

DIREITOS FUNDAMENTAIS E INOVAÇÕES NO DIREITO

FÁBIO DA SILVA VEIGA
RÚBEN MIRANDA GONÇALVES
(DIRETORES)

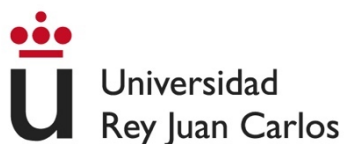
FLÁVIO MARTINS
GABRIEL MARTÍN RODRIGUÉZ
(COORDENADORES)



DIREITOS FUNDAMENTAIS E INOVAÇÕES NO DIREITO

FÁBIO DA SILVA VEIGA
RUBÉN MIRANDA GONÇALVES
(DIRETORES)

FLÁVIO MARTINS
GABRIEL MARTÍN RODRÍGUEZ
(COORDENADORES)



Os diretores e coordenadores não são responsáveis pelas opiniões, comentários ou manifestações dos autores dos capítulos publicados.

© Fábio da Silva Veiga (Diretor)

© Rubén Miranda Gonçalves (Diretor)

© Flávio Martins (Coordenador)

© Gabriel Martín Rodríguez (Coordenador)

© Os autores, pelos seus capítulos

1ª edição: 2020

ISBN: 978-84-09-17703-5

Edita: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos – IBEROJUR – Porto, Portugal.

Co-edição: Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, Espanha.

COMITÉ CIENTÍFICO

Antonio Tirso Ester Sánchez (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)

Augusto Jobim do Amaral (Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)

Érica Guerra da Silva (Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro)

Fábio da Silva Veiga (Universidad de Almería)

Flávio Martins (Damásio Educacional)

Gabriel Martín Rodríguez (Universidad Rey Juan Carlos)

Gilberto Atencio Valladares (Universidad de Salamanca)

Laura Miraut Martín (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)

Marco Aurélio Gumieri Valério (Universidade de São Paulo)

Pedro Avzaradel (Universidade Federal Fluminense)

Ricardo Gavilán (Universidad Nacional de Asunción)

Rubén Miranda Gonçalves (Universidad de Santiago de Compostela)

Vânia Aieta (Universidade do Estado do Rio de Janeiro)

Wilson Engelmann (Universidade do Vale do Rios Sinos)

SUMÁRIO

A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS 8

Tatiana Coelho de Melo Donnici

A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO COMO QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL E NO MUNDO 16

Amanda Moura da Silva

SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL 25

Tatiana Massari

AS INOVAÇÕES PARA UMA QUINTA GERAÇÃO DE DIREITOS 35

Lucíola Etyenne Ferreira

O CONFLITO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA DETERMINAÇÃO DE SUSPENSÃO DE CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO E APREENSÃO DO PASSAPORTE COMO MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS NAS OBRIGAÇÕES PECUNIÁRIAS..... 42

Flavia Silveira dos Santos Cabral

CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - AMPLITUDE DA TEORIA DOS "LIMITES DOS LIMITES" NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO..... 51

Ricardo Ferreira da Silva Junior

LIBERDADE RELIGIOSA..... 59

Hanan Ali Alwan

BASE DA NORMA FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE HUMANA: EDUCAÇÃO IBEROAMERICANA..... 67

Luciene Galvão Machado

O BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO NA FORMULAÇÃO DE PROGRAMAS INTEGRADOS DE DESENVOLVIMENTO EM PAÍSES DA AMÉRICA LATINA E DO CARIBE E O FOMENTO AOS DIREITOS HUMANOS..... 76

Tarso Borges Fantini e Rafael dos Santos Paim Mende

O CONCEITO JURÍDICO DE REFUGIADO SOB O PRISMA DOS DIREITOS HUMANOS E O PAPEL DE DESTAQUE DA AMÉRICA LATINA NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS..... 85

Barbara Sabina de Santana e Fonseca

DIREITO PÚBLICO FUNDAMENTAL: ANÁLISE NO ÂMBITO DOS DIREITOS HUMANOS E APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL.....	95
<i>Bruna Luíza Piovesan</i>	
A COOPERAÇÃO ECONÔMICA INTERNACIONAL COMO INSTRUMENTO PARA VIABILIZAR A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	102
<i>Ana Carolina Assumpção Stoffel</i>	
O USO DA CONSTELAÇÃO FAMILIAR COMO INSTRUMENTO INOVADOR DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	116
<i>Ana Cristina Zanquini de Carvalho e Bruna Francisca Fernandes de Resende</i>	
FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E MULTIPARENTALIDADE: UMA ANÁLISE ACERCA DOS PROVIMENTOS 63 E 83 DO CNJ	125
<i>Fernanda Silva Oliveira e Thamara Elisa Ferreira da Silveira</i>	
(RE)PENSANDO O PARADIGMA MONOGÂMICO NO BRASIL: BREVES CONSIDERAÇÕES.....	133
<i>Fernanda Daltro Costa Knoblauch</i>	
DIREITO À DESCONEXÃO: UM NOVO DIREITO FUNDAMENTAL DO TRABALHADOR	143
<i>Talita Corrêa Gomes Cardim</i>	
O DIREITO TRABALHISTA E OS REFLEXOS DOS DIREITOS HUMANOS NA ESFERA DA QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL.....	151
<i>Caroline Lima dos Santos e Erica Pereira Toledo</i>	
TRABALHO ANÁLOGO À ESCRAVIDÃO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: ASPECTOS SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	160
<i>Táisa de Sousa Ferraz</i>	
CLÁUSULA DE BARREIRA NO DIREITO ELEITORAL E SUAS POLÊMICAS	171
<i>Mayara de Lara Martins Carletti Lauri</i>	
MIGRATION FLOWS AND THE BASIC CATEGORIES OF REFUGEES: THE IMPORTANCE OF INTERNATIONAL LAW PROTECTION	181
<i>Thiago Giovanni Romero e Catharina Libório Ribeiro Simões</i>	
LAJE: INOVAÇÃO FUNDAMENTAL NA ORDEM JURÍDICA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL	191
<i>Vito Francisco Giacon de Laurentis</i>	

A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Tatiana Coelho de Melo Donnici¹

Resumo: O artigo analisa os direitos fundamentais sob a ótica da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018, que ainda está no período de *vacatio legis*, pois entrará em vigor, após 24 (vinte e quatro) meses, contados da data de sua publicação. Trata-se de uma lei inspirada no Regulamento 2016/679 (GDPR – *General Data Protection Regulation*), já vigente, no âmbito da União Europeia, eis que a proteção de dados pessoais, em nossa sociedade globalizada, é assunto de destaque, por envolver a preservação e a tutela da intimidade e da vida privada.

Palavras-chave: Direito Fundamental; Proteção de Dados Pessoais; Ordem Jurídica Internacional; Privacidade; Intimidade; União Europeia. *General Data Protection Regulation*; Sociedade globalizada.

Introdução

É notório que nos últimos anos estamos cada vez mais conectados à rede mundial de computadores através de computadores portáteis, *tablets*, e, em especial, smartphones. A comunicação tornou-se mais imediata com os aplicativos de conversa e as redes sociais. Ocorre que à proporção que nos tornamos mais integrados por causa da evolução tecnológica crescente, algumas medidas devem ser implementadas para a proteção de nossos dados pessoais que não podem ficar expostos no mundo virtual sem a devida regulação normativa. Passamos por uma nova revolução, a digital, e devemos nos preparar para lidar com essa realidade e as consequências do que disso virá em um mundo habitado por 7 bilhões de pessoas.

A Lei brasileira, 13.709, de 14 de agosto de 2018 veio complementar o que podemos classificar como microsistema da proteção de dados, considerando a proteção constitucional brasileira já existente, a lei do *Habeas Data*, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei 12.965/2015 (Marco Civil da Internet). Foi inspirada no Regulamento da União Europeia número 2016/679, conhecido como *General Data Protection Regulation* (GDPR), que entrou em vigor no ano de 2018.

A Lei Geral de Proteção de dados brasileira não fica limitada ao mundo virtual e deve ser utilizada para a proteção em todas as formas de coleta de dados.

O ponto vital a ser assegurado é a garantia de preservação da privacidade, que inclusive é um direito universal previsto no artigo 12, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948.

¹ Servidora Pública do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Pós-Graduada em Direito e Processo Civil e em Direito e Processo do Trabalho pela UGF-RJ. Endereço eletrônico: tedonnicci@gmail.com

A importância deste estudo está na necessidade de que a cada dia aumentam as coletas de dados e, na maioria das vezes, sem o consentimento do seu titular. Vivemos numa sociedade da tecnologia de informação. É um caminho sem volta.

1. Os Direitos Fundamentais e a Proteção de Dados

Os direitos fundamentais são aqueles intrínsecos à pessoa humana. São pressupostos de um Estado Democrático de Direito. São direitos que evoluem, pertencem a todos os seres humanos, inegociáveis, sem ser absolutos, podendo ser exercidos cumulativamente, não podem ser enfraquecidos e estão incorporados na ordem jurídica interna de cada Estado.

Como destaca Luís Roberto Barroso, em sua doutrina², a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, de acordo com o artigo 1º, III, da CRFB de 1988 é um valor fundamental, que orienta princípios e regras, sendo considerado como parte dos direitos fundamentais, incluindo em seu bojo o direito à integridade moral ou psíquica, na qual estão a privacidade, a honra e a imagem.³

O artigo 5º, X, da CRFB de 1988 prevê como invioláveis os direitos relacionados à esfera pessoal das pessoas, como a intimidade, vida privada, honra e a imagem, dispondo que em caso de violação é cabível postular pelo pagamento de indenizações por danos morais e materiais.

O Código Civil Brasileiro, de 2002, dispõe no artigo 21, “*a vida privada da pessoa natural é inviolável*” e que a privacidade, como direito da personalidade não pode sofrer limitação voluntária, segundo o artigo 11, do mesmo diploma legal.

O direito à privacidade está ligado à exigência do indivíduo encontrar-se protegido na sua solidão, na sua paz e equilíbrio, sendo a reclusão periódica uma necessidade da vida moderna, até mesmo como elemento de saúde mental, cabendo a autolimitação através de consentimento.⁴ Em relação ao homem público ou a quem exerce qualquer atividade de interesse da coletividade, há de certo modo a renúncia de sua vida privada.⁵

A doutrina brasileira apresenta a distinção entre a privacidade e a intimidade. A privacidade é o gênero que comporta como espécies o direito à intimidade, vida privada, honra e imagem. São aspectos da integridade moral ou psíquica de casa pessoa. Encontram-se previstos na Constituição Federal de 1988, nos artigos 5º, X, XI, XII e LX e artigo 93, IX. A intimidade trata de garantir que a pessoa seja preservada em aspectos mais íntimos e

² BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e praticada jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte. Ed. Fórum, 2013. Pág 43.

³ BARROSO, Luis Roberto. *op. cit.*, p. 45.

⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, pág.487

⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *op. cit.*, p. 488.

particulares. A vida privada cuida de situações direcionadas a convivência em sociedade, como a família e amigos em geral.⁶ Ressalta-se que não há direito fundamental absoluto, inclusive há dispositivos legais limitando a vida privada e a intimidade, como nos casos de decretação judicial de interceptação telefônica (artigo 5º, XIII, da CRFB de 1988 e a Lei 9.296/96), quebra de sigilo bancário, fiscal etc.⁷

Assim, a proteção de dados deve ser enquadrada como parte da dignidade da pessoa humana, eis que deve ser fornecido ao indivíduo a proteção no tratamento de dados pessoais e sua regulação visa preservar o direito fundamental à privacidade, que expressamente consta como um dos objetos da Lei Brasileira, 13.709/2018, no artigo 1º.

A partir desse novo momento legislativo no Brasil e no exterior, a privacidade deve ser entendida de forma ampla, para abranger a coleta e o uso dos dados pessoais. Destaca-se que está na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) aprovada, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC 17/2019) que inclui a proteção de dados pessoais, inclusive digitais, entre os direitos e garantias fundamentais do cidadão.⁸

O artigo 2º, da Lei 13.709/2018, tem como fundamentos, dentre outros, o respeito à privacidade e a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem. O artigo 5º da referida lei, traz inúmeros conceitos, que vão nortear a aplicação da lei. Destacam-se os incisos I, sobre o que seja dado pessoal, e o inciso II, trata dos dados pessoais sensíveis.

Os dados pessoais sensíveis envolvem informações de foro íntimo, atrelados à intimidade, que causam desconforto em serem compartilhados com terceiros, e se violados e expostos ao público, deverão gerar demandas para obtenção de indenizações por danos materiais e morais, se, por exemplo, forem usados como forma discriminação e sem uma finalidade razoável para essa divulgação, aspecto extremamente subjetivo a ser apreciado pelo julgador.

O artigo 6º da Lei 13.709/2018 prevê os princípios a serem observados quanto ao tratamento de dados, entre os quais, estão a boa-fé e a finalidade, já que a coleta de dados deverá obedecer a um fim determinado sem a intenção de prejudicar o titular dos dados pessoais.

Para a preservação da privacidade e a proteção de dados, o consentimento, é destaque na nova lei brasileira e na da União Europeia. O artigo 7º, da Lei 13709/2018 (LGPD), dispõe no inciso I, que o tratamento de dados pessoais para ser realizado deve ter o

⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *op.cit.*, p. 489.

⁷ NUNES Júnior, Flávio Martins Alves. Curso de direito constitucional. 3ª ed – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.777.

⁸ <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>. Acesso em 06/08/2019.

consentimento do titular, de forma expressa, de acordo com o artigo 8º, da Lei 13.709/2018 (LGPD).

O artigo 17, da LGPD prevê que seja garantida ao titular que seus dados pessoais estarão resguardados considerando os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade.

A respeito, ainda, do consentimento e a preservação da privacidade, o artigo 18, da LGPD, prevê mecanismos para que o titular tenha conhecimento de como seus dados pessoais são utilizados e o artigo 21, da citada lei dispõe que aquele que exerce um direito não pode ser prejudicado por outrem em relação aos dados pessoais.

O destaque da nova lei brasileira, para preservar os direitos fundamentais, está em que o objetivo da coleta de dados deverá ser conhecido pelo titular dos dados pessoais. Por outro lado, não há a necessidade de exigir o já comentado consentimento em dados tornados públicos pelo titular ou que são de acesso público, considerando o interesse público que justifica a disponibilização, nos termos do parágrafo 3º, do artigo 7º, da LGPD.

A proteção de dados pessoais é vital para preservar a privacidade e a chamada autodeterminação informativa, uma vez que o titular de dados deve ter mecanismos para proteger a obtenção e transmissão de seus dados e a necessidade de preservar o consentimento sobre as informações que em poder de terceiros.

2. A Proteção de Dados na Ordem Jurídica Internacional

O desenvolvimento tecnológico em âmbito internacional na década de 1960 deu origem, a partir da década de 1970, que inúmeros países da Europa, começassem a legislar sobre a proteção de dados. Destaca-se a lei do Parlamento de *Heissian*, em *Wiesbaden*, na Alemanha, de 30 de setembro de 1970, pois a Alemanha tem um grande papel nesta matéria, considerando que em 1982, foi realizado o primeiro grande censo, pós-guerra, permitindo a coleta de dados dos cidadãos. Em 1973, a primeira lei nacional foi na Suécia. A Constituição Portuguesa de 1976, no artigo 35, traz um artigo sobre o direito do indivíduo a manter o controle sobre os seus dados pessoais. A partir de 1978, a França, Alemanha e Dinamarca publicaram suas leis próprias.⁹ Destaca-se que em 1981, o Conselho da Europa aprovou a Convenção 108 para o tratamento automatizado de dados pessoais, que em 2018, sofreu uma modernização, sendo chamada de Convenção 108+.¹⁰

⁹ TEXEIRA, Tarcísio, ARMELIN, Ruth Maria Guerreiro da Fonseca. Lei geral de proteção de dados pessoais: Comentada artigo por artigo. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p 5.

¹⁰ Manual normativo: Lei geral de proteção de dados pessoais e GDPR. Disponível em <https://baptistaluz.com.br/institucional/manual-normativo-lei-geral-de-protecao-de-dados-e-gdpr/>. Acesso em: 06/08/2019, p. 07.

Em 1995, a União Europeia (UE) através da Diretiva 95/46, aprova importante instrumento sobre a proteção de dados, em 24 de outubro de 1995, produzindo efeitos três anos depois, em que os Estados internos da UE precisavam aprovar lei que refletisse o conteúdo da diretiva, produzindo efeitos até que o Regulamento 2016/679, entrasse em vigor, em 25 de maio de 2018, a *General Data Protection Regulation* (GDPR), após 24 meses de sua publicação, depois de 4 anos de discussões, de forma a unificar o tratamento legal sobre a privacidade e proteção de dados, sendo que estes já estavam dispostos como direitos fundamentais pela Carta de Direitos Fundamentais da UE¹¹.

