aos receptores do material genético deverá ser mantida no mais absoluto sigilo.[18]

Estabelecem ainda os §§ 3º e 5º do artigo 15 da Resolução nº 23/2011 da ANVISA, que, nas doações anônimas, não pode o receptor conhecer a identidade do doador e vice-versa. Porém, em casos especiais, por motivos médicos ou jurídicos, podem essas informações ser passadas unicamente ao médico que assiste o receptor, protegida a identidade civil do doador.[19]

A Resolução do CFM 2.013/2013, também recomenda o sigilo quanto à identidade civil do doador (identidade pessoal), não devendo este conhecer aquele, resguardadas as motivações médicas (identidade genética), conforme dispõe:[20]

Pode-se extrair da presente Resolução que o concebido tem direito ao conhecimento da identidade genética do doador para fins de tratamento de saúde, porém não possui direito ao conhecimento da identidade pessoal, civil do doador por lhe ser resguardado o direito ao anonimato.

O art. 8º do Projeto de Lei 90/99 estabelece como regra o sigilo das doações e os parágrafos do art. 9º as exceções que autorizam a quebra do sigilo.

As exceções ao anonimato do doador obrigam os serviços de saúde a fornecer informações sobre a identidade genética destes quando a) razões médicas necessárias à preservação da vida ou da saúde da pessoa gerada; b) ou jurídicas em casos de oposição aos impedimentos matrimoniais com o objetivo de evitar o incesto, em ambos os casos será preservada a identidade pessoal do doador.

Digno de nota é o silêncio do legislador brasileiro em se tratando de tema da mais extrema importância e atualidade, relegando para uma entidade de classe, no caso o Conselho Federal de Medicina a tarefa de regulamentar essa área. Além disso, deve ser sublinhada a falta de adequação do resguardo ao anonimato do doador com o binômio parentalidade/responsabilidade que norteou todo o pensamento constitucional no Brasil pós-1988.

2.2 Identidade genética versos anonimato do doador – uma colisão de direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais de quarta geração envolvem as pessoas ligadas ao uso das técnicas de reprodução medicamente assistidas. O direito à intimidade do doador de sêmen e o direito ao conhecimento da origem genética são, nesse sentido, direitos fundamentais de personalidade amparados constitucionalmente. [21]

O direito à intimidade que protege o anonimato do doador na inseminação artificial heteróloga está previsto no artigo 5º, X, da Constituição Federal de 1988: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação"[22]

O direito ao conhecimento da origem genética encontra fundamento no parágrafo 6º do artigo 227 da Constituição Federal de 1988, o qual assegura à criança, ao adolescente e ao jovem com absoluta prioridade, dentre outros, o direito à dignidade, ao respeito, à liberdade além de colocá-los a salvo de toda forma de discriminação relativas à filiação.[23]

A rigor, a criança gerada por meio da técnica de inseminação artificial heteróloga tem os mesmos direitos que os filhos havidos por métodos sexuais tradicionais, em especial o direito de conhecer sua origem. E, portanto, perfazer sua identidade em sentido integral.

Ademais, a Lei de adoção nº 12.010/09, prevê expressamente que o adotado tem direito de conhecer sua origem biológica após completar 18 (dezoito) anos de idade, sendo, também, deferido ao menor de 18 (dezoito) anos, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica.

Conforme demonstrado, ambos os direitos da personalidade

17 ARTIGO 33.o (Direito à identidade, ao bom nome e à intimidade) –"1. A todos é reconhecido o direito à identidade pessoal, ao bom nome e reputação e à reserva da intimidade da vida privada e familiar; 2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana, de informações relativas. às pessoas e famílias." http://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP1976.pdf. Consulta em: 03.03.2014

18 ANVISA. Resolução RDC nº 23, de 27 de maio de 2011. **ANVISA.** Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/d3f-7c4804986e29a8e51ff4ed75891ae/RDC_23_2011.pdf?MOD=AJPE-RES>. Acesso em: 02 out. 2013, às 15h 43min.

19 Ibid.

20 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resoluções CFM 2.013/2013. **Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 03 set. 2013, às 15h 39min.

21 CÂNDIDO, Nathalie Carvalho. O direito ao conhecimento da origem genética e as técnicas de reprodução medicamente assistida heteróloga. **Revista Opinião Jurídica,** Fortaleza, ano 8, n. 12, 220-239, 2010.

22 Ibid.

23 Ibid.

encontram-se constitucionalmente amparos, tanto o do doador em se manter anônimo, quanto ao concebido em conhecer a sua origem genética. Assim sendo, clara é a colisão.

A colisão de direitos fundamentais decorre da natureza principiológica desses direitos. Como se sabe, os princípios, ao contrário das regras, não emitem comandos definitivos na base do tudo ou nada, mas sim estabelecem diversas obrigações tais como dever de respeito, proteção e promoção, não são, pois absolutos. A depender do caso concreto necessitam ser ponderados.[24] Trata-se de mandados de otimização de forma que sua aplicação é condicionada à forma de se garantir a sua mais ampla afirmação.

Assim como os princípios, os direitos fundamentais possuem alto teor axiológico, destinados a manter a vida humana dentro dos valores da liberdade e dignidade e servindo de alicerce ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, dessa forma, em caso de conflito, não podem ser objeto de exclusão, assim como se procede com as regras, mas, devem ser aplicadas as mesmas formas de solução de conflito dos princípios.[25]

Segundo Ferrajoli,

> "Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidade de obrar; entendendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas."[26]

O principio da dignidade da pessoa humana se notabiliza pela centralidade em relação à teoria dos direitos fundamentais, notadamente como fiel da balança ou como ponto de equilíbrio para o exercício da ponderação. Ele se expressa tanto na esfera pública quanto na esfera privada, daí a sua influência igualmente em relação aos direitos da personalidade.