A legislação da União Europeia é a regulamentação mais importante e abrangente sobre o tema, considerando a importância do bloco no cenário mundial, que deve servir de incentivo para os demais países desenvolverem suas próprias leis e protegerem os direitos fundamentais de seu povo e de quem circula em seu território.

A GDPR¹² deve ser aplicada de imediato, sem a necessidade de que as leis internas sejam alteradas, em toda a União Europeia, garantindo segurança jurídica e facilitando as relações econômicas entre os membros e nos três países do Espaço Econômico Europeu, composto pela Noruega, Islândia e Liechtenstein. Uma das mudanças significativas é que no ordenamento jurídico anterior europeu, as empresas precisavam ao recolher os dados pessoais, ter autorização da comissão nacional de proteção de dados. O GDPR aboliu essa autorização criando punições para quem descumprir o regulamento.

Essa lei busca regular a sociedade informacional que vivemos, reforçando a importância dos direitos fundamentais em ambiente digital, em razão do recolhimento de dados em setores públicos e privados de cidadãos europeus ou de outras nacionalidades, quando os dados forem captados em território europeu.

A GDPR estabeleceu uma lista de dados sensíveis que não podem ser solicitados, a não ser com a justificativa empresarial, tais como a raça, saúde, dados genéticos e biométricos, orientação sexual, convicção religiosa, filiação partidária e filiação sindical. O consentimento deve ser expresso e admite que a pessoa retire o consentimento quando quiser, salvo se os dados sejam necessários para a prestação do serviço, a proteção do titular ou do exercício de atividades.

A empresa poderá manter os dados mesmo sem o consentimento do titular, nos casos de cumprimento de obrigação jurídica, tutela do titular dos dados, interesse público,

¹¹ RODOTÁ, Stefano. A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje. Trad. Danilo Doneda e Luciana Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 175.

¹² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2016:119:FULL&from=PT> Acesso em: 10/08/2019.

investigação científica, estatísticas e defesa em processo judicial, sendo que há na GDPR um artigo proibindo análises dedutivas, para provar o desempenho profissional através do cruzamento de dados pessoais.

Já nos Estados Unidos da América (USA) não há uma lei nacional sobre o tema, e, sim algumas leis voltadas para setores específicos, como o *Privacy Act*, de 1974, para a proteção de dados nos sistemas de registros de agências federais e o *Privacy Shield*, um termo que os Estados Unidos, a Suíça e a União Europeia firmaram para a transferência de dados de forma protegida.¹³

3. A Ordem Jurídica Brasileira e a Proteção de Dados

A proteção de dados pessoais, através de uma interpretação sistemática, no Brasil já estava assegurada pela Constituição Federal de 1988, porém a Lei 13.709/2018 passou a detalhar o assunto de forma específica. Deve-se destacar que as pessoas jurídicas de direito público ou privado responsáveis por recolher dados pessoais, devem se preocupar em como lidar com essas informações, desenvolvendo mecanismos para a proteção do titular dos dados, conforme o previsto no artigo 1º da citada lei.

Após oito anos em tramitação no Congresso Nacional brasileiro, foi sancionada em 14 de agosto de 2018 a lei brasileira, com alguns vetos, especialmente na parte que tratava da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANDP) e do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e de Privacidade, por vício de iniciativa, tendo em vista que a disposição destas atribuições deveriam ser oriundas do Poder Executivo, de acordo com o artigo 61, parágrafo 1º, II, alínea “e”, da CRFB de 1988.

O parágrafo único, do artigo 1º, da Lei 13.709/2018, destaca que as normas ali previstas serão de interesse nacional e devem ser aplicadas por todos os entes políticos.

Posteriormente, por meio de medida provisória 869, de 28 de dezembro de 2018, foi criada a ANDP e o referido Conselho, convertida na Lei 13.853, de 8 de julho de 2019, que entrou em vigor na data de sua publicação.

Internamente, após 48 anos, contados da publicação da primeira lei sobre o tema, na Alemanha, o Brasil, passou a ter sua própria legislação, o que deve contribuir para as futuras operações comerciais com as grandes potências mundiais, considerando o disposto na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, nos incisos X, XI, que cuida da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, o inciso XII, a respeito da inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas e a previsão do habeas data, no inciso LXXII.

¹³ TEXEIRA, Tarcísio, *op. cit.*, p. 22 e 23.

Na legislação infraconstitucional brasileira, destaca-se, o artigo 43, do Código de Defesa do Consumidor de 1990, para tratar da proteção de dados consumeristas. A Lei 8.159/1991 prevê o direito do cidadão à informação de interesse público ou privado e a proteção do sigilo, intimidade e privacidade ao tratar sobre os arquivos públicos. A Lei 9.296/1996 trata do crime nos casos de interceptação telefônica sem ordem judicial. A Lei Complementar 105/2001, cuida do sigilo das operações de instituições financeiras. A Resolução 1821/2007 do Conselho Regional de Medicina tratou de proteger os dados relativos ao prontuário médico. A Lei 12737/2012, tornou crime a invasão de dispositivos eletrônicos. A Lei 12.414/2012 criou a proteção de dados de adimplência e crédito na esfera dos consumidores. A Lei 12.527/2011 trata de garantir o acesso a dados públicos no governo. A lei 12.965/2014, chamado de Marco Civil da Internet, junto com o Decreto 8.771/2016, discrimina sobre proteger e tratamento dos dados pela internet.

A realidade é que essas diversas leis esparsas não asseguravam a efetividade e a segurança jurídica na formação de um sistema protetivo do direito fundamental à proteção de dados, o que será viabilizado com a entrada em vigor da Lei 13.709/2018 (LGDP) no Brasil.

Notas Conclusivas

Os direitos da personalidade devem ser analisados sobre novas perspectivas considerando a sociedade de informação que vivemos. São novos rumos da ordem jurídica que o operador do direito está vivenciando e que os julgadores irão apreciar com regularidade nos próximos anos.

O Estado, também, deve garantir a proteção ao indivíduo em relação ao controle das informações sobre os dados pessoais sensíveis e a Lei 13709/2018, que entrará em vigor no Brasil, no ano de 2020, contribuirá para esse caminho e que está diretamente relacionada com um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CRFB de 1988).

A proteção legal dos dados deve ser harmonizada com os direitos fundamentais da privacidade, intimidade e a liberdade de expressão. É crescente a negociação de dados pessoais sensíveis e as preferências detectadas a partir de comportamentos virtuais, pelos sites mais visitados, pesquisas sobre um produto, com objetivo de influenciar nossas escolhas, eis que os dados são considerados como o recurso mais valioso no século XXI¹⁴.

¹⁴ <https://www.plugar.com.br/os-dados-sao-o-recurso-mais-valioso-do-seculo-xxi>. Acesso em 18.08.2019.

As leis próprias sobre o tema, em âmbito europeu e no Brasil, são muito relevantes, eis que transformam o indivíduo no titular de seus dados, proprietário de sua informação, com a necessidade de o consentimento ter ganhado destaque na esfera da proteção de dados. Trata-se da autodeterminação informativa.¹⁵

O grande desafio, em especial, no Brasil, será tornar efetiva a Lei Geral de Proteção de Dados, porque a preservação de dados é desconhecida da maioria da população por inúmeros fatores, inclusive culturais e educacionais, apesar de estarmos em 5º lugar no *ranking* global de tempo de uso de aparelhos *smartphones*.¹⁶

A partir dessa lei, o Brasil, deve ser inserido entre os países que se preocupam com o tema, já que a economia movida a dados vem crescendo a cada dia, e a proteção de dados pessoais é um direito fundamental, por ser um aspecto da privacidade e uma medida necessária para a preservação da cidadania, em que o consentimento tem que ser livre e informado pelo seu titular.

Referências Bibliográficas

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

FRAZÃO, Ana, TEPEDINO, Gustavo, OLIVA, Milena Donato. Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. 1ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NUNES Júnior, Flávio Martins Alves. Curso de direito constitucional. 3ª ed – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n.13.079/2018. São Paulo: Saraiva educação, 2018.

RODOTÁ, Stefano. A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje. Trad. Danilo Doneda e Luciana Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. São Paulo: Atlas, 2011.

TEXEIRA, Tarcísio, ARMELIN, Ruth Maria Guerreiro da Fonseca. Lei geral de proteção de dados pessoais: Comentada artigo por artigo. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

Manual normativo: Lei geral de proteção de dados pessoais e GDPR. Disponível em <https://baptistaluz.com.br/institucional/manual-normativo-lei-geral-de-protECAo-de-dados-e-gdpr/>. Acesso em: 06/08/2019.

https://www.gdp.gov.mo/uploadfile/others/wp136_pt.pdf Parecer 04/2007, sobre o conceito de Dados Pessoais – Grupo de Trabalho instituído pelo artigo 29.º da Directiva 95/46/CE. Trata-se de um órgão consultivo europeu independente em matéria de protecção de dados e de privacidade. As suas atribuições estão descritas no artigo 30.º da Directiva 95/46/CE e no artigo 15.º da Directiva 2002/58/CE. Acesso em: 10/08/2019.

¹⁵ TEXEIRA, Tarcísio, *op. cit.*, p.30

¹⁶<https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2019/01/brasil-e-5-pais-em-ranking-de-uso-diario-de-celulares-no-mundo.html>. Acesso em 18.08.2019.

A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO COMO QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL E NO MUNDO

Amanda Moura da Silva¹

Resumo: O texto descreve a contextualização da descriminalização do aborto no mundo, devendo este ser tratado como questão de saúde pública, entendermos o desenvolvimento do tratamento da prática como descriminalização evidencia que a humanidade entende como crime interromper uma gestação, demonstrando que a sociedade costuma interferir diretamente em escolhas individuais. A intenção de legalizar a interrupção voluntária da gravidez no mundo de forma segura expõe a evolução do ser humano como sujeito de direitos e liberdades, garantindo o mínimo necessário para a vida digna do cidadão, podendo ter acesso ao entendimento sobre os desdobramentos da vida sexual e quais consequências isto traz, além do que aprender a criminalizar aquele que atua contra vontade dos outros, como no caso do estupro, em que proibir que uma consequência da violência seja interrompida é dar margem para que o ato de violência seja tratado como normal pela sociedade e marginalizar a vítima. Afastar dogmas religiosos e conceitos espirituais pode ser complicado para o ser humano, mas é preciso aceitar que o Estado é laico e deve fornecer auxílio à população independentemente de qualquer conceito pessoal de religião. É preciso pensar, ainda, se a nossa visão de espiritualidade e religiosidade já não está ultrapassada e merece revisão e se com conceitos antigos estamos negligenciando o direito fundamental à saúde e integridade física. O artigo denota o pensamento brasileiro e seus desdobramentos jurídicos quanto ao aborto e como o aborto é visto e tratado juridicamente ao redor do mundo.

Palavras-chave: Aborto; Legalização; Brasil.

1. A Legalização do Aborto no Brasil

O Brasil adota a teoria natalista, em que o ser humano adquire personalidade jurídica a partir de seu nascimento com vida, além disto há de se destacar que é um Estado laico, ou seja, não possui religião oficial, não podendo, portanto, que haja interferência religiosa em assuntos estatais, conforme previsto nos artigos 5º, VI e 19, I, da CF/88.

Embora laico, o Estado não é antirreligioso, vez que a antirreligião é a oposição a qualquer religião com a proibição de suas manifestações. No Entanto, o Estado laico se mantém neutro enquanto escolha de religião oficial para o país, sendo tolerante com qualquer uma delas, podendo cada pessoa escolher a que melhor lhe convém.

Ademais, não se deve confundir laicidade com laicismo, pois a laicidade é a inexistência de envolvimento entre assuntos religiosos e estatais, sendo assim o Estado laico não interfere também na liberdade religiosa do povo, e sim admite todas as religiões e até mesmo a falta de religião, nos mesmos termos a opinião baseada na religião não pode

¹ Advogada, formada em Direito em 2016 pela Universidade Paulista -UNIP, pós-graduanda em Direito Civil e Empresarial na faculdade Damásio.

interferir em assuntos administrativos e de governança do país. Por sua vez o laicismo é caracterizado por um Estado intolerante religiosamente, que enxerga a religião negativamente, não admitindo que exista qualquer caráter religioso no país.

As normas devem ser respeitadas, apesar de muitas vezes conflitantes, por exemplo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 caminha em direção à valorização e preservação da vida da mulher e seu bem-estar social, com premissas que dependendo de sua hermenêutica pode ser contraposta ao Código Penal, pois este criminaliza o aborto.

No artigo 128 do Código Penal existem apenas duas exceções em que o aborto não é punido: Em caso de risco de vida da gestante se dada continuidade à gestação ou em caso de estupro. Tendo sido introduzido no ordenamento jurídico por meio de jurisprudência a hipótese legal de aborto de anencéfalo. Ou seja, são restritas as possibilidades, o Brasil é um dos países com legislação menos flexível em relação ao abortamento voluntário, punindo as gestantes com detenção de um a três anos e os terceiros envolvidos com reclusão de um a quatro anos.

Atualmente o país passa por um período em que uma parcela da população almeja o regresso de direitos fundamentais, havendo projeto de lei com o intuito de inserir na Constituição Federal a teoria concepcionista, fato que alteraria o Código Penal no que se referem às hipóteses de aborto legal, pois este se tornaria inconstitucional, partindo do princípio de que o indivíduo adquiriria personalidade desde sua concepção, criminalizando qualquer interrupção de vida intrauterina, inclusive nos casos de estupro, esta visão é reforçada pelos conceitos do então presidente eleito Jair Bolsonaro e sua ministra da mulher, da família e dos Direitos Humanos, Damarens Alves.

Desta forma, muitas mulheres induzem o aborto de forma insalubre, sem acompanhamento médico por ser o procedimento ilegal, gerando complicações, hospitalizações e até mesmo a morte de grande parte delas. Esta situação ocorre principalmente pelo falso moralismo e marginalização da mulher que aborta, vez que o Estado além de trata-las de forma inadequada, não fornece programas suficientes de planejamento familiar, de conscientização e fornecimento de métodos contraceptivos eficazes, nem mesmo auxílio financeiro e educativo.

Outro fato que evidencia a desigualdade que assola o país é que a mulher que tem uma gravidez indesejada, quando possui bons recursos financeiros, vai até outro país em que o aborto é legal e a saúde e assistência é exemplar e realiza o procedimento de forma totalmente segura, enquanto as mulheres pobres que engravidam sem desejar tentam interromper em clínicas clandestinas ou até mesmo por conta própria, colocando sua vida em risco ou pensando em suicídio, assim preconiza o estudo realizado por Greice Menezes

e Estela Aquino em 2009: “Pesquisa sobre aborto no Brasil: avanços e desafios para o campo da saúde coletiva”². Tal assertiva se confirma, ainda, por depoimentos pessoais, sendo que neste sentido foram realizadas entrevistas com duas mulheres de classes sociais diferentes contrapondo a diferença no atendimento e procedimento para o aborto, a entrevista foi realizada pela Agência Brasil (EBC)³. É importante frisar que não se trata de conceitos filosóficos e/ou religiosos, trata-se de saúde pública, direito fundamental no ordenamento jurídico, é negligente a falta de amparo.

Em entrevista ao jornal o Estado de São Paulo, o ministro do STF, Luís Roberto Barroso, aponta que devem ser efetivadas políticas públicas melhores que a criminalização para evitar o aborto, pois a medida de criminalizar para evitar não é efetiva no sentido de que a prática não deixa de existir, passa a ser realizada de forma clandestina e perigosa para a vida da mulher, sobretudo das mulheres pobres, funcionando como mais uma forma de discriminação social. Ainda, seu posicionamento se ampara ao que discutido quanto à interferência de dogmas religiosos em assuntos estatais, pois sustenta que assim como quem é contra o aborto tem o direito não de apenas não fazê-lo, mas, também de pregar esta contrariedade, quem é a favor não poderia ser criminalizado pela posição divergente.

Portanto, medidas efetivas para a garantia da vida não apenas do feto, mas também da mulher, pois ambas as vidas são igualmente importantes, devem ser implantadas em larga escala, como de início a educação sexual nas escolas, para que aprendam a se prevenir, distribuição gratuita de preservativos e métodos contraceptivos (receitados por médico) em locais de fácil acesso, melhorias na saúde pública para facilitação de atendimento por médicos, enfermeiros, psicólogos, terapeutas, entres outros profissionais que possam auxiliar no planejamento familiar.

Além disto, as empresas devem orientar seus recursos humanos a não fazer distinção entre homem e mulher quando da contratação baseado no motivo de que mulher engravida e se ausenta do labor para cuidar de filhos. No mais, o governo poderia implantar políticas de fornecimento de palestras e conscientização da população, pois a intenção é que o país evolua a ponto de que todos tenham acesso igualitário à informação e uma distribuição de renda regular, para que todos tenham estabilidade financeira e psicológica para arcar com uma gravidez.

² MENEZES, Greice, Aquino, M.L Estela. Pesquisa sobre o aborto no Brasil: avanços e desafios para o campo da saúde coletiva. Cad. Saúde Pública vol.25 supl.2 Rio de Janeiro 2009.

³ BERALDO, Lilian. Saúde: Mulheres que fizeram aborto relatam momentos de medo e desespero. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2018-08/mulheres-que-fizeram-aborto-relatam-momentos-de-medo-e-desespero>. Acesso em: 20 out.2019.

Segundo Jorge Andalaft – presidente da Comissão Nacional de Violência Sexual e Interrupção de Gestação da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (Febrasgo),⁴ mesmo nos casos de aborto por violência sexual os hospitais tratam a mulher sobre a premissa de que são mentirosas em relação ao estupro, exigindo delas a realização de corpo de delito e boletim de ocorrência para constatar a veracidade do fato, esta conduta é incorreta, pois desde 2005 não são exigidas mais tais comprovações, vez que a mulher não pode ser punida pelo ato de violência que sofreu.

É claro que deve ser levada em consideração a juventude do país, que tem pouco mais de 500 anos, que aboliu a escravidão há menos de duzentos anos, que mantém conceitos de épocas distintas, mas é preciso alcançar o restante do mundo, é necessária a busca por equiparação a políticas públicas dos países desenvolvidos. Não é plausível que em meio ao crescimento de relevância mundial que o Brasil vinha atingindo haja este período de retrocesso social, após avanço civilizacional.

Contudo, o país possuiu tentativas de legalizar o aborto, assim como atuantes na causa, tendo sido elaborado anteprojeto ao Código Penal por diversos juristas em 2012, prevendo outras hipóteses de aborto legal além dos elencados no artigo 128 do CP, onde seriam inseridas as possibilidades legais nos casos de a mulher sofrer inseminação artificial sem o seu consentimento; Quando o feto for anencéfalo ou tiver grave doença de formação que o tornará inviável ou por escolha da gestante, mas com a confirmação do médico de que a mulher não tem condições mentais de arcar com a gravidez.

Foi também apresentada pelo partido PSOL a ADPF 442, que busca descriminalizar o aborto, com o pedido de tutela de urgência para suspender as prisões em flagrante, inquéritos policiais e andamento de processos ou decisões judiciais baseados na aplicação dos artigos 124 e 126 do Código Penal a casos de interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez, seu julgamento está suspenso para oitiva de profissionais para tomada de uma melhor decisão.

O direito fundamental à saúde, como se sabe, está consagrado nos arts. 6º e 196 do texto constitucional. Este último dispõe 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 igualitário e universal às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. E seria dizer o óbvio afirmar a enorme relevância deste direito fundamental para a garantia da vida humana digna. Afinal, a proteção à saúde é muitas vezes

⁴ Informativos do CREMSP. Política De Saúde E Ética Médica: Norma Técnica do MS não prevê Boletim de Ocorrência para abortamento legal. Disponível em: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Jornal&id=479>. Acesso em: 20 Out.2019.

A Legalização do Aborto como Questão de Saúde Pública no Brasil e no Mundo

um imperativo necessário à manutenção do próprio direito à vida, bem como da integridade física e psíquica das pessoas humanas.

A mulher deve ser protegida e amparada, o Estado não deve ser omissivo quanto ao suporte do planejamento familiar, o acesso fácil a métodos contraceptivos, quanto ao apoio às mulheres em situação de risco à integridade física e moral que uma gravidez indesejada pode causar, sem levar estigmas espirituais em consideração, vez que não é algo que a humanidade deseja, nenhuma mulher quer abortar, nenhuma mulher quer engravidar porque quer um aborto, é algo que acontece, é uma realidade próxima e devemos dar atenção com maturidade suficiente para preservar a vida e dignidade destas mulheres.

A proibição pautada na moral e bons costumes se baseia principalmente na opressão da vida sexual da mulher, pois muitas vezes soa contraditório ser contra o aborto, mas a favor em casos de estupro ou anencefalia, sendo que se o motivo da contrariedade é a proteção à vida do feto, pessoas contra o aborto deveriam ser contra em qualquer situação, vez que em qualquer caso é a interrupção de uma vida.

O intuito com a legalização do aborto não é que o número dos procedimentos aumente e sim que diminuam, pois ao deixar de tratar deste assunto de uma forma tão marginalizadas, as mulheres terão informação suficiente para decidirem não fazê-lo e evitar que a gravidez ocorra, é uma questão de educação e saúde pública, é isto que o Estado deve oferecer para solução do problema e não a punição sem apoio.

Os direitos fundamentais não se revestem de hierarquia, assim como não são absolutos, dessa forma, existem limites no usufruto do direito de alguém quando este interfere no direito de outrem, não há vida mais importante que outra, por este motivo não é simples a discussão quanto a legalização do aborto, porém quanto mais possibilidades de exercícios de direitos como educação, saúde, e dignidade humana menos serão as necessidades do ser humano e menos necessitarão interferir no direito do outro, ou seja, uma mulher bem estruturada com acesso a toda política estatal de infraestrutura não precisa interromper uma gravidez por falta de capacidade de oferecer ao filho uma vida digna, pois não é importante apenas viver, é importante viver com dignidade, estabelecendo a todos o que previsto no artigo 5^a e incisos da Constituição Federal.

É inoportuno garantir apenas a sobrevivência, a Constituição Federal em seu artigo 1.º, inciso III, tem como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana, a proteção não é meramente biológica, é prevista em um ser humano capaz de viver com suas necessidades essenciais amparadas, valor objetivo da vida humana deve ser conciliado com o conjunto de liberdades básicas decorrentes da dignidade com

autonomia, não se restringindo apenas à existência biológica da pessoa⁵. É por este motivo que não se considera a saúde e educação mais importantes que a vida e sim a saúde, educação e todos os outros direitos fundamentais, complementares uns aos outros, em que na falta de um deles não é possível exercer outro com plenitude.

2. A Legalização do Aborto no Mundo

O tema não possui previsão uniforme ao redor do mundo, muito pelo contrário, países possuem diferentes entendimentos e legislação sobre isto.

No Chile, por exemplo, até poucos anos atrás o aborto era totalmente restrito, tendo sido inseridas hipóteses de interrupções voluntárias, nos casos de estupro, má formação do feto e risco de vida para a mãe apenas no ano passado. A Irlanda era um dos países mais severos contra o aborto voluntário, o permitindo apenas em casos de risco à vida da gestante, sendo proibido inclusive nos casos de estupro e incesto, punido com prisão perpétua, o aborto foi legalizado no país no ano passado por meio de referendo.

Alguns países chegaram ao fato de punir abortos espontâneos, como é o caso de El Salvador, onde Glenda Xiomara Cruz descobriu tanto a gravidez quanto a perda do feto quando se dirigiu a um hospital público por sentir fortes dores abdominais, no entanto, sob a suspeita de ter causado aborto voluntário foi sentenciada a dez anos de prisão por homicídio doloso do feto, no mesmo país Mirna Ramírez saiu da prisão após cumprir pena por doze anos por ter dado a luz a um bebê prematuro no banheiro de sua casa, denunciada por uma vizinha a quem pediu ajuda⁶.

Outros países como Nicarágua, Honduras e República Dominicana também são totalmente restritos quanto à legalização, proibindo a intervenção na gestação até mesmo em casos de estupro. Porém, como já citado, a proibição não diminui a prática, desde 1990 a quantidade de abortos realizados na América Latina cresceu, em cada mil mulheres 44 já abortaram, o número pode ser maior.

Por outro lado, mesmo que localizados na América Latina, alguns países legalizam o aborto voluntário, como no caso de Cuba e Uruguai, assim como Camboja e Nepal na Ásia, no mundo 63 países legalizam a prática e as mulheres não são por ela punidas. A Espanha chegou a legalizar em 1936, voltando a proibi-lo sob o regime ditatorial de Franco, voltando a ser legalizado apenas em 1985, por voluntariedade da gestante, flexibilizando as leis em

⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves, Direito Constitucional Didático, p. 189, 3ª Edição, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1994.

⁶ LAKHANI, Nina. El Salvador: Where women may be jailed for miscarrying. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/magazine-24532694>. Acesso em: 05 ago.2019.

2010, inclusive acrescentando a possibilidade de interrupção por jovens de 16 a 18 anos mesmo que sem consentimento dos pais.

Na Noruega, desde que até a 12^o semana de gestação toda mulher colocada em dificuldades por conta da gestação pode solicitar interrupção. No Canadá tanto os canadenses quanto os estrangeiros residentes podem realizar o aborto voluntário, o país possui leis bem flexíveis quanto ao tema, fornecendo amparo na rede pública de saúde. Alemanha e França possuem legislações parecidas, legalizando a interrupção voluntária da gravidez no primeiro trimestre, desde que a mulher passe por acompanhamento psicológico.

O pensamento espanhol, por exemplo, é de que um dos assuntos mais pessoais que o ser humano pode ter na vida é a decisão de ter ou não filhos, não podendo o estado interferir nesta escolha, no entanto deve garantir atendimento de qualidade tanto às mulheres que querem seguir com a gravidez quanto às que querem interrompe-la, legalizando a interrupção de uma gravidez indesejada até a 14^a semana e até a 22^a semana em caso de risco para a mãe ou feto. O mais interessante são os números, desde 2010 os casos de aborto caíram de 113.031 por ano para 94.123 por ano em 2017, ou seja, a legalização não leva ao aumento, leva à conscientização, ao acesso à segurança no procedimento e até à diminuição.⁷

A legalização não visa aumentar as estatísticas e sim diminui-las, a taxa anual de aborto nas regiões desenvolvidas caiu, principalmente em países ricos onde a prática é legalizada passou de 46 para 27 abortos para cada mil mulheres em idade reprodutiva, segundo The Guttmacher.⁸

Por fim, as mulheres argentinas defendem que as mulheres precisam de educação sexual para decidir, anticoncepcionais para não abortar e, em última instância, aborto seguro para não morrer.⁹

Considerações Finais

Devemos pensar que por mais que abortar seja se colocar em um risco desnecessário, a prática vai acontecer, é uma realidade social, todos conhecem mais de uma mulher que realizou o ato, saibam disso ou não, a criminalização atinge principalmente mulheres em situação de vulnerabilidade, pobres, negras e indígenas, é um tratamento desigual, puni-las

⁷BARREIRA, Marina. A legalização do aborto na Espanha. Disponível em: <https://www.brasileiraspelomundo.com/a-legalizacao-do-aborto-na-espanha-2301112985>. Acesso em: 20 out. 2019.

⁸ SUSHHEELA, Singh. Abortion Worldwide: Uneven Progress and Unequal Access. Guttmacher Institute. 2017.

⁹ TAVARES, Bárbara. Selva Almada critica peso da religião em legalização de aborto no Brasil: Convidada da Flip deste ano, a escritora argentina Selva Almada fala sobre a aprovação da legalização do aborto na Câmara dos Deputados em Buenos Aires na quinta (14). Especialistas comentam o impacto no Brasil. Disponível em: <https://revistamarieclaire.globo.com/Mulheres-do-Mundo/noticia/2018/06/selva-almada-critica-peso-da-religiao-em-legalizacao-de-aborto-no-brasil.html>. Acesso em 20. Ou 2019.

por um ato que é culpa da negligência dos Estados que não são capazes em fornecer educação e saúde de qualidade. O mundo caminha para alcançar igualdade, igualdade é dar condições para a liberdade de escolha, uma mulher não pode ser obrigada a abortar porque a legislação permite, mas também não deve ser obrigada a manter uma gravidez por proibição legal.

É necessário garantir políticas de saúde acessíveis e universais, que levem em conta os direitos sexuais e reprodutivos de todas as pessoas. É inerente à vida digna e à saúde, o desenvolvimento de políticas públicas neste sentido para a preservação da integridade da mulher para que ela possa ter esclarecimento e condições suficientes para adquirir e manter uma gravidez apenas quando desejar, garantindo assim dignidade a si e à criança.

Referências Bibliográficas

BARCELLOS, Ana Paula de. Mínimo Existência e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy." In TORRES, Ricardo Lobo (Org.). A Legitimação dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2002, pp. 11-50.

BARREIRA, Marina. A legalização do aborto na Espanha. Disponível em: <https://www.brasileiraspelomundo.com/a-legalizacao-do-aborto-na-espanha-2301112985>. Acesso em: 20 out. 2019.

BERALDO, Lilian. Saúde: Mulheres que fizeram aborto relatam momentos de medo e desespero. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2018-08/mulheres-que-fizeram-aborto-relatam-momentos-de-medo-e-desespero>. Acesso em: 20 out. 2019.

CARVALHO, Kildare Gonçalves, Direito Constitucional Didático, p. 189, 3ª Edição, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1994.

CREMESP, Informativos. Política De Saúde E Ética Médica: Norma Técnica do MS não prevê Boletim de Ocorrência para abortamento legal. Disponível em: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Jornal&id=479>. Acesso em: 20 Out. 2019.

LAKHANI, Nina. El Salvador: Where women may be jailed for miscarrying. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/magazine-24532694>. Acesso em: 05 ago. 2019.

MACKINTOSH, Eliza. Abortion laws around the world: from bans to personal choice. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2017/01/25/health/abortion-laws-around-the-world/index.html>. Acesso em: 01 ago. 2019.

MARANHÃO, Fabiana. Aborto cresce 37% em seis anos de legalização no Uruguai. Disponível em: Veja mais em <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2018/06/19/seis-anos-apos-legalizar-aborto-uruguai-ve-procedimento-crescer-37.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 20 out. 2019.

MARTÍN, Patricia. Suben ligeramente los abortos en España: Se rompe la tendencia de descensos iniciada con la ley de interrupción del embarazo. Disponível em: <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20181220/abortos-espana-2017-crecen-7212620>. Acesso em: 30 jul. 2019.

MARTINS, Renata. A legislação sobre aborto no mundo. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/a-legisla%C3%A7%C3%A3o-sobre-aborto-no-mundo/a-41414071>. Acesso em: 22 Nov. 2019.

MENEZES, Greice, Aquino, M.L Estela. Pesquisa sobre o aborto no Brasil: avanços e desafios para o campo da saúde coletiva. Cad. Saúde Pública vol.25 supl.2 Rio de Janeiro 2009.

MOREIRA, Anelize. Como é o aborto legal no Brasil e por que ele está sob ataque: Entrevista com o ginecologista Jefferson Drezett Ferreira, que realizou 2,2 mil abortos

A Legalização do Aborto como Questão de Saúde Pública no Brasil e no Mundo

garantidos por lei às mulheres. Disponível em: <https://www.brasilefato.com.br/2019/07/04/como-e-o-aborto-legal-no-brasil-e-por-que-ele-esta-sob-ataque/>. Acesso em: 14 Ago. 2019.

MOURA, M. Rafael. Decisão sobre aborto é para que se adotem políticas públicas, diz Barroso. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,decisao-sobre-aborto-e-para-que-se-adotem-politicas-publicas-diz-barroso,10000091794>. Acesso em: 20 Out.2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas Considerações em torno da Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988. In: Revista do Interesse Público nº 12: 137-191, 2001.

SHOR, N. Aborto como Questão de Saúde Pública. Estudo de Demanda de Mulheres que Recorrem ao Hospital por Complicações de Aborto. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, 1984.

SUSHEELA, Singh. Abortion Worldwide: Uneven Progress and Unequal Access. Guttmacher Institute. 2017.

TAVARES, Bárbara. Selva Almada critica peso da religião em legalização de aborto no Brasil: Especialistas comentam o impacto no Brasil. Disponível em: <https://revistamarieclaire.globo.com/Mulheres-do-Mundo/noticia/2018/06/selva-almada-critica-peso-da-religiao-em-legalizacao-de-aborto-no-brasil.html>. Acesso em 20. Ou 2019.