2.3 O direito ao conhecimento da origem genética do concebido por inseminação artificial heteróloga no Brasil

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso IX, estabelece a liberdade da atividade científica como um dos direitos fundamentais: "IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença". [27]

Os avanços científicos trazem consigo casos polêmicos e de difícil solução, pois, via de regra, não há norma jurídica pré-estabelecida com respostas adequadas e que abram caminhos satisfatórios para a tomada de decisão.

Porém, o Direito não pode deixar de acompanhar esses desafios descortinados pela Biomedicina, nem deixar de oferecer soluções aos conflitos atuais, reafirmando-se que a aplicação deve ser de acordo com as dimensões éticas e jurídicas da sociedade.[28]

Quanto às múltiplas técnicas de reprodução assistida destaca-se a inseminação artificial, que, por sua vez, se divide em: inseminação homóloga e inseminação heteróloga.

A inseminação artificial homóloga ocorre quando o material genético pertence ao casal desejoso de ter o filho, ou seja, quando realizada na esposa ou companheira com sêmen do marido ou companheiro, em vida ou após a morte (AIH – Artificial Insemination by Husband). Nesses casos não há conflito, pois o material genético empregado pertence ao casal.[29]

Já na inseminação artificial heteróloga, o material genético é fornecido por um (a) doador (a), estranho (a) à relação do casal, ou seja, a fecundação é realizada por meio do sêmen de terceiro e óvulo da esposa, sêmen do marido e óvulo de outra mulher, sêmen e óvulo de estranhos, podendo ainda ser implantado em útero de terceira etc. O uso da técnica é permitido em mulheres casadas ou conviventes, mulheres solteiras e em casais homoafetivos femininos (AID – Artificial Insemination by Donor).[30]

O Código Civil brasileiro de 2002, no capítulo dedicado à filiação, estabelece as hipóteses em que os filhos serão presumidamente considerados, entre estas os havidos por meio do uso das técnicas de reprodução assistida, conforme dispõem os incisos III a V do artigo 1.597.

Abordar-se-á os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, constante do inciso V do artigo 1.597 do Código Civil de 2002: "presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido".

Ocorre a inseminação artificial heteróloga por meio da utilização de sêmen de outro homem, um doador anônimo, para a fecundação do óvulo da mulher, exigindo previamente autorização do marido, que somente poderá ser revogada até o momento da inseminação, após a implantação do embrião não mais poderá o marido ou companheiro desconhecer a paternidade do filho.[31]

Diniz entende que a presunção do artigo 1.597, V, visa a "instaurar a vontade procriacional no marido como um meio de impedi-lo de desconhecer a paternidade do filho voluntariamente assumido ao autorizar a inseminação

24 MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** 2. ed. São Paulo: Atlas. 2009, p. 369.

25 Ibid.

26 FERRAJOLI, Luigi; BACCELLI, Luca; BOVERO, Michelangelo; GUASTINI, Riccardo; JORI, Maria; PINTORE, Anna; VITALE, Ermanno; ZOLO, Danilo. **Los fundamentos de los derechos funtamentales**. 4. ed. Madrid: Trotta. 2009, p. 19.

27 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 17 ago. 2013, às 19h41min.

28 O texto da LICC- Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro aduz, em seus artigos 4 e 5, que: "Art. 4o Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito; Art. 5o Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum." http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm Consulta em: 03.03.2014

29 DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

30 Ibid.

31 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 328, v.6.

heteróloga de sua mulher."[32] E ainda considera "torpe, imoral, injusta e antijurídica a permissão para o marido que, consciente e voluntariamente, tendo consentido com a inseminação artificial com esperma de terceiro, negasse, posteriormente, a paternidade."[33]

E ainda, citando Gama, compreende ser a presunção *juris et de jure*, assim, "não será possível admitir, juridicamente, a impugnação da paternidade para aquele que anuiu no projeto de reprodução assistida heteróloga, observando-se o princípio da paternidade responsável (CF, art. 226, § 7º)"[34]

Por outro lado, não há como negar ao concebido o direito de, no futuro, propor ação investigatória de paternidade para a identificação do pai biológico. [35] Eis que surge o conflito.

Atualmente, nos países que resguardam o anonimato do doador, não é incomum a judicialização desse conflito. Jovens gerados por doação anônima de óvulos e sêmens, iniciam movimento pelo direito de conhecer seus pais biológicos, segundo reportagem trazida pela revista Isto É.[36]

A motivação para o conhecimento da origem genética, segundo essa reportagem, vai além de mera curiosidade, pois, conhecendo a identidade pessoal do doador, compreender-se-á melhor a sua própria identidade. "Não sei qual a influência do meu pai biológico sobre quem eu sou, mas não poder conhecê-lo significa nunca responder a essa dúvida", relata Olívia.[37]

Questionamentos como estes reforçam o entendimento de que a identidade pessoal é uma necessidade psicológica de conhecer a si mesmo a partir do conhecimento de sua história, de seus antepassados. E qualquer alijamento de informações nesse sentido é incontestável violação aos direitos da personalidade, sobretudo ao direito à identidade.

Olívia Pratten, exemplarmente, criou um site que reúne histórias de vários jovens que se encontram na mesma situação. Eles defendem, entre outros direitos, a proibição do anonimato do doador, e que estes sejam comunicados de cada gestação oriunda de seus gametas, e ainda que sejam legalmente protegidos contra quaisquer ações de reconhecimento de paternidade que visem unicamente fins econômicos, tais como alimentos e herança.[38]

Note-se que essas pessoas não estão buscando conhecer a identidade genética para fins de tratamento médico, cura de doenças hereditariamente transmissíveis, também não estão interessadas em pedidos de pensão alimentícia ou outros deveres inerentes à filiação, estão buscando conhecer a si próprios, a identidade pessoal.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há aproximadamente quatro décadas, por ocasião do nascimento do primeiro bebê de proveta, o mundo contemporâneo tem sido confrontado com múltiplas possibilidades de uso da biotecnologia que até então eram considerados apenas como tema de ficção científica.