RESUMO: A cada dia cresce o número de demandas judiciais relativas ao direito à saúde que vem sendo ajuizadas por cidadãos, com o objetivo de exigir que o Estado atue de forma positiva, concedendo-os alguma prestação, seja um fornecimento de medicamento ou a realização de um procedimento de emergência, uma vaga em UTI, um leito em hospital, próteses, suplementos alimentares, realização de cirurgias, realização de exames, entre outras prestações. Diante desta situação, surge uma problemática, de um lado o Estado que vem cumprindo de maneira ineficiente a sua obrigação de garantir a todos o pleno direito à saúde e do outro lado o cidadão com seu direito e dignidade violados, tendo que se socorrer através do Poder Judiciário para buscar a efetivação de seu direito à saúde. Em que pese, o direito à saúde esteja assegurado pela Constituição, sendo um direito fundamental e social, nem sempre os cidadãos têm seu direito concretizado nesta esfera. Assim, o que nos restam, é lutar para que a cada dia ele possa se tornar mais satisfatório aos cidadãos proporcionando a todos uma vida mais digna com condições de sobrevivência.

Palavras-chave: saúde pública; direito a saúde; direitos sociais; direitos fundamentais; dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT: Every day the number of legal claims related to the right to health are being filed by citizens, with the aim of requiring the State to act positively, granting them some benefit, either a supply of medicine or the performance of an emergency procedure, a place in the ICU, a hospital bed, prostheses, food supplements, surgery, examinations, among other benefits. Faced with this situation, a problem arises, on the one hand the State that has been inefficiently fulfilling its obligation to guarantee everyone the full right to health and on the other hand the citizen with their right and dignity violated, having to help themselves through Judiciary to seek the realization of their right to health. In spite of the fact that the right to health is guaranteed by the Constitution, being a fundamental and social right, citizens do not always have their right in this sphere. So, what we have left is to fight so that every day it can become more satisfying to citizens by providing everyone with a more dignified life with conditions of survival.

Keywords: public health; right to health; social rights; fundamental rights; dignity of human person.

Introdução

A cada dia cresce o número de demandas judiciais relativas ao direito à saúde que vem sendo ajuizadas por cidadãos, com o objetivo de exigir que o Estado atue de forma positiva, concedendo-os alguma prestação, seja um fornecimento de medicamento, uma vaga em Unidade de Terapia Intensiva (UTI), um leito em hospital, próteses, suplementos alimentares, realização de cirurgias, realização de exames e dentre várias outras prestações.

Diante desta situação atual, surge uma problemática, de um lado o Estado que cumpre de maneira ineficiente a sua obrigação de garantir a todos o pleno direito à saúde e

¹ Pós-graduada em Direito Constitucional pelo complexo educacional Damásio de Jesus. Pós-graduanda em direito previdenciário –EBRADI: Escola Brasileira de Direito.

do outro lado o cidadão com seu direito e dignidade violados, tendo que se socorrer através do Poder Judiciário para buscar a verdadeira efetivação de seu direito à saúde.

À vista disto, é de suma importância abordar sobre a concretização do direito à saúde, tema este que gera muita discussão e posicionamentos divergentes entre doutrinadores, dado que, para alguns se tratam de norma programática que sua concretização dependente exclusivamente da elaboração de políticas públicas econômicas e sociais por parte do Poder Legislativo e Executivo e para outros tal direito constitucionalmente previsto não pode ser limitado ao ponto de depender da boa vontade do legislador para se ver efetivado.

O direito social à saúde é um direito público e subjetivo, que tem ligação direta com o direito fundamental à vida. Embora não haja direito absoluto no ordenamento jurídico brasileiro, pode-se afirmar que tais direitos são uns dos mais importantes, visto que não é possível exercer os demais direitos sem ter plenamente garantido a saúde e a vida do indivíduo.

Desta forma, o Estado utiliza-se de argumentos impeditivos para não ser condenado pelo Poder Judiciário a fornecer determinada prestação, seja um fornecimento de medicamento, um leito em hospital, realização de cirurgias, realização de exames, entre outros, utilizando argumentos como a teoria da reserva do possível e as situações administrativas financeiras, plano orçamentário anual.

Assim, fica claro a omissão Estatal frente ao princípio da Dignidade da pessoa humana, visto que tal princípio constitucional é a base, e um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, o qual deve estar presente e ser analisado sempre que surgir conflitos entre os direitos, porquanto é certo que a dignidade é inerente aos indivíduos.

O direito à saúde engloba todos os seres humanos, cujo cumprimento é de reponsabilidade do Estado, de promover as medidas que se fizerem necessárias para a verdadeira efetivação da saúde. Nesta perspectiva, é o que a Lei 8.080/90 traz em seu artigo 2º, A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Desta forma, pode-se entender que o direito à saúde é um dever do Poder público que, não sendo cumprido ainda que de forma parcial, ocorre uma grave omissão.

1. Direito Fundamental e Direito Social

Os direitos fundamentais são direitos que se alteram no tempo de acordo com a forma de cada ordenamento jurídico, sendo um processo lento e contínuo de afirmação, ou

seja, não nascem de um dia para outro, vão se desenvolvendo de acordo com o contexto histórico específico de cada ordenamento jurídico.

Por meio dos direitos fundamentais, é assegurado aos indivíduos, os direitos sociais, mínimos existenciais para vida e para a sua continuidade. São direitos irrenunciáveis e inalienável, ainda que pelo seu titular. Independentemente de convicção política, crença, raça, nacionalidade, a característica dos direitos fundamentais, traz que todos os indivíduos possuem esses direitos sem requisitos prévios, ou seja, tais direitos já são inerentes à pessoa.

Assim, os direitos fundamentais têm como base o princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do Estado democrático de direito, conforme preceitua o art. 1º da Constituição Federal Brasileira²

Todos os sujeitos, tendo em vista o disposto na Constituição Federal, possuem direitos fundamentais, que de acordo com Ingo Sarlet³, “são direitos do ser humano reconhecidos na esfera do direito constitucional positivo de cada Estado”.

A positivação dos direitos fundamentais eleva-os como base de organização e limite aos poderes constituídos. Assim os atos emanados dos poderes públicos devem estar de acordo, pautados com o que a Constituição prescreve sobre os direitos fundamentais, caso haja qualquer violação por parte dos poderes públicos, tais atos serão inválidos e inconstitucionais.

A vinculação do Poder judiciário, é clara no sentido de resguardar os direitos ameaçados ou violados, conforme prescreve o artigo 5º, XXXV, CF¹: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Desta maneira, a defesa dos direitos fundamentais, vincula poder judiciário, pois é inerente à sua função jurisdicional de solução dos conflitos, de deter o poder-dever de prolatar o direito.

De acordo com a doutrina temos direitos de primeira, segunda e terceira geração. Os direitos de primeira geração surgem com as primeiras cartas declaratórias de direito e avançam ao longo do tempo, estão ligados a liberdades clássicas ou liberdades negativas que envolvem uma não atuação do Estado na esfera privada, normalmente tratam de direitos civis e políticos. Os direitos de segunda geração acentuam o princípio da igualdade, buscam uma atuação positiva do Estado, há uma emergência dos direitos sociais, como a saúde, educação, trabalho, assistência aos desamparados, entre outros. Por fim, os direitos de terceira geração consagram o princípio da solidariedade ou fraternidade, são os direitos metaindividuais ou transindividuais, que pertence a uma coletividade.

² Constituição Federal de 1988, artigo 1, parágrafo 1, inciso III.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. 2 ed, revista ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

Os Direitos sociais são direitos de segunda dimensão, onde o Estado tem o dever de agir, prover, fazer, implementar políticas públicas que tornem realidades os direitos constitucionalmente previstos. Atualmente os Direitos Sociais são reconhecidos como modalidades dos direitos fundamentais, além de estar consagrado pela Constituição Federal de 1988.

Desta forma, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidades; STF, Adin 939-07/DF e STF, ADIN 937-7/DF; o STF decidiu que os direitos sociais também devem ser considerados cláusulas pétreas, numa interpretação ampliada do artigo 60 da Constituição Federal.

A Constituição de 1988 foi a primeira Constituição a reservar ao tema um capítulo específico, depois de prever um rol de direitos sociais em seu artigo 6º, como saúde, educação, lazer, segurança, trabalho, transporte, previdência social, proteção à maternidade e a infância, assistência aos desamparados, entre outros.

A grande parte das normas definidoras de direitos sociais são formadas por normas-princípios, sob o aspecto objetivo seus efeitos são evidentes, uma vez que traz ao legislador a obrigatoriedade de agir positivamente, criando as condições materiais para o exercício dos direitos de fornecimentos prestacionais aos cidadãos carecentes. Sob o aspecto subjetivo, sua exigibilidade dependerá de dois fatores: a reserva do possível e o mínimo existencial.

Assim, como menciona Ingo Sarlet⁴, a reserva do possível é a reserva de capacidade financeira do Estado na prestação material, uma vez que, seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos.

A reserva do possível é classificada por Luiz Fernando Sgarbossa⁵ em : a) reserva do possível como limitação fática, com base na escassez real ou econômica; e b) reserva do possível como limitação jurídica, podendo ter o seguinte desdobramento: b1) limitação impostas aos direitos sociais com base na escassez ficta; b2) limitação imposta por ausência de razoabilidade ou proporcionalidade da pretensão.

Neste caso, a reserva do possível por limitação jurídica, os recursos econômicos existem, mas sua alocação em determinados setores acaba por implicar o não atendimento de outras necessidades, por uma decisão disjuntiva do órgão ou agente com competente. Verifica-se a existência de uma escolha do órgão competente da administração pública e órgãos políticos, nos quais tomam decisões privilegiando determinados setores com investimentos de recursos que poderiam ser alocados em outros setores com maiores déficits.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde, p.29.

⁵ SGARBOSSA, Luís Fernando. Crítica à teoria dos custos dos direitos. v 1, Reserva do Possível, Porto Alegre: S.A. Fabris, 2010, p. 138, 139 e 140.

Flávio Martins⁶ relata em sua Obra “Curso de Direito Constitucional” que segundo o relatório do Tribunal de Contas da União, a administração pública federal (incluindo Legislativo, Executivo e Judiciário Federais) gastam R\$ 3,47 bilhões por mês com funcionários em cargos de confiança e comissionados, totalizando 35% de toda a folha de pagamento do funcionalismo público federal. Na opinião do autor Flávio Martins, investir em cargos comissionados é uma opção política, na maioria das vezes pautada na imoralidade, já que possui como escopo principal a perpetuação no poder de alguns governantes.

Por sua vez, o mínimo existencial dos direitos sociais é a garantia Estatal de prestação material ou pelo menos um nível mínimo de existência assegurado pelo Estado; ou seja, a prestação de dignidade humana para a seguridade social.

O mínimo existencial dos direitos é irreduzível, intangível, inviolável e não pode ser objeto de ponderações. O Supremo Tribunal Federal tem se utilizado cada vez mais da teoria do “mínimo existencial dos direitos sociais” para decisões emblemáticas; como exemplo a questão da saúde no Brasil.

O direito à saúde constitui um direito humano e fundamental, sendo protegido pelo Estado, positivado no artigo 196 da Constituição Federal, *in verbis*:

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.

Ademais, a Constituição trouxe o direito à saúde como uma norma de caráter programático, onde terá sua eficácia com a ação do Poder público por meio de políticas públicas.

Contudo, é pacífico no Superior Tribunal Federal que, embora o artigo 196 da CF tenha um caráter programático, ainda assim, é dever do Poder público (União, Estados e Municípios), conceder os meios necessários à fruição desse direito.

De acordo com o artigo 23 da Constituição⁷ é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência. Assim, os entes da federação possuem responsabilidade solidária quanto à saúde, cabendo a eles cumprir os mandamentos constitucionais.

⁶ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves, Curso de Direito Constitucional, 3ª Edição, São Paulo, Saraiva Educação, 2019, p. 958

⁷ Constituição Federal de 1988, artigo 23.

Dessa forma, se confirma que os direitos fundamentais, no qual se inclui o direito à saúde, são de grande relevância, ainda mais quando se trata de um Estado Democrático de Direito.

A Lei nº 8.080, de 19/9/1990, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, e dá outras providências. Já a Lei nº 8.142, de 28/12/1990, dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde, e confere outras providências.

Nesse sentido, a normatização desse direito ainda não está devidamente consolidada, em razão da multiplicidade de aspectos e fatores condicionantes a envolver o tema. A Lei nº 8.080, de 1990, em seu art. 3º, estabelece que a saúde tem como “determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso a bens e serviços essenciais”.

2. Direito À Vida

O Constituinte originário assegurou o direito à vida no caput do artigo 5º da Constituição federal, onde traz demais direitos fundamentais. O titular do direito fundamental à vida, são todos os seres humanos; não podendo haver nenhuma forma de discriminação, pois se deve assegurar à vida conforme o princípio da isonomia.

Portanto o titular do direito fundamental à vida, possui o direito de existir, o qual consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo.

Assim, demonstrando o quanto relevante o direito à vida é, o legislador originário deixa claro a proteção da vida ao mais frágil, como por exemplo, o art. 227 da CF, o qual aborda sobre o dever que a sociedade, a família e o Estado tem de proporcionar à criança e ao adolescente com prioridade absoluta a vida.

Mesmo diante desta magnitude que o direito à vida se revela, este não é absoluto, pois ao vislumbrar casos concretos, quando ocorre conflitos entre direitos, sempre se sobressairá o mais relevante naquele momento, naquele caso específico, com base na razoabilidade e proporcionalidade e dentre outros critérios que se fizerem necessários caso a caso.

Na análise do Professor Flávio Martins⁸, o direito à vida está umbilicalmente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que sem a tutela adequada do direito à vida, não há como exercer a dignidade da pessoa humana e os direitos dela decorrentes.

O direito à vida não corresponde a um dever de inação estatal (mera liberdade pública), sendo um dever do Estado assegurar uma vida digna. Assim, o direito à vida tem duas acepções:

- a) O direito de continuar vivo;
- b) O direito de ter uma vida digna

Na primeira hipótese o Estado tem o dever de não fazer, não interferir na decisão em nossas decisões de vida, caso que traz imensa discussão jurídica. Na segunda hipótese, o Estado tem o dever de fazer, proporcionando a todos um mínimo existencial de uma vida digna. Sendo assim, o direito à vida é um princípio constitucional, decorrente da dignidade da pessoa humana, devendo ser titulado com maior intensidade possível.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) trata do tema no artigo 4º, item I: “toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento de sua concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

No mesmo sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁹, no seu artigo 3º dispõe que, “toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e a segurança pessoal”.

O direito à vida na legislação brasileira é compatível com o Pacto de São José da Costa Rica, no que toca a tutela na vida intrauterina; assim, estando o Estado com o conhecimento de existência real de risco próximo e se omite na sua proteção, ocorre verdadeiro fracasso no dever de proclamação do direito fundamental à vida.

No exercício de cumprimento do dever de proteção ao direito fundamental à vida, surge para o Estado, dentre outras medidas de caráter protetivo, uma delas é a obrigação de fornecimento de medicamentos, que se mostrem indispensáveis à sobrevivência do enfermo, pois o Estado não tem apenas o dever de se abster de ações diretas contra a vida humana, mas também carrega o dever de zelar para a manutenção da vida de forma digna.

À vista disto, podemos concluir como posição pacífica, que o Estado possui esse dever de proteção à vida e saúde, inclusive cumprindo obrigações como o fornecimento de medicamentos e outras medidas protetivas que se fizerem necessárias para a manutenção de uma vida digna, conforme positivado na Carta Magna.

⁸ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves, Curso de Direito Constitucional, 1ª Edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 814.

⁹ Assembleia Geral da ONU. (1948). “Declaração Universal dos Direitos Humanos” (217 [III] A). Paris.

Apesar de se encontrar como um direito garantido pelo ordenamento jurídico, o direito à vida, deixa de ser observado diariamente em diversos casos. São pessoas que morrem por falta de leitos em hospitais, a espera de cirurgias do sistema único de saúde e por falta de medicamentos.

O problema muitas vezes é de escala social, principalmente uma questão econômica, uma vez que, atender a determinados casos gera custos ao Estado. Não é “barato”, por exemplo, manter um paciente em coma, sem plano de saúde em uma UTI de um hospital, mas não podemos esquecer que este sujeito tem reservado seu direito à saúde e à vida, sendo obrigação do Estado dar essa garantia à família e ao sujeito; não deixando ele esperando por uma vaga no sistema único de saúde, que encontra-se vergonhoso em nosso país.

A proposição quanto ao direito à saúde e o papel do judiciário, no entanto, reflete uma problemática frente à ineficácia do Poder Executivo no ato de implementar políticas públicas sobre a saúde, bem como a destinação de recursos; assim, frequentemente há uma interferência do Poder Judiciário na prestação de atendimento aos sujeitos que necessitam.

Há certa discussão se o Poder Judiciário não estaria interferindo na atribuição do Poder Executivo, visto que, do mesmo modo que o julgador tem dificuldade em decidir quanto a um pedido de medicamento ou um procedimento médico de urgência, ele deve cumprir aquilo que está assegurado na constituição, no caso o direito à saúde de todos.

Dessa maneira, se entende que não cumprindo o Poder Executivo com o seu papel, podemos recorrer ao Judiciário para efetivação um direito fundamental, além disso, esse poder pode cumprir certos deveres para o desenvolvimento de políticas públicas, isto é, pode exigir que autoridades cumpram suas obrigações e tomem determinadas atitudes.

A intervenção jurisdicional não está invadindo a esfera de outro poder, mas efetivando o que os outros poderes não estão tutelando de maneira eficiente. Consequentemente, o Poder Judiciário é visto como uma via para se ter protegido o direito à saúde, à vida e à dignidade.

Com o passar dos anos, houve um aumento nas demandas judiciais pleiteando uma autorização de um procedimento de emergência ou fornecimento de medicamentos, ou ainda, uma autorização de exames, deixando claro que há uma necessidade urgente de implementação de políticas públicas referentes à saúde.

O Estado deve tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais no limite de suas desigualdades, de acordo com o conceito de igualdade material. Assim, se buscará reduzir a desigualdade existente entre as parcelas mais abastadas da população.

Os índices investidos em saúde encontram-se baixos, apesar da Emenda Constitucional número 29 de 13 de setembro de 2000 prever que o orçamento federal para a saúde teria reajustes automáticos; ainda temos um déficit em relação à investimentos na área de saúde. No portal da transparência da Controladoria-Geral da União, podemos consultar o orçamento atualizado para área da saúde e o que foi executado como despesas, assim, temos os dados quem em 2018 o orçamento previsto para área da saúde foi R\$121,86 (cento e vinte e um e oitenta e seis bilhões de reais), porém, foram gastos apenas R\$ 108,18 (cento e oito e dezoito bilhões de reais). Diante de uma saúde precária, com tratamento heterogêneo, é vergonhoso para um país, que além de não investir em políticas públicas, sequer, cumpre o orçamento previsto para a saúde.

Por fim, não se pode deixar de mencionar que o indivíduo exerce uma ação que irá refletir diretamente na vontade final do Estado; exemplo disso, é o exercício do direito ao voto, exercício dos direitos políticos, onde os vários indivíduos demonstram a sua vontade, formando assim a vontade Estatal.

Contudo, é certo que por muito tempo, ou melhor, nunca se investiu em educação no Brasil, ficando mais fácil para os políticos o controle da população, retirando-lhes o conhecimento, para se perpetuarem no poder.

Desta forma, poucos detêm o poder e a maioria da população se contentam com o mínimo do mínimo existencial, por falta de educação, conhecimento de seus direitos e conscientização política.

Considerações Finais

O Poder Judiciário garante o direito à vida e à saúde e possui prerrogativa de interferir nas políticas públicas para se ver garantido os dispostos no ordenamento jurídico; tem o papel de interpretar a Constituição e as leis, resguardando direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico, assim, diante de causas de relevância e urgência, os cidadãos podem e devem provocar o judiciário para que seja assegurado seus direitos.

Sendo o direito à saúde assegurado pela Constituição, os indivíduos podem cobrar as prestações necessárias à sua concretização. E apesar dos problemas que ainda se enfrenta nessa esfera, há que lutar para que a cada dia ele possa se tornar mais satisfatório aos indivíduos proporcionando a todos uma vida mais digna com condições de sobrevivência.

A consecução de direitos individuais, direito aos medicamentos, por exemplo, à uma pessoa, não exclui direitos coletivos de uma determinada sociedade, sendo legítimo ao judiciário interferir nessa dinâmica até que haja uma atuação de políticas públicas realmente assertivas.

Conclui-se que cabe ao judiciário, como já vem sendo feito presentemente, analisar os casos em concreto, levando em consideração sempre a dosimetria entre a dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial e a reserva do possível, buscando sempre ajustar os interesses do administrado com os da administração.

O direito à saúde tem como base a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental instituidor da República Federativa do Brasil, e como tal, deve ter atenção especial por parte do Estado.

Por fim, sabe-se que o acesso a serviços públicos que garantam a continuidade da vida humana deve ser encarado pelo Estado com a devida importância que a história, os doutrinadores, os julgadores e, principalmente, a Constituição de 1988, nos garantem.

Referências Bibliográficas

Assembleia Geral da ONU. (1948). “Declaração Universal dos Direitos Humanos” (217 [III] A). Paris.

Constituição Federal de 1988.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves, Curso de Direito Constitucional, 1ª Edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 814.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves, Curso de Direito Constitucional, 3ª Edição, São Paulo, Saraiva Educação, 2019, p. 958.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. 2 ed, revista ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde, p. 29.

SGARBOSSA, Luís Fernando. Crítica à teoria dos custos dos direitos. V 1, Reserva do Possível, Porto Alegre: S.A. Fabris, 2010, p. 138,139 e 140.

<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/27555/a-atuacao-do-poder-judiciario-e-sua-interferencia-na-saude>. Acesso em: 04 de out. 2019.

<https://jus.com.br/artigos/67816/a-omissao-do-estado-na-aplicacao-do-direito-fundamental-a-saude-e-a-atuacao-do-poder-judiciario-para-a-efetivacao/4>. Acesso em: 04 de out. 2019.

Resumo: O presente artigo tem o objetivo de analisar as principais inovações que podem ser considerada como uma nova dimensão de Direito. Contudo, o enfoque será dado ao seu papel na defesa do direito das mulheres, direito esse também colocado em destaque pelas inovações da Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006. O grande desafio mostrado neste estudo é como uma sociedade contemporânea influencia diretamente o enfoque do direito. Consoante as inovações que exigem uma atitude de todos para o enfrentamento dos problemas gerados que historicamente consideram a mulher como ser inferior em relação aos homens. A iniciativa de alguns países com a criação de legislação que proteja direitos objetivos e subjetivos, enquanto em outros países por questões culturais e religiosos são supridos ou ignorados.

Palavras-chave: Quinta Geração de Direito. Política urbana. Violência Domestica. Femicídio.

Introdução

Para definirmos uma nova concepção de geração de direitos, atente-se para o que acontece vive-se no momento histórico. Com o surgimento das novas tecnologias, as novas conexões de convívio criaram redes sociais, são ciclicidades e modismos, que nos ligam de maneira absoluta.

Nos dias de hoje já há uma projeção do pensamento das gerações de direitos, em sua forma de evolução pelos métodos e das prerrogativas, em diferentes fases que se distinguem quanto ao que se refere à categoria das prerrogativas e dos conteúdos que foram ganhando essas previsões. Numa análise bem mais estudada sobre o tema, esse pensamento é atribuído a um jurista tchecoslovaco naturalizado na França chamado Karel Vasak.

Baseando a idéia de que uma nova geração surge a partir de movimentos e situações que possam ser defendidos através do sistema legal, atualmente vislumbra-se situações cotidianas e repetitivas que envolvem agressões físicas, verbais, psicológicas a um grupo específico de minorias, que se acuam diante da fragilidade, mas que não deixam de buscar a defesa, e alterações legais para defesa de princípios básicos violados.

As formas de violências contra a mulher acabam extrapolando o íntimo, tornando-se um problema de ordem pública, e nesse contexto, os impactos que causam na sociedade, afetam diferentes níveis e classes sociais, regimes políticos, etnias, cor e credos, atingindo escalas globais em todos os países. Procedemos de um sistema culturalmente conservador e

¹ Servidora Pública da Prefeitura Municipal de São Paulo, lotada atualmente na Secretaria Municipal de Segurança Urbana- Corregedoria Geral da Guarda Civil Metropolitana. Graduada em Direito pela Universidade Paulista. Pós-graduanda em Gestão Pública Municipal pela UNIFESP. Cursando Especialização em Direito Público Municipal pela Escola Superior de Gestão e Contas Públicas do Tribunal de Contas do Município de São Paulo

patriarcal, e no decorrer dos anos a submissão feminina, que foi constituída da idéia da superioridade masculina, perdeu gradativamente sua força.

Os movimentos feministas no período de final de século XIX, e início do século XX, acrescidos com a Revolução Industrial, provocaram com que as mulheres assumissem papéis de sustento dentro de seus lares, com consequência do acesso a mais educação, maior poder econômico e social, trazendo consigo uma busca por mudança cultural. Concordamos que é vergonhoso que, em pleno século XXI, a violência contra a mulher continue sendo um dos graves conflitos de nossa sociedade. São muitas mulheres que diariamente suportam situações de agressões, tanto física como, psicológica que convertem o seu viver em um pesadelo. Estes processos de transformações culturais e sociais proporcionaram avanços significativos, como o direito ao voto, reconhecimento como trabalhadoras, e talvez o mais importante, o reconhecimento dos “direitos humanos das Mulheres”.

1. Gerações de Direito

Seguindo as dimensões do direito dirimidos por Karel Vasak baseada na revolução francesa, tem-se a Primeira Geração ou Dimensão de direitos fundamentais, referem-se à garantia de liberdades, caracterizando os direitos civis e políticos, que buscava um Estado liberal frente ao Absolutismo. Ilustre-se que os direitos de primeira dimensão são o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à liberdade de expressão, à liberdade religiosa, à participação política, dentre outros.

Enquanto na Segunda Geração ou Dimensão pós primeira guerra mundial, surge à figura dos direitos sociais, advêm dessa geração a Constituição Mexicana em 1916, e Alemanha em 1919(Weimar) e pelo Tratado de Versailles em 1919(OIT).

Bonavides ao fazer referência aos direitos de segunda geração afirmou que "(...) são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula".

Na Terceira Geração ou Dimensão, é marcado por direitos metaindividuais, difusos e coletivos, tutela de um meio ambiente sadio. São princípios destinados à solidariedade, o Estado demonstra uma responsabilidade com as gerações futuras.

Para os doutrinadores que defendem a existência da Quarta Geração ou Dimensão, Norberto Bobbio, entende que “tratam-se dos direitos relacionados a engenharia genética”.

E para Paulo Bonavides “a globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. (...) Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. (...) A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. É direito de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. (...) os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia.”

Alguns autores defendem a existência da Quinta Geração ou Dimensão de direito e parte da doutrina justifica a ideia. Leciona sobre o assunto José Adércio Leite Sampaio² que para Marzouki, tais direitos seriam direitos oriundos de resposta à dominação biofísica que impõe uma visão única do predicado “animal” do homem, conduzindo os “clássicos” direitos econômicos, culturais e sociais a todas as formas físicas e plástica, de modo a impedir a tirania do estereótipo de beleza e medidas que acaba por conduzir a formas de preconceitos com raças ou padrões reputados inferiores ou fisicamente imperfeitos.

1.1. Gerações de Luta do Direito da Mulher

A luta por direitos das mulheres historicamente incluem a busca por direitos à integridade e autonomia dos corpos, a votar, ocupar cargos públicos, ao trabalho, dentre outros. Sempre confrontando ideais e culturas de sujeição. Na Europa em 1673, François Poulain de La Barre³ fez a primeira manifestação em favor de igualdade entre homens e mulheres, explanando a que diferença física entre os sexos seria insuficiente para corroborar as teses preconceituosas vigentes em sua época, e que justificavam a subordinação das mulheres aos homens.

A participação na política é algo recente dando o direito de voto primeiramente à Nova Zelândia, em 1893. Em seguida, Austrália (1902), Finlândia (1906) e a Noruega (1913).

² Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e da Escola Superior Dom Helder Câmara. Procurador da República

⁴ François Poullain de La Barre, nascido em 1647 em Paris e falecido em 4 de maio de 1723 em Genebra, foi um escritor francês, filósofo e feminista cartesiano.

Entre 1914 e 1939, as mulheres adquiriram o direito ao voto em mais 28 países. Somente após a Segunda Guerra Mundial alguns países ocidentais admitiram as mulheres no corpo eleitoral. A política é uma maneira da participação para luta contra o tratamento desigual com relação ao homem.

À medida que o movimento feminista internacional começou a ganhar força nos anos 70, a Assembleia Geral das Nações Unidas declarou o ano de 1975 como o Ano Internacional das Mulheres e organizou a primeira Conferência Mundial sobre as Mulheres, na Cidade do México. Os anos de 1976 a 1985 foram declarados a Década da Mulher.

2. Cultura de Raízes da Violência

Frente a tenacidade das discriminações contra as mulheres denota uma atitude e uma apreciação profundo olhar sobre as raízes relacionado a um compromisso buscando coibir a insistência de lugares que caracterizam para cada gênero na sociedade, gerando fortes barreiras para a efetivação de direitos. Essas desigualdades de gênero estão, ainda, nas raízes de sofrimento físico e mental, violação e morte que atingem bilhões de mulheres de todas as idades, raças, etnias, religiões e culturas.

Conquanto a importância apresentada por esse problema, nas diferentes regiões do mundo, a falta desse entendimento sobre as desigualdades, e do que foi construído atribuindo papéis ao homem e a mulher resulta na negação de direitos e os níveis de tolerância social à violência, por consequência a violência aumenta.

É de extrema importância desconstruir papéis e construir uma nova percepção de respeito os direitos humanos das mulheres em sua diversidade. Em tempo de Brasil Colônia as Ordenações Filipinas⁴ no Livro V, Título XXXVIII dava o direito aos maridos o direito de assassinar as mulheres. O Código Civil de 1916 criado pela lei 3.0711 de 01/01/1916, em seu livro I, título I, capítulo I, art.06, inciso II, considerava mulheres casadas como “incapazes”.

3. Avanços e desafios no Enfrentamento da Violência de Gênero

No âmbito internacional na década de 1970 a gestão de violência contra a mulher foca na esfera familiar, como na Conferência Mundial do Ano Internacional da Mulher, em 1975, cria um plano de ação mundial para promoção da mulher, decorrendo cinco anos na

4 As **Ordenações Filipinas**, ou Código Filipino, é uma compilação jurídica que resultou da reforma do código manuelino, por Filipe II de Espanha (Felipe I de Portugal), durante o domínio castelhano. Ao fim da União Ibérica (1580-1640), o Código Filipino foi confirmado para continuar vigendo em Portugal por D. João IV

Conferencia Mundial do Decênio das Nações Unidas para mulher, em 1980, aprovou uma resolução sobre o assunto violência do lar, bem como recomenda que os países adotem programas para eliminar a prática da violência contra mulheres e as crianças.

Em 1985 na conferência em Nairobi, é um marco para que no âmbito internacional o conceito de violência de gênero seja recebido. Na Conferência Mundial de Direitos Humanos, na cidade de Viena, em 1993 o pedido do movimento das mulheres de que a violência de gênero radica as relações estruturais de desigualdade entre os homens e mulheres são reconhecidas, essa expressão da visibilidade a expressão. E com isso a inclusão no conceito todas as violações a direitos fundamentais das mulheres em decorrência das relações de subordinação impostas pela criação patriarcal da sociedade. A Convenção Interamericana, de 1994, a Conferência de Beijing, de 1995, e a Resolução do Parlamento Europeu acerca da tolerância zero à violência contra a mulher, em 1997, emergem como textos importantes da nova perspectiva em relação à proteção às vítimas da violência de gênero.

Essa internacionalização tem efeitos importantes para que políticas públicas sejam criadas, pois os Estados obrigam-se reciprocamente a adotar medidas para proteção das vítimas da violência de gênero. A opção pela tutela penal dos direitos fundamentais da mulher seguiu dinâmica e processos diferenciados na Europa e na América Latina.

O reconhecimento e a inserção do conceito de violência de gênero nos textos jurídicos são recentes. Destaque para o trecho da Declaração das Nações Unidas, de 20 de dezembro de 1993: “Constitui uma manifestação das desigualdades históricas entre homens e mulheres que conduziram à dominação da mulher e sua discriminação pelo homem, impedindo o pleno desenvolvimento da mulher, e que a violência contra a mulher é um dos mecanismos sociais fundamentais por meio do qual a mulher é colocada em relação de subordinação”. O reconhecimento e a inserção do conceito de violência de gênero nos textos jurídicos são recentes.

2.1. No Brasil

Mencionado por alguns especialistas que o nosso País registrou avanços significativos nas últimas décadas. Dentre eles a ratificação da Convenção de Belém do Pará – como ficou conhecida a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra Mulher. Foi um marco no enfrentamento à violência contra as mulheres, exigindo dos Estados um compromisso efetivo na erradicação da violência de gênero a partir da criação

de legislação específica, matéria em que o Brasil tornou-se referência com a promulgação da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340), em 2006⁵.