O uso da biotecnologia na área da reprodução humana pode ser considerado como uma das mais sérias revoluções para a Humanidade, na medida em que alterou o próprio modo como o ser humano se reconhece e se (re)significa. Trata-se de uma nova nervura no tecido social, ético, moral e, especialmente, jurídico.

Evidenciou-se, com isso, o atual despreparo da Humanidade para o oferecimento de soluções apropriadas aos conflitos advindos do uso das técnicas e, concomitantemente, a perplexidade derivada dos sentimentos que atravessam a via entre o fascínio e a repulsa face às possibilidades futuras de emprego da biotecnologia.

Controversos são os posicionamentos doutrinários no Brasil, particularmente no que tange à delimitação do alcance do direito à identidade após a sua atualização advinda com a biotecnologia.

Aguiar defende a preservação do anonimato do doador por compreender que o vínculo de parentesco se fixa a partir do consentimento emitido pelo marido ou companheiro no momento em que concordou com a utilização do método da inseminação artificial heteróloga.[39]

Compreende ser direito de personalidade do concebido, alcançada a maioridade civil, obter informações sobre a identidade genética do doador, porém com o fim último de preservação de sua integridade física e mental, de direito à saúde em casos de doenças ligadas aos genes, mantido de toda forma o anonimato do doador, sua identidade pessoal, afastando qualquer vínculo afetivo por entender que pai é o comitente, não o doador.[40]

Diniz mostra-se contra a utilização indiscriminada das técnicas de reprodução medicamente assistida. Questiona se, diante de tantos problemas éticos, sociais, morais, jurídicos, religiosos, filosóficos que cercam a reprodução assistida, não seria mais prudente permitir apenas o uso da inseminação artificial homóloga "em mulher casada ou que viva em união estável, desde que se use o material fertilizante de marido ou companheiro uma só vez e desde que não haja risco para a saúde da mãe e à do filho".[41]

Dias defende o direito de personalidade de buscar conhecer sua "genealogia, suas raízes, suas origens, seus antepassados". Porém, defende que tal possibilidade investigatória não subtrai a supremacia da filiação socioafetiva, que deverá ser sempre

32 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 465, v. 5.

33 Ibid.

34 Ibid., p. 465.

35 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 336.

36 COSTA, Rachel. Elas querem saber quem são seus pais. **Revista Isto É.** Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/paginar/129046_ELAS+QUEREM+SABER+QUEM+SAO+SEUS+PAIS/4> Acesso: 16 de out. 2013, às 15h 16 min. Olivia Pratten, canadense de 28 anos e Alana S., americana de 24 anos, ambas nasceram por meio da técnica de reprodução assistida heteróloga. No caso de Olívia, seu pai era infértil, e no de Alana, sua mãe quis ter um filho mesmo sem ter marido, produção independente. Hoje, as duas querem saber quem são os seus pais biológicos e lutam na justiça pelo direito ao conhecimento da origem genética.

37 Ibid.

38 Ibid.

39 AGUIAR, Monica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.161.

40 Ibid. p. 163

41 DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 609.

valorizada pelos magistrados. [42] Teria o concebido direito de conhecer suas origens, inclusive a identidade pessoal do doador. Porém, a paternidade socioafetiva não se desfaz.

Na inseminação artificial heteróloga, a paternidade socioafetiva se sobrepõe à paternidade biológica, dispõe Nader.[43] Para referido autor, o direito ao conhecimento da identidade genética não se confunde com o direito à filiação.

No mesmo sentido, Gagliano e Pamplona Filho[44] defendem que a paternidade é uma situação, e que o direito de conhecer a origem genética, é outra. Esses direitos não se confundem, segundo eles, e defendem o direito do concebido à identidade genética. Já para Venosa compreende legítimo o direito do filho à identidade genética. [45]

Os tribunais brasileiros, por seu lado, ainda não julgaram casos de investigação de paternidade fundado em filiação proveniente do uso das técnicas de reprodução assistida do tipo inseminação artificial heteróloga, pois a técnica é considerada relativamente nova. Porém, é uma questão de tempo, pois basta que o primeiro caso surja para se iniciar o surgimento de precedentes.

Importa destacar que a judicialização desse tipo de conflito é radicalmente atual em países como o Canadá e os EUA, sendo bastante plausível que se torne comum e frequente no Brasil na medida em que os chamados filhos da era da reprodução assistida atinjam a maioridade.

Frise-se que, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em recente julgado da ministra relatora Nancy Andrigui, decidiu que a paternidade socioafetiva não impede o conhecimento da origem genética.[46]

De acordo com o julgado, para conceder o direito à investigação da origem genética, mesmo possuindo vínculo afetivo já estabelecido, a ministra levou em consideração que o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, cumulado com o valor supremo da dignidade da pessoa humana.