O conjunto de normas internacionais com leis nacionais foi de extrema importância para tirar a violação dos direitos humanos das mulheres da invisibilidade. Revelando o real problema, são pequenos passos ao longo de um processo de busca transformar, dando responsabilidade direta a administração pública para a criação de serviços específicos para atendimento àquelas que tiveram seus direitos violados, o fomento à capacitação de pessoal e a modificação de padrões socioculturais.

3.2. Na Espanha

Assim como nos demais países a Espanha enfrenta esse problema de alarme social, aprovando Leis de Proteção integral contra as vítimas. As leis são aplicadas a todas as mulheres maltratadas, tanto cidadãs espanholas como estrangeira, em situação regular ou irregular. Podendo receber ajuda dos serviços públicos disponíveis.

Com o título de Ley Orgánica 1/2004-Medidas de Protección Integral Contra La Violência de Género criada em 28/12/2004. A lei pretende dar respostas firmes e contundentes por meio de tipos penais específicos.

Previsto no art. 15 da Constituição Espanhola o direito a vida e integridade física e moral. Os poderes públicos têm obrigação de adotar medidas de ação coletiva positiva para efetivar os direitos fundamentais.

A lei 01/20014⁶ objetiva atender as recomendações dos organismos internacionais no sentido de proporcionar uma resposta global à violência que se exerce contra as mulheres. Abarca aspectos preventivos, educativos, sociais, assistenciais e atenção posterior as vítimas. Adiciona normas de natureza penal, casos que a agredida seja ou tenha sido esposa ou companheira do autor as penas são agravadas. Garante o acesso à informação e à assistência social, através de serviços de atenção permanente, urgente e especializado. Altera a Lei do Estatuto dos Trabalhadores para que se justifique no trabalho e eventual necessidade de

5 No caso brasileiro, a Lei Maria da Penha surgiu, dentre outros fatores, como resposta à recomendação da Organização dos Estados Americanos (OEA) que puniu o Estado brasileiro em virtude das omissões praticadas no caso de Maria da Penha. A institucionalização da violência contra a mulher, no Brasil, está imbricada com o panorama internacional, na medida em que a emergência da legislação resultou da internacionalização de um conflito interpessoal ocorrido dentro dos limites da soberania do Estado brasileiro cujos instrumentos institucionais disponíveis naquele momento não foram capazes de resolver adequadamente o conflito em questão.

6 Fontes: Exposição de Motivos (EM n. 016 – SPM/PR Brasil) e Exposición de Motivos (Ley Orgánica 1/2004 Espanha) Conferir estudo detalhado dos antecedentes da LO n. 1/2004, análise dos tipos penais bem como a perspectiva integral inaugurada em 2004: MAQUEDA Abreu, 2010, p. 113-130; LAURENZO Copello, 2005, p. 8-23; LUACES Gutierrez; VÁSQUEZ Gonzalez, 2006, p. 93-150.

remoção. Inscrição da vítima em programas sociais de inserção profissional, bem como benefício social para mulheres com baixa expectativa de empregabilidade. Proporciona a possibilidade de concessão de medidas protetivas desde o início do processo até o finalizar desse processo.

Considerações finais

Temos que considerar a proteção jurídica as mulheres, mesmo com a positivação dos direitos dados, dando nova dimensão de direito poderemos curar uma ferida que ao longo de anos foi calado pela submissão a cultura machista. Novos costumes e hábitos estão em desenvolvimento, para buscar o enfrentamento a uma evidente situação envolta de polêmicas e debates. Enseja com postura diversa daquele em que vivemos até agora. Esse processo abarca as nações que buscam a efetivação de direitos humanos desde a primeira geração, e deverá gerar movimentos de transformações culturais e institucionais.

Reiteradas ações para a proteção dos direitos das mulheres tem sido tomada em algumas nações, atualmente fala-se muito em empoderamento feminino, a constância de luta por igualdade entre homens e mulheres ao longo dos séculos obteve-se conquistas valiosas com positivações de direitos e garantias, mas a tangencia para abranger países que cultivam hábitos de sujeição sugerem que essa luta é contínua.

Referências

- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, p. 6. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 571-572. SAMPAIO, José Adércio Leite. A constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.302.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.
- COMPARATO, Fábio Konder (2010). A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Editora Saraiva.
- MACHADO, Lia Zanotta. Onde não há igualdade. In: MORAES, Aparecida F.; SORJ, Bila (orgs.). Gênero, violência e direitos na sociedade brasileira. Rio de Janeiro: 7Letras, 2009.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Relatório Igualdade de gênero e crescimento econômico no Brasil. Disponível em: <<http://www.worldbank.org/pt/news/feature/2019/09/10/Brazil-why-promoting-qualpay-is-good-for-economy-job-market>> Acesso em: 10.set.2019.
- Principais Documentos Internacionais para a Promoção dos Direitos das Mulheres e da Igualdade de Gênero — Observatório Brasil da Igualdade de Gênero. www.observatoriodegenero.gov.br > Acesso em: 16.set.2019.

**O CONFLITO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA
DETERMINAÇÃO DE SUSPENSÃO DE CARTEIRA NACIONAL DE
HABILITAÇÃO E APREENSÃO DO PASSAPORTE COMO MEDIDAS
COERCITIVAS ATÍPICAS NAS OBRIGAÇÕES PECUNIÁRIAS**

Flavia Silveira dos Santos Cabral*

Resumo: As medidas executivas típicas têm se demonstrado inócuas no cumprimento das obrigações pecuniárias quando se trata de devedores solventes, mas que, com intenção deliberada em inadimplir, utilizam-se de sofisticadas técnicas de blindagem patrimonial as quais permitem que movimentem seus bens, sem que os mesmos sejam rastreados ou vinculados à sua pessoa. Visando garantir maior efetividade e celeridade ao processo, o Código de Processo Civil/2015 trouxe diversas inovações, entre elas o artigo 139, inciso IV o qual confere ao magistrado a imposição de meios não previstos na legislação processual destinados à efetivação da obrigação de pagar. Tais meios executivos atípicos somente devem ser aplicados após esgotados todos os meios típicos de satisfação de dívida e/ou quando o devedor se valer de meios ardis para não realizar a prestação devida, devendo a decisão do magistrado além de lógica e proporcional, ser fundamentada e sujeita ao contraditório. No entanto, muito embora na hipótese de utilização de medidas atípicas para garantir pagamento seja imprescindível a observância dos princípios e garantias constitucionais, alguns direitos constitucionais poderão ser flexibilizados em casos específicos e quando confrontados com outros valores e direitos da outra parte. Assim, a essência do presente artigo é interpretar as medidas executivas atípicas de apreensão de passaporte e suspensão da carteira nacional de habilitação sob o prisma da relatividade dos direitos fundamentais, a fim de funcionarem como ferramenta essencial e legal à disposição do judiciário, desde que o preenchidos os requisitos específicos.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Medidas Coercitivas Atípicas; Apreensão de Documentos; Inconstitucionalidade.

Abstract: Typical executive measures have been shown to be ineffective in fulfilling pecuniary obligations when it comes to solvent debtors, but with deliberate intent to default, they use sophisticated asset shielding techniques which allow them to move their assets without being tracked or linked to them. In order to ensure greater effectiveness and speed to the process, the Civil Procedure Code / 2015 brought several innovations, including article 139, item IV which allows the magistrate the imposition of means not provided for in procedural law intended to enforce the obligation to pay. Such atypical executive means should only be applied after all typical means of debt satisfaction have been exhausted and / or when the debtor makes use of cunning means not to make the due installment, being the magistrate's decision to be rational and proportionate as well as subject to the contradictory. However, although in the event of using atypical measures to ensure payment, compliance with constitutional principles and guarantees is essential, some constitutional rights may be relaxed in specific cases when compared with other values and rights of the other party. Thus, the essence of this article is to interpret the atypical executive measures of seizure of passport and suspension of the national driver's license from the perspective of the relativity

* Graduada em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Pós-graduanda em Processo Civil pela Faculdade IBMEC-SP – Instituto Damásio de Direito. Advogada. Endereço eletrônico: flaviasscabral@gmail.com

of fundamental rights, in order to function as an essential and legal tool available to the judiciary, provided that the specific requirements are met.

Keywords: Fundamental Rights; Atypical Coercive Measures; Seizure of documents; Unconstitutionality.

Introdução

A rotina das lides forenses tem demonstrado que uma – senão a maior – das frustrações experimentadas por aqueles que recorrem ao judiciário, após longo e árduo processo, é a falta do cumprimento da obrigação certificada.

Considerando que a Constituição Federal assegura uma tutela adequada, efetiva e tempestiva e as insatisfatórias ferramentas processuais bem como a ausência de técnicas mais sofisticadas a fim de garantir o acesso a tal tutela, evidenciou-se um injustificável descompromisso do processo civil com as prestações pecuniárias¹.

E, não obstante seja imprescindível o respeito aos direitos do devedor, é preciso observar que uma proteção injustificada deste acarreta em irreparáveis prejuízos ao patrimônio – e, por que não, à dignidade do credor, tendo em vista as remotas possibilidades de receber aquilo que também constitui direito seu.

A efetividade da decisão judicial, como uma das principais preocupações da nova legislação processual civil, e as evidentes demonstrações de que o cumprimento das obrigações não estavam mais sendo satisfeitas pelas vias tradicionais de execução de dívida pecuniária, somadas ao fato de que aquele que sofreu algum ilícito querer, de toda forma, buscar a devida reparação no mundo fático, o Código de Processo Civil/2015 instituiu em seu artigo 139 uma cláusula que traz a possibilidade do juiz se valer de outros meios para que o credor obtenha o bem da vida perseguido reconhecido por decisão judicial, em casos de devedores que, mesmo solventes, persistem em permanecer inadimplentes.

Ocorre que, decisões proferidas determinando suspensão da carteira nacional de habilitação e a apreensão de passaporte em hipóteses que todos os meios executivos típicos já haviam sido esgotados, vem sendo entendidas por parcela significativa da doutrina e jurisprudência como violação de preceitos fundamentais, haja vista a restrição do direito de locomoção que a apreensão de tais documentos supostamente possam acarretar.

Assim, o artigo em questão justifica-se pelo grande impacto do tema nas relações comerciais e pessoais, na fé pública e na segurança jurídica, sendo fundamental estabelecer a harmonia entre os direitos fundamentais dos litigantes e a realização da justiça visto que,

¹ PEREIRA, Maurício. Medidas executivas atípicas na execução por quantia certa: diretrizes e limites de aplicação. Dissertação (Mestrado). Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2019 p. 34-35.

O Conflito Entre os Direitos Fundamentais na Determinação de Suspensão de Carteira Nacional de Habilitação e Apreensão do Passaporte como Medidas Coercitivas Atípicas nas Obrigações Pecuniárias

quando a postura do devedor de má-fé exceder os limites do razoável não pode uma medida mais enérgica do magistrado ser considerada um abuso judicial sob o risco de tornar o Judiciário um mero espectador, conivente com condutas desonestas praticadas no decorrer do processo.

1. O artigo 139, inciso IV do Código de Processo Civil/2015 e os meios executórios atípicos.

Muito embora as medidas executivas atípicas já estivessem presentes no artigo 461, §5º do Código de Processo Civil/1973, as mesmas só eram aplicadas às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa (artigos 461 e 461-A, §3º) enquanto a nova legislação processual civil prevê o seu alcance, inclusive, nas obrigações de pagar quantia certa, como se observa o disposto no inciso IV do artigo 139 do Código de Processo Civil/2015:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)

IV. determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial, **inclusive nas ações que tenham por objeto a prestação pecuniária.**

Tal dispositivo consagra o princípio da atipicidade dos meios executivos, o qual tem como escopo outorgar maior efetividade à execução e garantir a satisfação quanto ao resultado pretendido pelo exequente.

Dentre os meios atípicos elencados no referido artigo, a medida mandamental trata-se de uma ordem que impõe o cumprimento de determinada obrigação, diferenciando das demais determinações judiciais, já que a sua não observância acarretará na prática de crime de desobediência sendo utilizada, por esse motivo, em casos extremos.

Diferentemente das medidas de sub-rogatórias – as quais, de modo independente da participação do devedor, tem como escopo dar ao credor o que lhe é de direito - os meios coercitivos influenciam sobre a vontade do obrigado para que o mesmo satisfaça a obrigação devida².

Acerca das razões de adoção do modelo de atipicidade das medidas executivas, é necessário que se prevaleça o equilíbrio entre os meios típicos e atípicos prestigiando-se,

² CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Campinas: Bookseller, 1998, p. 349-350.

Flavia Silveira dos Santos Cabral
dessa forma, a legalidade bem como a segurança jurídica, em virtude de o devedor ter pleno conhecimento do meio executório que lhe será imposto em um primeiro momento e, também, da possibilidade de utilização dos meios atípicos quando constatada a ineficácia dos meios típicos a fim de garantir, ao credor, a efetividade da prestação jurisdicional³.

Há o entendimento de que este somente poderá ser aplicado de forma subsidiária, ou seja, após previamente esgotadas todas as técnicas de execução direta⁴. Nesse sentido, é relevante a observação do doutrinador Daniel Assumpção Neves sobre a necessidade de “existência no processo de indícios de que o cumprimento da obrigação é possível, sendo a inadimplência uma opção consciente e programada do executado (...)”⁵.

Ocorre que, dentre os princípios da execução, a doutrina arrola o da responsabilidade patrimonial o qual, segundo Araken de Assis, significa que “a execução contemporânea confere-se exclusivo caráter real. Visa a execução, segundo opinião comum, ao patrimônio do executado”⁶.

Isto é, para muitos, a aplicação de medidas coercitivas contra o devedor nas obrigações pecuniárias, viola o princípio da responsabilidade patrimonial dado que, de modo diferente do que ocorre nas técnicas executivas diretas no emprego da via indireta, os meios executivos não recaem exatamente sobre os bens penhoráveis do devedor, levando a entender que em casos em que não houver fortes indícios de que o mesmo esteja ocultando seu patrimônio, tais medidas – em especial, as coercitivas - não teriam o condão de satisfação de crédito mas, tão somente, de punição, substituindo a dívida patrimonial inadimplida e caracterizando verdadeiras sanções civis de natureza material⁷.

Logo, a fim de evitar arbitrariedades, é imprescindível que o magistrado justifique a adoção da excepcionalidade da medida por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, como dispõe o artigo 93, inciso IX da Constituição Federal além de demonstrar que a mesma se deu em razão da ineficácia dos meios típicos.

Deste modo, o fato da redação do inciso IV, artigo 139 do Código de Processo Civil/2015 dispor que o magistrado poderá determinar todas as medidas indutivas,

³ BORGES, Marcus Vinícius Motter. Medidas Coercitivas Atípicas nas Execuções Pecuniárias: parâmetros para aplicação do art. 139, IV do CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.79-80.

⁴ Enunciado 12, Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC (arts. 139, IV, 523, 536 e 771).

⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Medidas executivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: art. 139, IV, do novo CPC. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 42, n. 265, mar. 2017, p. 12-14.

⁶ ASSIS, Araken de. Manual de execução. 18.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.145

⁷ BRUSCHI, Gilberto Gomes; NOLASCO, Rita; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. Fraudes patrimoniais e desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 22.

O Conflito Entre os Direitos Fundamentais na Determinação de Suspensão de Carteira Nacional de Habilitação e Apreensão do Passaporte como Medidas Coercitivas Atípicas nas Obrigações Pecuniárias

coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, não significa que o legislador almejava que a imposição de tais meios transformassem-se em medidas punitivas, indignas e capazes de alcançar a liberdade pessoal do devedor.

É óbvio depreender que, ao estabelecer a possibilidade de o juiz agir ou coagir por meio de formas não previstas expressamente em lei, a edição do referido dispositivo não tinha como objetivo deliberado ceifar qualquer direito fundamental do devedor nas execuções de obrigações pecuniárias, mas sim uma forma deste satisfazer espontaneamente o direito do credor no caso de inobservância dos imperativos jurídicos, prezando a adequação, proporcionalidade e razoabilidade para satisfazer a execução.

Conforme preconiza Francesco Carnelutti, as medidas jurídicas coercitivas distanciam-se das penas se observadas sob a óptica da função desta, visto que a pena é imposta como consequência da infração de determinada norma ou lei, enquanto os meios coercitivos “tem finalidade satisfaciente e não aflitiva”⁸.

2. A apreensão de documentos como medida coercitiva para adimplemento nas obrigações pecuniárias e as posições doutrinárias e dos Tribunais Superiores.