No mesmo sentido foi o entendimento de Luiz Felipe Santos, relator do julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), ao reconhecer o direito à origem genética fundado no artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente Lei nº 8.069/90, o qual estabelece: "O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça." [47]

A decisão divulgada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 10 de outubro de 2013, na qual a ministra Nancy Andrigui declarou que a "existência de vínculo socioafetivo com pai registral não pode impedir o reconhecimento da paternidade biológica, com suas consequências de cunho patrimonial".[48]

O entendimento foi da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em que a filha registrada pelo marido de sua mãe ajuizou ação de investigação de paternidade pretendendo o reconhecimento biológico, a alteração do nome e a inclusão como herdeira no inventário do pai biológico. O número desse processo não foi divulgado em razão de sigilo judicial. [49]

Inconteste é, contudo, a necessidade de tutelar integralmente o ente mais vulnerabilizado depreendida do texto da partir da Constituição Federal de 1988. E, assim, fácil é reconhecer no ser humano concebido de técnicas reprodutivas que veio a sofrer o alijamento de suas informações primordiais, a condição de vulnerável.

De fato, a vulnerabilização é de natureza cruel em razão de atingir seu âmago, vez que impede o pleno desenvolvimento de sua personalidade na medida em que impede a formação de uma percepção real e completa de sua identidade.

Embora sempre se depare com resposta lacunosa, a indagação acerca da identidade é *leit motiv* da vida humana, impulsionando-o a prosseguir em sua travessia. Desse modo, se trata de indagação que sofreu extrema atualização com o advento das técnicas reprodutivas e, ao mesmo tempo, com a ideia de saúde preventiva. O enigma da esfinge do "conhece a ti mesmo" passou a ser conjugado com a ideologia da medicalização da vida humana e, assim, passou a exigir novos palpites e a lançar novos anátemas para a Humanidade.

O Vaticano, atestando a incapacidade do conhecimento religioso de responder a essas novas perguntas, em 1987, divulgou o documento "Instruções sobre o respeito à vida humana nascente e a dignidade da procriação. Respostas a algumas questões atuais", tratando dentre outros assuntos do respeito aos embriões humanos e da fecundação artificial homóloga e heteróloga. [50]

A Igreja católica, nesse sentido, se manifesta contrária, do ponto de vista moral, à fecundação homóloga e também desaprova a inseminação artificial heteróloga "[...] é moralmente ilícita a fecundação de uma mulher casada com o esperma de um doador que não seja seu marido [...]", por

42 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 364.

43 NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: direito de família. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 5., p. 283.

44 GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Curso de direito civil**: direito de família - as famílias em perspectiva constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 6., p. 643.

45 VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 6., p. 244.

46 STJ, Resp 1401719/MG, Rel. Ministra Nancy Andrigui, 3.T., julgado em 08.10.2013, DJe de 15.10.2013. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=origem+gen%E9tica&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 28 out. 2013.

47 TJRS, Apelação Cível 70052751625/RS, Desembargador Luiz Felipe Santos, 8. T. julgado em 18.04.2013, DJ de 23.04.2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=origem+gen%E9tica&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>. Acesso em: 28 out. 2013.

48 STJ. Publicação. **STJ.** Disponível em: < http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=111773>. Acesso em: 28 de out. 2013.

49 STJ. Publicação. **STJ.** Disponível em: < http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=111773>. Acesso em: 28 de out. 2013.

50 BARCHIFONTINE, Christian de Paul de; PESSINI, Leocir. **Problemas atuais de bioética.** São Paulo: Edições Loyola, 1991, p. 156.

ser contrária à unidade do matrimônio e à dignidade dos cônjuges.[51]

Trata-se de indagações cuja complexidade escapam das limitações da mirada do Homem contemporâneo, devendo serem enfrentadas transitoriamente tendo como base a responsabilidade pela garantia da maior e da melhor tutela possível ao concebido. Trasitoriamente, pois devem ser compreendidas como esboços de soluções. E, tão logo, se renuncie à presunção de criar respostas absolutas, surgem frestas de entendimento entre as diversas concepções que radicalizam em suas propostas.[52]

E, em razão da sua complexidade, somente poderão ser respondidas de forma plural, pautando-se pela extrema busca por novos caminhos de integração de todos os que se encontram sob a égide da intolerância e da falta de cuidado.

O Estado, com isso, assume outras medidas de responsabilização, cabendo a ele tutelar e, simultaneamente, responsabilizar aos seres humanos que utilizam a biotecnologia no intuito de garantir cada vez mais e melhor a aplicação dos direitos fundamentais tendo como suporte irrenunciável a garantia da dignidade de cada ser humano. O âmbito dos direitos da personalidade é o *locus* em que o direito privado deve se vergar ao direito público, vez que nele se presentifica a necessária mudança de perspectivação das categorias tradicionais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ANVISA. Resolução RDC nº 23, de 27 de maio de 2011. **ANVISA.** Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/d3f7c4804986e29a8e51ff4ed75891ae/RDC_23_2011.pdf?MOB=AJPERES>. Acesso em: 02 out. 2013, às 15h 43min.

BARCHIFONTINE, Christian de Paul de; PESSINI, Leocir. **Problemas atuais de bioética.** São Paulo: Edições Loyola, 1991.

BAUMAN, Zigmunt. **Identidade:** entrevista a Benedetto Vechi. Trad. Carlos Alberto Madeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei** nº 90/1999. Dispõe sobre a Reprodução Assistida. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=1304>. Acesso em: 1 nov. 2013.

CÂNDIDO, Nathalie Carvalho. O direito ao conhecimento da origem genética e as técnicas de reprodução medicamente assistida heteróloga. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 8, n. 12, 220-239, 2010.

CARVALHO, Cláudia Constante. **Identidade e intimidade:** um percurso histórico dos conceitos psicológicos. 1991. 727 f. Dissertação (Mestrado) – Instituto Superior de Psicologia Aplicada, Lisboa, 1991. Disponível em: < http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/aps/v17n4/v17n4a09.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resoluções CFM 2.013/2.013. **Conselho Federal de Medicina.** Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 03 set. 2013, às 15h 39min,

COSTA, Rachel. Elas querem saber quem são seus pais. **Revista Isto É.** Disponível em:<http://www.istoe.com.br/reportagens/paginar/129046_ELAS+QUEREM+SABER+QUEM+SAO+SEUS+PAIS/4>. Acesso em: 16 out. 2013, às 15h 16min.

COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga.** Tradução de Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

_____, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado.** Tradução de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991.

FERRAJOLI, Luigi; BACCELLI, Luca; BOVERO, Michelangelo; GUASTINI, Riccardo; JORI, Maria; PINTORE, Anna; VITALE, Ermanno; ZOLO, Danilo. **Los fundamentos de los derechos funtamentales**. 4. ed. Madrid: Trotta. 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Curso de direito civil:** direito de família. 13. ed. São Paulo: saraiva, 2013, v.6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito de família. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MALMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil***:* direito de família. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 5.

_____. **Resoluções CFM 2.013/2013**. Disponível em: < http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013pdf.>. Acesso em: 03 set. 2013, às 15h 39min.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 6.

51 Ibid. p. 157.

52 Vale ressaltar a imensa contribuição da Bioética para o aprofundamento da teoria dos direitos fundamentais e da personalidade.

O TRÁFICO DE MULHERES PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL NO ESTADO DO CEARÁ

Vanessa Gonçalves Melo[53]

Sumário 1. Introdução 2. Argumentação: Do tráfico de mulheres para fins de exploração sexual no Ceará - legislação e programa estadual de enfrentamento à exploração 3. Contra argumentação: O aumento do número de vítimas e a infração à dignidade do ser humano 4. Considerações Finais 5. Referência.

53 Advogada. Estudante do curso de Doutorado em Direito Civil na Universidade de Buenos Aires (UBA); Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual (UECE); Professora da graduação e pós-graduação da disciplina de Direito Processual Civil da UNICHRISTUS. E-mail: melo_vg@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

O tráfico de pessoas, para as mais variadas finalidades, apresenta-se atualmente, como um dos crimes mais lucrativos do mundo. Segundo informações contidas no site do Conselho Nacional de Justiça, a ONU informou que o tráfico de pessoas movimenta, anualmente, 32 (trinta e dois) bilhões de dólares em todo o mundo, dos quais 85% provêm da exploração sexual[54]. Apenas na Europa, estima-se que o tráfico de pessoas movimenta 2,5 bilhões de euros todos os anos. Segundo relatório do Sistema Nacional de Estatísticas de Segurança Pública e Justiça Criminal (SINESPJC), entre 2006 e 2011, houve 1.735 vítimas de tráfico interno de pessoas para fins de exploração sexual[55]. No mundo todo, no período entre 2007 e 2010, 55 mil pessoas foram traficadas e 75% dessas vítimas são mulheres ou meninas. Segundo relatório do UNODC (Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime), 58% das pessoas traficadas são submetidas à exploração sexual[56].

Não há país livre do tráfico de pessoas, há vítimas em todos os continentes, especialmente dos países com dificuldades econômicas e sociais. O presente artigo objetiva realizar uma breve análise sociológica acerca do tráfico de mulheres para fins de exploração sexual no estado do Ceará.

Tal estudo não objetiva esgotar o tema, tendo em vista o seu grau de complexidade; contudo, justifica-se na violenta e inaceitável violação aos direitos humanos em si considerados, sobretudo à dignidade humana, e na vergonhosa realidade retratada pelo crescente número de vítimas.

Assim, na tentativa de melhor abordar a matéria se dividirá o presente estudo na seguinte estrutura: inicialmente será abordado o tema no âmbito nacional, verificando-se a legislação brasileira que objetiva coibir o tráfico de mulheres para fins de exploração sexual, e, no estado do Ceará, fazendo-se referência à pesquisa de campo realizada no Núcleo de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, para, em seguida, na perspectiva do tráfico em si, relatar resumidamente os aspectos sociais que envolvem o tema, referente ao perfil dos agenciadores e das vítimas e na apuração do aumento do número de vítimas e da infração aos direitos humanos, o que se faz questionar acerca da eficácia das medidas de prevenção, coibição e punição dos envolvidos. É o que se passa a analisar.

54 Disponível em: http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/cidadania-direito-de-todos/trafico-de-pessoas. Acesso em: out./2013.

55 Disponível em: http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={-02FA3701-A87E-4435-BA6D-1990C97194FE}&BrowserType=-IE&LangID=pt-br&params=itemID%3D%7B972FBB58%2DF426%-2D4450%2DA8D4%2D1F4264D8A039%7D%3B&UIPartUID=%7B-2218FAF9%2D5230%2D431C%2DA9E3%2DE780D3E67DFE%7D. Acesso em: out./2013.

56 Informações colhidas em material publicitário entregue na entrevista realizada no NETP – Núcleo de Enfrentamento ao tráfico de pessoas, realizada em 24/10/2013.

2. ARGUMENTAÇÃO: DO TRÁFICO DE MULHERES PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL NO CEARÁ – LEGISLAÇÃO E PROGRAMA GOVERNAMENTAL DE ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO PARA FINS EXPLORAÇÃO SEXUAL.

Embora de difícil conceituação, a expressão "tráfico de pessoas" consta no Protocolo Adicional das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças, conhecido como Protocolo de Palermo, ratificado pelo Brasil (2003) e promulgado através do Decreto de nº 5.017/2004, nos seguintes termos:

> A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração.[57]

Há tráfico de pessoas, portanto,

> [...] quando a vítima é retirada de seu ambiente, de sua cidade e até de seu país e fica com a mobilidade reduzida, sem liberdade de sair da situação de exploração sexual ou laboral ou do confinamento para remoção de órgãos ou tecidos. A mobilidade reduzida caracteriza-se por ameaças à pessoa ou aos familiares ou pela retenção de seus documentos, entre outras formas de violência que mantenham a vítima junto ao traficante ou à rede criminosa.[58]

57 BRASIL. Decreto n. 5.017/2004. **Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm. Acesso em: out. 2013.

58 Disponível em: http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/cidadania-direito-de-todos/trafico-de-pessoas. Acesso em: out./2013

Dessa feita, são elementos configuradores do tráfico de pessoas: o ato (ação de captar, transportar, deslocar, acolher ou receber pessoas usadas para exploração), os meios empregados para prática (ameaça ou uso da força, coação, rapto, fraude, ardil, abuso de poder ou de uma situação de vulnerabilidade, ou a concessão de benefícios pagos em troca do controle da vida da vítima) e o objetivo (para fins de exploração, que inclui prostituição, exploração sexual, trabalhos forçados, escravidão, retirada de órgãos e práticas semelhantes)[59].

O aliciamento de pessoas para fins de exploração sexual possui fases definidas, conforme menciona Andréia Costa:

> [...] O aliciamento é um processo que apresenta as seguintes fases; a aproximação do traficante com a vítima; o entrosamento vítima/aliciador, que, muitas vezes gera uma falsa relação de confiança entre os dois; apresentação da proposta; preparativos para a viagem, incluindo a organização de documentos e a compra de passagens pelo traficante; a viagem; a apresentação dos documentos de identificação da vítima ao chegar ao destino sonhado; a apresentação da realidade, sendo apontado o trabalho a ser desenvolvido e suas condições, bem como a dívida cumulada desde a saída de sua terra natal.[60]

É possível, ainda, definir o perfil das vítimas (em sua maioria mulheres adultas – de 18 a 31 anos – solteiras, com baixo nível de escolaridade) e dos aliciadores, que costumam ser pessoas associadas ao tráfico de armas e drogas, maiores de 30 anos, de nível médio ou superior. Quanto ao sexo, normalmente quando há mais de uma vítima, o aliciador é homem e recruta mulheres que já trabalham com a prostituição, mas pode ser mulher também quando é só uma vítima a ser aliciada, por possuir muita credibilidade[61].

O tráfico de mulheres para fins de exploração sexual é uma realidade no estado do Ceará, e se mostra uma modalidade criminosa alarmante tendo em vista o alto índice de vítimas, sua complexidade e a direta e inaceitável violação aos direitos humanos em si considerados, sobretudo à dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito.

A legislação brasileira busca tipificar e punir diversos crimes sexuais, dentre eles o tráfico humano. O Código Penal Brasileiro reprime os crimes contra a dignidade sexual em dois capítulos: o primeiro trata dos crimes contra a liberdade sexual (arts. 213 a 216-A), e o segundo trata dos crimes sexuais contra vulneráveis (arts. 217-A a 218-B)[62]. O Estatuto da Criança e do Adolescente[63] prevê diversos tipos de crimes e suas respectivas punições para casos de abuso e de exploração sexual de menores, tais como os constantes nos arts. 240 a 214-E.

No que se refere à previsão legislativa pertinente ao tráfico, em 2004, o Brasil ratificou o Protocolo de Palermo e, posteriormente, o Código Penal brasileiro foi alterado pela Lei nº 12.015/2009 tratando, em seu capítulo quinto, do tráfico de pessoas para fins de prostituição ou outra forma de exploração sexual, em seus art. 227 a 231-A, incluindo o tráfico internacional e interno de pessoas.

O tráfico internacional se caracteriza pela promoção ou facilitação da entrada no território nacional de pessoas que venha exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém para exercê-la no estrangeiro (Art. 231). Já o tráfico interno se caracteriza pela promoção ou facilitação de deslocamento de pessoas dentro do território nacional para o exercício de prostituição ou outra forma de exploração sexual (art. 231-A)[64].

No Brasil, durante os anos de 2005 a 2011, foram investigadas 514 denúncias de tráfico de pessoas, dos quais 157 são de tráfico internacional e 13 de tráfico interno, modalidade em que o índice de denúncia é conhecidamente muito mais baixo[65].

O estado do Ceará é notoriamente conhecido como destino de turismo sexual, ou seja, diversos turistas nacionais e internacionais planejam suas férias incluindo no roteiro o sexo, somado às belezas naturais da região, amplamente divulgadas. O turismo sexual cearense se desenvolve, principalmente, na cidade de Fortaleza, na orla marítima, em boates, bares, prostíbulos e praias locais. Contudo, também pode ser verificado nas cidades do interior do estado (Quixadá, Crateús, dentre outras) e nas praias mais distantes (Canoa Quebrada, Jericoacoara, Cumbuco, Taíba, dentre outras). Há ainda, outros fatores que influenciam a prática de exploração sexual no estado do Ceará, dentre os quais a larga existência de locais de prática de prostituição e a preferência de pessoas em se envolver com estrangeiros. Sobre o tema, Andréia Costa[66] afirma:

> A prostituição no Ceará apresenta duas dinâmicas diferentes: a que é realizada no interior e a que ocorre na capital. Na prostituição exercida no interior do estado, os clientes, em geral, são pessoas nativas do local, de municípios vizinhos ou da própria capital. As pessoas que fazem da prostituição o seu meio de vida podem ou não residir no município. Geralmente, verifica-se que as mesmas ou são provenientes de outros municípios do estado ou, muitas vezes, são oriundas de outros estados. Os bares e as casas de massagem são os locais escolhidos para atrair clientes. Vale acrescentar que as prostitutas que atuam no interior do estado não têm preferência por cliente, sendo irrelevante a nacionalidade dos mesmos.
>
> Na capital, por outro lado, a prostituição se desenvolve

59 Ibid.

60 COSTA. Andréia da Silva. Aspectos Gerais do Tráfico de Pessoas. In. LOPES, Ana Maria D´Ávila. [at. Al] (org). **Gênero e Tráfico de Mulheres**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013, p. 52.