Se a novidade da ampliação dos poderes do juiz já suscitava justificável apreensão por parte dos operadores do direito em geral, uma inédita e corajosa decisão proferida nos autos do Processo de Execução Cível Nº 4001386-13.2013.8.26.0000 – Tribunal de Justiça de São Paulo, gerou acentuada repercussão doutrinária e jurisprudencial e abriu precedentes para discussões em relação a algumas medidas que, supostamente, extrapolariam os limites da razoabilidade e proporcionalidade.

Isso porque a mencionada decisão determinou a apreensão do passaporte e a suspensão da carteira nacional de habilitação do executado até que o mesmo efetuasse o débito exequendo, levando ao entendimento da 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo que a determinação importava em relevante restrição de direitos e liberdades individuais acarretando, inclusive, na procedência da Ação de Habeas Corpus Nº 2183713-85.2016.8.26.0000 impetrada contra a juíza sentenciante, que concedeu definitivamente a ordem para serem devolvidos ao paciente os documentos apreendidos.

⁸ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classibook, 2000. v.1. p. 290.

Expoentes doutrinadores brasileiros, tais como Araken de Assis, Jorge Amaury Maia, Guilherme Nóbrega Pupe e Paulo Antonio Papini rejeitam a apreensão de documentos como forma de coerção atípica em execuções pecuniárias e defendem a inconstitucionalidade do artigo, sob o argumento, em linhas gerais, de que não se pode, de forma alguma, restringir o direito à liberdade em razão de inadimplemento de obrigação⁹.

O tema também foi submetido a exame pelo Superior Tribunal de Justiça o qual entendeu que, em um caso específico, o acautelamento de passaporte, de fato, limitava a liberdade de locomoção de forma desproporcional e não razoável, levando a desconstituição da medida executiva e a devolução do documento ao recorrente. Porém, em relação a suspensão da carteira nacional de habilitação, a jurisprudência de tal Corte Superior é no sentido de que tal determinação não configura ameaça ao direito de ir e vir devendo o ato ser impugnado pelas vias recursais próprias¹⁰.

Por outro lado, há quem defenda a suspensão de carteira nacional de habilitação ou apreensão de passaporte como medidas proferidas de forma excepcional em processos com particularidades próprias e de solução praticamente impossível; isto é, quando se tratar de executado de má-fé, devedor contumaz, que trabalha ou é herdeiro de vultoso patrimônio, que residir em imóvel de alto padrão, ostentar padrão de vida luxuoso porém, por meios escusos, criar obstáculos para a execução mesmo depois de reconhecer como devida a sua obrigação de pagar.

Nesse sentido, alguns tribunais do Brasil concluíram que em hipóteses como no caso em tela, tais instrumentos de coerção não revelavam qualquer situação de dano efetivo ou de risco potencial ao *jus manendi, ambulandi, eundi ultra citroque*, tratando-se somente de imposição de medidas restritivas de direitos do devedor, adequadas, necessárias e proporcionais para assegurar o cumprimento de ordem judicial – como acontece, por exemplo, no protesto e na inclusão do nome do inadimplente (seja ele de boa ou má-fé) em cadastros de proteção ao crédito.

Da mesma forma, os ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade negaram provimento ao Recurso em *Habeas Corpus* N° 99.606/SP e manteve apreendidos os documentos do devedor visto que o mesmo não cumpriu com o dever que lhe cabia de indicar meios executivos menos onerosos e menos eficazes para a satisfação do direito do exequente¹¹.

⁹ BORGES, Marcus Vinícius Motter. Medidas Coercitivas Atípicas nas Execuções Pecuniárias: parâmetros para aplicação do art. 139, IV do CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.194-197.

¹⁰ STF. RHC N° 97.876/SP (2018/0104023-6). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 4ª Turma. Data de Julgamento: 05/06/2018.

¹¹ STJ. HC N° 99.606/SP (2018/0150671-9). Relatora: Ministra Nancy Andriighi. 3ª Turma. Data de Julgamento: 13/11/2018.

O Conflito Entre os Direitos Fundamentais na Determinação de Suspensão de Carteira Nacional de Habilitação e Apreensão do Passaporte como Medidas Coercitivas Atípicas nas Obrigações Pecuniárias

Atualmente a questão encontra-se em análise pelo Supremo Tribunal Federal em razão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.941/DF proposta pelo Partido dos Trabalhadores, cujo autor alega que a apreensão de documentos a fim de compelir o devedor a cumprir determinada obrigação pecuniária, violaria direitos fundamentais de liberdade de locomoção bem como da dignidade da pessoa humana.

3. O confronto entre os direitos fundamentais de locomoção e da efetividade da jurisdição na apreensão de documentos.

Muito embora tais medidas restrinjam, indiscutivelmente, o direito de personalidade do devedor – mais especificamente a honra objetiva, a sua utilização não se trata de qualquer inovação no ordenamento pátrio, visto que aplicada amplamente de maneira extrajudicial, como ocorre no protesto e a negativação¹².

Fato é, em casos de devedor solvente que optou, deliberadamente, por frustrar o pagamento, as medidas coercitivas relacionadas à natureza da obrigação pecuniária nem sempre atingirão os princípios da eficiência e efetividade jurisdicional.

Assim, da mesma forma que acontece com os meios típicos, a suspensão da carteira nacional de habilitação pode não levar ao fim desejado quando se tratar de um devedor que embora não esteja autorizado a conduzir seu veículo, pode realizar, tranquilamente, seu deslocamento diário por meio de transporte público, a pé ou de bicicleta. Por outro lado, a apreensão do passaporte torna-se medida absolutamente adequada caso esse mesmo devedor possua dinheiro ou bens no exterior.

As hipóteses acima constataam que, respeitados os critérios de adequação e a correta proporção entre causa e efeito, meio e fim, são legítimas as restrições de direitos fundamentais em casos específicos¹³.

E, não obstante estejam fundamentados no princípio da dignidade humana, a característica de relatividade¹⁴ indica que os direitos e garantias individuais e coletivas

¹² GRECO, Leonardo. Coações indiretas na execução pecuniária. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). Grandes temas do novo CPC: atipicidade dos meios executivos. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 415-416.

¹³ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Teoria geral dos direitos fundamentais. https://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade_teor_a_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf Acesso em 14/08/2019 às 19h11m.

¹⁴ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. Direito processual constitucional. 6ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 304-309.

Flavia Silveira dos Santos Cabral consagrados no artigo 5º da Constituição Federal não são absolutos, visto que podem sofrer limitações quando necessário assegurar o exercício de outros direitos fundamentais¹⁵.

Como é sabido, o Código de Processo Civil/2015 estabeleceu uma gama de novos princípios a fim de garantir às partes a resolução integral do litígio em prazo razoável com a entrega efetiva da prestação devida, especialmente no que se refere à tutela executiva.

A referida inovação reforça a proteção dos direitos fundamentais dos litigantes – inclusive do credor, haja vista que, princípios como o da cooperação gera deveres recíprocos às partes levando a soluções mais harmônicas e pacíficas¹⁶, além de permitir que o magistrado atue de maneira mais ativa com o propósito de entregar ao credor o seu direito, dentro das exigências do devido processo legal.

Por fim, antes de aplicar tal medida executiva deve o juiz de primeiro grau de jurisdição observar o contraditório prévio, o que possibilita ao devedor impugnar as medidas adotadas sugerindo meio executivo menos oneroso, desde que eficaz – exatamente como preconiza o princípio da cooperação materializado no artigo 805, parágrafo único do Código de Processo Civil/2015.

Assim, seja pelo prisma da relatividade ou do caráter não taxativo do rol de direitos e garantias fundamentais, a limitação do direito de locomoção em decorrência da apreensão do passaporte ou da suspensão da carteira nacional de habilitação não pode ser admitida como proteção para a manutenção do inadimplemento programado e consciente do devedor quando este possui liquidez ou existência de patrimônios capazes de solver a obrigação.

Por outro lado, sem a aplicação de medidas executivas indiretas no caso concreto de devedor que embora tenha possibilidade não cumpre voluntariamente a obrigação exigida e não apresenta qualquer proposta de adimplemento, não tem outra alternativa o credor senão em se conformar em nunca ter seu crédito satisfeito, representando uma situação de violação irreversível de direitos e garantias fundamentais.

Conclusão

Sob a égide da Constituição Federal bem como do Código de Processo Civil/2015 e, levando em consideração o fato dos direitos fundamentais não terem caráter absoluto, não parece a apreensão de documentos tratar-se de medida inconstitucional quando esgotados todos os meios executivos típicos e forem dados ao devedor solvente a possibilidade de sugerir formas de cumprimento da obrigação de maneira eficaz mas que lhe seja menos onerosa e mesmo assim, este permanecer inerte.

¹⁵ STF. Mandado de Segurança N° 23.452. Relator Min. Celso de Mello. Data de Julgamento: 16/09/1999)

¹⁶ CAMBI, Eduardo; HAAS, Adriane; SCMITZ, Nicole. Princípio da cooperação processual e o novo CPC. Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 106, n. 984, p. 345-384, out. 2017.

O Conflito Entre os Direitos Fundamentais na Determinação de Suspensão de Carteira Nacional de Habilitação e Apreensão do Passaporte como Medidas Coercitivas Atípicas nas Obrigações Pecuniárias

Em suma: é inequívoco que medidas como a apreensão de passaporte e suspensão de carteira nacional de habilitação levem a um confronto explícito entre direitos fundamentais, sem um critério prévio capaz de solucionar tal impasse. Daí a necessidade de se impor limitações recíprocas bem como a observância da existência de outros direitos, tão fundamentais quanto ao de locomoção, de forma que a solução do conflito traduza o equilíbrio entre a consonância dos princípios e a efetividade dos mesmos.

Referências

ASSIS, Araken de. Manual de execução. 18.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BORGES, Marcus Vinícius Motter. Medidas Coercitivas Atípicas nas Execuções Pecuniárias: parâmetros para aplicação do art. 139, IV do CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BRUSCHI, Gilberto Gomes; NOLASCO, Rita; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. Fraudes patrimoniais e desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CAMBI, Eduardo; HAAS, Adriane; SCMITZ, Nicole. Princípio da cooperação processual e o novo CPC. Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 106, n. 984, out. 2017.

CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classibook, v.1, 2000.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Teoria geral dos direitos fundamentais. Disponível

em:<www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf> Acesso em 14/08/2019 às 19h11m.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Campinas: Bookseller, 1998.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. Direito processual constitucional. 6ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GRECO, Leonardo. Coações indiretas na execução pecuniária. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). Grandes temas do novo CPC: atipicidade dos meios executivos. Salvador: JusPodivm, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. Manual de direito processual civil. 2ed. São Paulo: Método, 2010.

_____. Medidas executivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: art. 139, IV, do novo CPC. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 42, n. 265, mar. 2017.

PEREIRA, Maurício. Medidas executivas atípicas na execução por quantia certa: diretrizes e limites de aplicação. 2019. 161f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Paraná – Setor de Ciências Jurídicas – Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2019.

CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - AMPLITUDE DA TEORIA DOS "LIMITES DOS LIMITES" NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ricardo Ferreira da Silva Junior¹

Resumo: O contexto do trabalho é analisar o conteúdo da teoria dos "limites dos limites", e sua incidência no ordenamento jurídico brasileiro. Essa teoria é relacionada ao conflito de normas em que uma das normas conflitantes seja um direito fundamental. O objeto é a teoria dos "limites dos limites"; essa teoria é aplicada como fator limitador da restrição de direitos fundamentais. É sabido que normas constitucionais podem ser limitadas por outras normas e os direitos fundamentais não estão imunes à essa limitação. Contudo, uma limitação excessiva dos direitos fundamentais poderá ser prejudicial aos seus detentores. O objetivo dela é evitar desvirtuamento do conteúdo dos direitos fundamentais mediante excessiva e arbitrária limitação estatal. É composta por um binômio: respeito ao núcleo essencial e obediência à proporcionalidade e razoabilidade. O método utilizado nesse trabalho foi revisão de obras literárias sobre o tema. O resultado alcançado foi no sentido de que a teoria é sim aplicada no ordenamento jurídico brasileiro. Conclusão: embora existam (e até sejam juridicamente válidos) os conflitos de normas e os direitos fundamentais não estejam imunes à esses conflitos, se faz necessário uma malha de proteção à esses direitos. A teoria dos limites dos limites imprime esse instrumento protetivo de maneira satisfatória.

Palavras-chave: teoria "limites dos limites", conflito de normas, restrição à norma limitadora, núcleo essencial, proporcionalidade e razoabilidade.

Introdução

É objeto do presente trabalho uma teoria ligada a possibilidade da limitação dos direitos fundamentais por normas restritivas: a teoria dos "limites dos limites", conforme Gilmar Mendes, criada pela doutrina alemã (mais especificamente pelo autor K. H. Wernicke na obra *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*).

Normas definidoras de direitos fundamentais, como qualquer norma, podem sofrer restrições por outras normas. Contudo, por se tratar de direitos com um conteúdo jurídico valioso e essencial para a vida em sociedade, essas restrições deverão ser limitadas e é justamente esse o objeto da teoria "dos limites dos limites".

A referida teoria cria obstáculos para normas restritivas de direitos fundamentais, com o intuito de proteger um núcleo essencial desses direitos e mantendo intacta a sua própria eficácia jurídica.

¹ Bacharel em Direito e Pós-graduando em Direito do Consumidor. E-mail: Ricardo95_jr@hotmail.com

Respeitados os elementos dessa teoria, quais sejam, a não violação de um núcleo essencial dos direitos fundamentais e também a proporcionalidade e razoabilidade (e seus fatores) a limitação dos direitos fundamentais torna-se juridicamente aceita de forma que a eficácia do direito fundamental atingido não se torne inócua.

Enfim, busca-se no presente trabalho analisar as diversas consequências jurídicas da aplicação (ou não) da teoria dos limites dos limites, se estabelecendo um parâmetro técnico-jurídico, com posterior compilação de doutrinadores para verificação da pertinência dessa teoria.

1. Conteúdo dos "limites dos limites"

A teoria dos "limites dos limites" (*Schranken-Schranken*) foi formulada pela doutrina alemã², ao analisar a eficácia das normas constitucionais referentes à Lei Fundamental Alemã. Como é cediço, os direitos fundamentais não são absolutos e podem sofrer limitações, inclusive por normas infraconstitucionais³. Contudo, é necessário estabelecer um parâmetro limitador no que toca à restrição dos direitos fundamentais, sob pena de desvirtuar sua própria essência jurídica.

Cada direito fundamental possui um núcleo essencial e caso esse núcleo seja ferido, tornar-se-á inútil a aplicação da norma constitucional. Embasado nessa premissa que Gilmar Ferreira Mendes ensina⁴ que as restrições dos direitos fundamentais existem, mas não podem ser ilimitadas devendo respeitar uma barreira jurídica definida pela teoria objeto deste artigo.

Portanto, se torna fácil concluir que a teoria dos "limites dos limites" coordena a ação do legislador, do administrador público e também do julgador sempre que houver uma hipótese de limitação⁵ de direitos fundamentais.

² Conforme ensina Gilmar Ferreira Mendes (p.1412), a teoria dos limites dos limites surgiu por comentários feitos à Lei Fundamental Alemã, formulados por K. H. Wernicke.

³ Exemplo clássico informado pelos autores de norma constitucional de eficácia limitada no ordenamento jurídico brasileiro está expresso no artigo 5º, inciso XIII da Constituição Federal de 1988: o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão é livre, mas poderá ser restringido pelas qualificações profissionais que a lei estabelecer. Nesse sentido, o exercício da advocacia, por exemplo, é restringido por normas infraconstitucionais, principalmente a Lei 8906 de 1994, que especificamente em seus artigos 3º *caput* e 8º, inciso IV, exige a aprovação no Exame de Ordem para o exercício da advocacia.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 189.

⁵ Conforme lição clássica de Direito Constitucional, produzida pela doutrina italiana (Vezio Crisafulli) e difundida no Brasil por José Afonso da Silva, a norma constitucional poderá ter três classificações, levando em consideração sua aplicabilidade e eficácia: poderá ter eficácia plena e aplicabilidade imediata (normas que produzem efeitos ao ingressarem no ordenamento jurídico e não podem ser restringidas pelo legislador ordinário), eficácia contida e aplicabilidade imediata (não precisam de nenhuma norma para produzirem efeitos, mas podem ser restringidas pelo legislador infraconstitucional) e normas constitucionais de eficácia e aplicabilidade limitada (necessitam de um complemento normativo para produzirem efeitos). É objeto deste artigo as duas últimas (eficácia contida e aplicabilidade imediata e eficácia e aplicabilidade limitadas).

Conflito de Direitos Fundamentais - Amplitude da Teoria dos "Limites Dos Limites" no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Com base lei que restringirá as normas constitucionais deverá respeitar dois fatores: os preceitos jurídicos da proporcionalidade e razoabilidade além do núcleo essencial do direito fundamental.