61 DIÓGENES. Thanara Rocha. Diagnóstico do problema do tráfico no Brasil. In. LOPES, Ana Maria D´Ávila. [at. Al] (org**). Gênero e Tráfico de Mulheres**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013, p.71-73.

62 Código Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em outubro/2013.

63 Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em outubro/2013

64 Código Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em outubro/2013.

65 Informações colhidas em material publicitário entregue na entrevista realizada, em 24/10/2013, no NETP – Núcleo de Enfrentamento ao tráfico de pessoas do Estado do Ceará, vinculado à Secretaria de Justiça e Cidadania do Estado do Ceará.

66 COSTA. Andréia da Silva. **O tráfico de mulheres: o caso do tráfico interno de mulheres para fins de exploração sexual no estado do Ceará**. Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza. Aprovação em 12/03/2008. p. 152/153. Disponível em http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp069397.pdf. Acesso em outubro de 2013.

> de acordo com o local que é praticada: no centro, bairros periféricos da cidade e no entorno de rodovias estaduais e federais, os clientes são pessoas locais; na Beira Mar, na Praia de Iracema, e nas casas de massagem locais, os clientes podem ser tanto locais, nacionais e estrangeiros. No primeiro caso, os trabalhadores sexuais pertencem à classe baixa; no segundo, integram as classes baixa e média. Com relação à exploração sexual comercial de crianças e adolescentes, entretanto, esta pode ser encontrada nos dois cenários.
>
> Quanto às pessoas que se prostituem em Fortaleza, outro ponto curioso e que merece ser analisado é que há aquelas, em sua maioria mulheres, que admitem só terem interesse em se relacionar com estrangeiros. Esse grupo é formado por indivíduos pertencentes às classes sociais, inclusive a alta, que apresentam diferentes motivos para justificar este comportamento. As razões vão desde o desejo migrar pelo casamento, esperando melhorar de vida em outro país, até o prazer em ganhar dinheiro fazendo sexo, dentre outras.

Aliado ao turismo sexual e à pobreza da população, o estado do Ceará é considerado, atualmente, um dos estados que mais alimenta o mercado de tráfico de pessoas no Brasil, desenvolvido interna e internacionalmente. O NETP – Núcleo de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas diagnostica como principais destinos internos as cidades de São Paulo, Rio de Janeiro e Goiás e como principais destinos internacionais os países da Europa, dentre os quais Holanda, Itália, Espanha e Portugal, comprovando a rota de tráfico internacional entre Fortaleza e a Europa[67].

Segundo a Dra. Lívia Xerez, das mulheres vítimas deste tráfico, muitas sequer se sentem vítimas, e vêm os aliciadores como agentes que intermediam seu trabalho por terem acesso aos clientes, razão pela qual "merecem" receber por este trabalho. Há, ainda, as que exercem a prostituição e assumem serem sabedoras de que estão sendo levadas para se prostituírem em outros estados ou mesmo no exterior. Contudo, acreditam que lá vão trabalhar no mesmo ofício que já trabalham aqui, só que ganhando melhor, ou mesmo "em euro", o que possibilitará uma melhor qualidade de vida e, ainda, a possibilidade de juntar um dinheiro que ajude a família ou possibilite deixar "essa vida", ou, ainda, a possibilidade de casamento ou de exercício de outro emprego. Algumas, contudo, são enganadas com a proposta de outros empregos, ou com proposta de casamento feita pelos próprios "namorados" estrangeiros, mas que, ao desembarcarem em seus destinos, presenciam outra realidade, pois têm seus passaportes confiscados e uma dívida com a viagem que são obrigadas a pagar com os programas sexuais.

Em pesquisa de campo no NETP foi relatado, resumidamente, um caso típico de tráfico internacional, sendo preservado o nome da vítima:

> A jovem cearense, de 22 anos, mãe de um garoto de 3 anos, viajou para a Holanda a convite de um cidadão holandês, que conheceu por meio de um site de relacionamento, na expectativa de vivenciar um romance. No dia da sua chegada foi forçada a se prostituir. Passou 2 meses privada de liberdade. Teve uma fuga e foi resgatada por policiais no apartamento do aliciador. Posteriormente passou 8 meses sob tutela do estado holandês recebendo ajuda psicológica, psiquiátrica (decorrente do transtorno de pânico) e jurídica. Retornou para o Brasil em janeiro 2013 com a ajuda da OIM – Organização Internacional para Migrações.

Constata-se, portanto, que, na prática, o tráfico de mulheres para fins de exploração sexual ocorre da forma já conhecida e relatada nas pesquisas, doutrinas e notícias acerca do assunto; o que, ao menos formalmente, deveria facilitar o seu combate. Contudo, não é o que de fato ocorre.

3. CONTRA-ARGUMENTAÇÃO: O AUMENTO DO NÚMERO DE VÍTIMAS E A INFRAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS (DIGNIDADE DO SER HUMANO)

O estado do Ceará, atualmente, ocupa o segundo lugar em número de denúncias de tráfico (cinco), perdendo apenas para o Rio de Janeiro (seis). Das 40 denúncias recebidas pelo disque 180[68], no ano de 2012, 12,5% eram originárias do Ceará. Segundo informações do NETP, as denúncias vêm aumentando a cada ano. Em 2011, foram seis (5 de tráfico internacional e 1 de tráfico interno), em 2012 este número dobrou, foram 12 denúncias (seis de tráfico internacional e seis de tráfico interno). Contudo, não há um mapeamento com perfil, localidade, renda, o que dificulta a aplicação de políticas públicas.[69]

O que se constata, tristemente, é que em detrimento de todas as previsões legais que buscam coibir o crime de tráfico, notadamente para fins de exploração sexual, bem como as medidas adotadas no Brasil e no próprio estado do Ceará, através da implantação de programas de prevenção do tráfico, como o desenvolvido pelo NETP, na prática tais medidas estão se mostrando totalmente ineficazes para conter, que dirá reduzir ou resolver a questão do crime de tráfico de pessoas.

Conceber a convivência com esta realidade é inaceitável, posto que referido crime afronta os direitos humanos, em si considerados, notadamente à dignidade do ser humano que é a base de todo Estado de Direito, conforme menciona Ivana Ragazzi:

> O princípio da dignidade da pessoa é a base de todo Estado Democrático de Direito, sendo reconhecido como princípio basilar, onde o indivíduo é objeto primeiro em sua ordem jurídico, que identifica todo e qualquer indivíduo sem exceção, abarcando ricos e pobres, brancos e negros, sem existência de qualquer discriminação de credo, raça ou ainda compleição física, ou seja, a ordem jurídica ainda não poderá em hipótese alguma se manifestar de modo diverso, diante de dois seres humanos[70].

Os tratamentos desumanos ao quais as mulheres traficadas são submetidas, privação da liberdade, violência sexual, física e psicológica, são violadores da dignidade humana. Nesse sentido, posiciona-se Pietro Alarcón:

67 Informação colhida em pesquisa informal realizada no NETP – Núcleo de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, no dia 24/10/2013, com a Dra. Lívia Maria Xerez Azevedo (Coordenadora) e a Dra. Ana Christina (Advogada), responsáveis pelo NETP.

68 Disque 180 – Central de Atendimento à mulher.

69 Disponível em http://diariodonordeste.globo.com/materia.asp?codigo=1236974. Acesso em outubro/2013.

70 RAGAZZI, Ivana Aparecida Grizzo. **Inclusão social: a importância do trabalho da pessoa com deficiência.** São Paulo: LTr, 2010. p. 45.

> O ser humano não pode ser objeto de humilhações ou ofensas, mas que se deve reconhecer na sua essência de liberdade, responsabilidade e finalidade em si mesmo. Em função disso, a impossibilidade de degradação do ser humano impede a redução do homem a mero objeto do Estado ou de terceiros, o que inclui a impossibilidade de coisificação da pessoa, um ponto de não retorno da pessoa ao estado de simples coisa[71].

Portanto, a questão do tráfico de mulheres, notadamente para fins de exploração sexual não se resume ao descumprimento de lei ou ao cometimento de crimes, transcende e afronta o fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tráfico de mulheres para fins de exploração sexual é hoje, sem dúvida, uma questão social que demanda atenção especial em razão do crescente número de vítimas, do diminuto número de condenações e da gritante e inaceitável infração aos direitos humanos das vítimas.

Tal prática tem como principal aliado os fatores sociais, causados pela pobreza, desemprego, ausência de expectativa de melhor qualidade de vida, globalização (e a facilidade gerada pelas redes sociais), turismo sexual, discriminação de gênero e, ainda, a ausência de meios eficazes de coibição e punição.

Embora os perfis das vítimas e dos aliciadores, bem como as fases e rotas do tráfico interno e internacional sejam conhecidos, o que se observa é que as normas e as políticas governamentais de enfrentamento ao tráfico de mulheres para fins de exploração sexual não estão sendo eficazes.

Em um mundo globalizado no qual a dignidade do ser humano é fundamento de todas as constituições democráticas, admitir a prática e o crescente número de vítimas deste crime é uma afronta inaceitável aos direitos humanos, em si considerados, e ao próprio Estado Democrático de Direitos.

5. REFERÊNCIA.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988.** São Paulo: Método, 2004. p. 254.

BRASIL. Código Penal Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: out.2013.

COSTA. Andréia da Silva. Aspectos Gerais do Tráfico de Pessoas. In. LOPES, Ana Maria D´Ávila. [at. Al] (org). **Gênero e Tráfico de Mulheres**. Florianópolis; Conceito Editorial, 2013.

COSTA. Andréia da Silva. **O tráfico de mulheres: o caso do tráfico interno de mulheres para fins de exploração sexual no estado do Ceará**. Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza. Aprovação em 12/03/2008. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp069397.pdf. Acesso em: out. 2013.

DECRETO n. 5.017/2004. **Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm. Acesso em out.2013.

DIÓGENES. Thanara Rocha. Diagnóstico do problema do tráfico no Brasil**.** In. LOPES, Ana Maria D´Ávila. [at. Al] (org). **Gênero e Tráfico de Mulheres**. Florianópolis; Conceito Editorial, 2013.

Disponível em http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/cidadania-direito-de-todos/trafico-de-pessoas. Acesso em out.2013 Disponível em http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={02FA3701-A87E-4435-BA6D-1990C97194FE}&BrowserType=IE&LangID=pt-br&params=itemID%3D%7B972FBB58%2DF426%2D4450%2DA8D4%2D1F4264D8A039%7D%3B&UIPartUID=%7B2218FAF9%2D5230%2D431C%2DA9E3%2DE780D3E67DFE%7D. Acesso em out.2013.

Disponível em http://diariodonordeste.globo.com/materia.asp?codigo=1236974. Acesso em out.2013.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em outubro/2013

RAGAZZI, Ivana Aparecida Grizzo. **Inclusão social: a importância do trabalho da pessoa com deficiência. S**ão Paulo: LTr, 2010. p. 45.

71 ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988.** São Paulo: Método, 2004. p. 254.

ISBN 978-85-99562-99-4