1.1 - Breve conceito:

A teoria dos limites dos limites guarda íntima relação com a aplicação dos direitos fundamentais no caso concreto, especificamente em casos que esse direito fundamental é limitado. Essa limitação poderá ter diversos aspectos (poderá ser externa ou interna); de qualquer forma, é pressuposto da limitação referente nesse ponto um choque entre normas jurídicas. Faz parte do núcleo da teoria citada uma limitação ao efeito que esse conflito de normas realizará no caso concreto.

Os direitos fundamentais tem a característica de serem relativos⁶, no sentido de que eles são suscetíveis de limitação. Nesse quadrante, no que concerne a origem da restrição ao direito fundamental são classificadas em duas as possíveis limitações: limitação interna e externa.

As limitações internas são basicamente aquelas presentes no próprio bojo da Constituição. Tem ligação, portanto, aos conflitos entre os direitos fundamentais. Humberto Ávila⁷ ensina que é possível existir conflitos entre normas e esse conflito será tratado de maneira distinta dependendo da espécie normativa (se for regra terá um tratamento, se for princípio, outro)⁸. Entrando em conflito dois direitos fundamentais, deverá haver a sopesamento deles - ocorre que eles são carecedores de ponderação, traduzida como a necessidade das normas (direitos fundamentais) terem aplicação em sua máxima medida possível (diferentemente do que ocorre com as regras, as quais ou são aplicadas "no todo" ou não são aplicadas). Por isso, com duplo fundamento jurídico (em função de serem princípios e também em função da inexistência de hierarquia entre os direitos fundamentais)

⁶ Considerar um direito fundamental como absoluto fatalmente causará problemas jurídicos. Flávio Martins (MARTINS, Flávio. Curso de Direito Constitucional. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 787) ensina que são "efeitos colaterais" de um hipotético direito fundamental absoluto: (i) o fato de que criará uma (indevida) hierarquia entre direitos fundamentais, de forma que os direitos fundamentais "inferiores" serão frequentemente desprezados, violados; (ii) provavelmente os titulares dos direitos fundamentais absolutos irão abusar de seu uso - o referido autor inclusive ilustra esse segundo problema com um exemplo: se a presunção de inocência for considerada absoluta, permitiria que o réu condenado interpusse diversos recursos com o objetivo de procrastinar a sentença penal condenatória.

⁷ ÁVILA, Humberto Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 edição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 42.

⁸ Existem diversos critérios de diferenciação entre regras e princípios; o que interessa a este trabalho é forjado por Dworkin, citado por Humberto Ávila (p. 43): indica que, caso existam dois (ou mais) princípios aplicáveis ao mesmo caso concreto eles poderão, ao contrário de regras, entrar em conflito sem que qualquer um deles perca a sua validade. Trata-se do sopesamento de princípios.

Ricardo Ferreira da Silva Junior
em caso de conflito de direitos fundamentais, eles deverão ser sopesados. Essa é a limitação interna⁹ dos direitos fundamentais.

Limitações externas ocorrem em função de fatores exteriores aos direitos fundamentais, podendo surgir em função de outros direitos constitucionais¹⁰ (no mesmo sentido do "choque de princípios" citado supra) ou mesmo por normas infraconstitucionais.

Apesar da norma infraconstitucional poder limitar os direitos fundamentais, se torna vital estabelecer "limites desses limites", com o intuito de manter intacta a eficácia dos direitos fundamentais. É nesse ponto de surge a teoria objeto deste artigo.

Com efeito, a teoria dos limites dos limites refere-se à limitação externa dos direitos fundamentais, especificamente à amplitude da ingerência da norma infraconstitucional nos direitos fundamentais. Sem prejuízo de posterior aprofundamento, os "limites dos limites" são representados por um binômio: respeito ao núcleo essencial do direito fundamental além da proporcionalidade e razoabilidade da norma infraconstitucional.

Antes de tocar nos efeitos práticos da teoria dos "limites dos limites" é necessário se debruçar à sua razão de existência: a manutenção de (uma mínima) eficácia do direito fundamental.

1.2 - Limites dos Limites como fator de proteção a eficácia dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, conquistados ao longo de vários séculos pela população, tem como principal função protegê-la da atuação do Estado (e também em relações entre particulares¹¹). É característica desse gênero de direitos a historicidade no sentido de que eles decorrem de uma lenta evolução histórica, a medida do desenvolvimento da sociedade. Além disso, os direitos fundamentais são inerentes a própria existência humana, o que evidencia a sua importância para seus destinatários.

A própria Constituição Federal brasileira de 1988 não ficou alheia a essa importância dos direitos fundamentais: previu expressamente, no artigo 5º, parágrafo 1º que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Em outras palavras,

⁹ É exemplo de julgado pelos Tribunais brasileiros da aplicação da limitação interna dos direitos fundamentais o caso "Ellwanger" (HC 82.424, STF): o Supremo Tribunal Federal decidiu que o escritor gaúcho Siegfried Ellwanger cometeu crime de racismo ao escrever uma obra antisemita. Perceba que houve uma limitação de direito fundamental: o direito da liberdade de manifestação de pensamento não foi considerado absoluto.

¹⁰ Outro caso decidido pelo Supremo Tribunal Federal ilustra essa limitação: a divulgação da remuneração dos servidores públicos foi considerada constitucional. No choque entre o direito de intimidade dos servidores públicos (artigo 5º, X da Constituição Federal) e o direito de informação de toda coletividade (artigo 5º, XIV da Constituição Federal), prevaleceu o primeiro.

¹¹ Conforme lição de Gilmar Mendes (MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 154), a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é um exemplo claro de aplicação de direitos fundamentais com o objetivo de proteger alguém em uma relação que em que o Estado, inicialmente, está ausente.

Conflito de Direitos Fundamentais - Amplitude da Teoria dos "Limites Dos Limites" no Ordenamento Jurídico Brasileiro

não é admissível na análise da norma brasileira que se conceba um direito fundamental que não tenha eficácia. É fácil concluir que o Poder Constituinte brasileiro evitou ao máximo que se restringisse direitos fundamentais no que toca ao seu alcance.

A defesa de um núcleo essencial nos direitos fundamentais é alinhada com princípios informadores da hermenêutica constitucional, tal como unidade da constituição e máxima efetividade da norma constitucional. Não é possível manter uma unidade sistêmica mínima com o desrespeito à determinados elementos dos direitos fundamentais; por exemplo, seria completamente desvirtuada a unidade constitucional caso existisse uma norma que impedisse completamente o exercício de determinada profissão, sem qualquer justificativa jurídica plausível. Essa medida arbitrária e excessiva violaria frontalmente o disposto no artigo 1º da Constituição Federal brasileira, que informa que é fundamento da República o valor social do trabalho.

Não se nega que é possível que exista conflito dos direitos fundamentais com outras normas, inclusive constitucionais também - eles, assim como qualquer norma jurídica, não estão imunes a essa espécie de conflito. Ocorre que se torna imprescindível se definir um núcleo de proteção dos direitos fundamentais, para evitar o desvirtuamento desses direitos de importância vital em qualquer sociedade. Conclui-se que o estudo de limitação dos direitos fundamentais é tema importantíssimo na Teoria Geral dos Direitos Fundamentais e, por conseguinte, do próprio Direito Constitucional.

1.3 - Binômio da teoria dos "limites dos limites" - Razoabilidade, Proporcionalidade e respeito ao núcleo essencial

Como exposto, a teoria dos "limites dos limites" é exteriorizada através de dois elementos: o respeito a um núcleo essencial do direito fundamental, considerado como um conteúdo intangível da norma constitucional que atingido diminui de maneira considerável sua eficácia normativa e também o respeito a proporcionalidade e razoabilidade da norma restritiva.

1.3.1 - Respeito ao núcleo essencial

O direito fundamental pode ser analisado tal qual ocorre com uma célula. Importante notar que qualquer célula tem um núcleo¹². Cada direito fundamental tem um núcleo

¹² Conforme lição forjada por K. H. Wernicke na obra *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, citado por Gilmar Mendes (MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 189), a ideia de comparar um direito fundamental com um núcleo de uma célula, tal como ocorre com a própria teoria dos "limites dos limites", é oriunda da interpretação da doutrina alemã sobre a Norma Fundamental alemã. Ocorre que o artigo 19 da Lei Fundamental

Ricardo Ferreira da Silva Junior
irredutível de forma que é plenamente possível que um "aspecto externo" do direito fundamental possa ser atingido, mas nunca o seu núcleo.

Gilmar Mendes (p. 190) ensina que a meta dessa proteção ao núcleo normativo de uma determinada norma encontra-se na tentativa de se contornar o risco de um esvaziamento dos direitos estabelecidos na Constituição.

Questão interessante versa sobre a amplitude desse núcleo essencial; existem duas grandes teorias a respeito. Há quem defenda (teoria absoluta - *absolute Theorie*) que o núcleo essencial é encontrado abstratamente na análise da norma. Em outras palavras, para os adeptos dessa teoria, o núcleo essencial não necessita de qualquer análise do caso concreto para sua definição¹³. Porém, não é essa teoria a prevalente no Brasil; conforme ensina Flávio Martins (p. 792), na aplicação do ordenamento jurídico brasileiro é majoritária a teoria relativa (*relative Theorie*) segundo a qual o núcleo essencial de um direito fundamental é definido através da análise de casos concretos, através da aplicação do princípio da proporcionalidade. Assim, para essa corrente, a aferição do núcleo essencial ocorreria através de um processo de ponderação entre meios e fins, com base justamente na proporcionalidade.

De qualquer forma, independentemente da teoria sobre o núcleo essencial aplicada¹⁴, é pacífico¹⁵ que o núcleo essencial é aplicado na análise das normas brasileiras, ainda que o texto da Constituição Federal de 1988 não o tenha estabelecido expressamente¹⁶. O fundamento jurídico dessa adoção é o mesmo da teoria em si: a não admissão de um limite à restrição dos direitos fundamentais "tornaria inócua qualquer proteção fundamental" (HC 82.959, STF).

Alema de 1949 (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) informa que em nenhum caso o direito fundamental será violado "em sua essência".

¹³ Novamente se valendo da lição de Gilmar Mendes (MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 191), para os adeptos da teoria absoluta, o núcleo essencial de um direito fundamental é entendido como uma unidade substancial autônoma (*substanzialer Wesenskern*), que independentemente de qualquer situação concreta, estaria "imune" a qualquer decisão legislativa.

¹⁴ Gilmar Mendes (p. 191) indica que tanto a teoria absoluta quanto a relativa apresentam fragilidades, não estando imunes à críticas. A adoção da teoria absoluta pode concretizar-se, em muitos casos, em uma fórmula vazia, uma vez que haveria uma dificuldade muito grande (quando não existir uma efetiva impossibilidade) de demonstração desse mínimo existencial na norma. De seu turno, a teoria relativa pode gerar uma indevida flexibilidade do conteúdo dos direitos fundamentais. Por essa razão, o autor alemão Hesse, citado por Gilmar Mendes, propõe uma solução conciliadora: o princípio da proporcionalidade é um eficiente limite de proteção as limitações arbitrárias dos direitos fundamentais (conforme o caso concreto - teoria relativa, portanto) e também contra o núcleo essencial da norma (conforme a norma em si - teoria absoluta).

¹⁵ O Supremo Tribunal Federal citou no HC 82959 (cujo objeto era o julgamento da constitucionalidade do regime integralmente fechado nos crimes considerados hediondos) que a garantia do núcleo essencial foi acolhida pelo Direito brasileiro.

¹⁶ Apesar de não prever expressamente o núcleo essencial das normas, há uma passagem constitucional que se toca, ainda que indiretamente, a ideia de limites ao legislador ordinário: o artigo 60, § 4º, inciso IV indica que não poderá existir emenda constitucional tendente a abolir direitos e garantias fundamentais. Há, portanto, um núcleo essencial implícito no modelo normativo produzido pelo Poder Constituinte Originário.

1.3.2 - Respeito à razoabilidade e proporcionalidade

A razoabilidade e proporcionalidade guardam intimidade com a ponderação de valores: nesse estágio de análise da pertinência da norma restritiva, se comparará duas normas jurídicas em função de determinados fatores para se chegar à conclusão, no final, do respeito (ou não) à restrição de limites impostos pela teoria estudada nesse artigo.

Os elementos referentes à razoabilidade e proporcionalidade são: a razoabilidade em sentido estrito (com a conseqüente análise da proibição do excesso), além de preceitos de necessidade e adequação.

A norma restritiva deve ser razoável no sentido do devido processo legal substantivo, ou seja, as medidas adotadas por quem está restringindo a norma devem ser minimamente compatíveis com o direito fundamental objeto da restrição. Dessa maneira, a restrição constitucional deverá respeitar o princípio da proibição do excesso. Não deverão ser toleradas restrições que desrespeitem preceitos de adequação (referente ao objetivo principal da lei restritiva) e necessidade (comparação entre a solução legislativa adotada e outras mais brandas).

Enfim, para que a proporcionalidade e razoabilidade sejam respeitadas, basicamente serão contrapostos o direito protegido pela norma restritiva e o direito fundamental restringido, e será feita uma ponderação de valores. Caso essa ponderação seja proporcional e razoável conforme os critérios citados, houve respeito a esse binômio da teoria dos "limites dos limites".

Conclui-se que para qualquer norma restritiva passar pelo "crivo" dos limites dos limites, essa norma não poderá atingir o núcleo essencial do direito fundamental, além de respeitar a proporcionalidade e razoabilidade (e conseqüentemente seus critérios informadores).

Conclusão

O desenvolvimento do estudo possibilitou a análise da amplitude da teoria "dos limites dos limites" sob uma ótica técnico-jurídica, estabelecendo-se uma malha jurídica de proteção para o destinatário dos direitos fundamentais possivelmente restringidos pela norma limitadora.

Os "limites dos limites" são uma verdadeira barreira contra excessos e arbitrariedades do Estado no sentido de restringir indevidamente direitos fundamentais. Com efeito, em respeito a princípios informadores da hermenêutica constitucional, tal como máxima efetividade da norma constitucional e unidade da constituição, se torna imprescindível o

Ricardo Ferreira da Silva Junior
respeito a determinados elementos dos direitos fundamentais, como próprio instrumento de proteção à população.

Por isso, a teoria "dos limites dos limites" deverá ser aplicada da forma mais ampla possível, até mesmo em respeito à uma garantia de segurança para que não se viole indevidamente direitos fundamentais.

Essa teoria, de forma acertada, foi adotada no Brasil, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal que a aplicou expressamente em julgados (tal como no julgamento do *Habeas Corpus* 82959). O posicionamento parece ser o mais acertado, no sentido de proteger direitos fundamentais de indevidas limitações, sendo compatível com os valores expressos na Constituição Federal brasileira de 1988.

Bibliografia

ÁVILA, Humberto Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Poder Legislativo, Brasília, DF.

MARTINS, Flávio. Curso de Direito Constitucional. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 8ª ed. São Paulo, Malheiros, 2015.

LIBERDADE RELIGIOSA

Hanan Ali Alwan¹

Resumo: Este estudo, em forma de artigo, visa, de forma concisa e branda, analisar a liberdade religiosa, como regra fundamental já aceita por diversos países, incluindo o Brasil. A abordagem da temática Liberdade Religiosa ocorreu por ser um assunto de grande relevância e sempre atual, já que vivemos em um mundo com grande diversidade religiosa, bem como intolerância. Intolerância essa que só cresce, cada vez mais, principalmente em países do Oriente Médio e África, porém, embora no Brasil haja uma tolerância “velada”, já tivemos episódios famosos, como o caso que ficou amplamente conhecido como Chute na Santa, ocorrido em 12 de outubro de 1995, quando um bispo de uma Igreja Evangélica desferiu palavras impróprias e ataques físicos à imagem da Padroeira do Brasil, como será mencionado no desenvolvimento do trabalho, o que deixou a comunidade católica, líderes de diversas outras religiões e, inclusive alguns seguidores evangélicos, completamente atônitos e revoltados. O estudo, por ter a condição de ser bem conciso, em face à pluralidade e diversidade do tema, apresentará alguns conceitos para que haja maior entendimento e facilidade de interpretação. A linguagem a ser utilizada neste trabalho será de âmbito mais prosaico, sem muitos termos específicos da área do Direito, uma vez que a intenção é não só alcançar as pessoas ligadas à essa área, mas também leigos que se interessem pelo tema. A metodologia aplicada à pesquisa é estritamente bibliográfica.

Palavras-chave: Liberdade Religiosa; Estado Laico; Diversidade Religiosa.

Abstract: This study, in the form of an article, aims, in a concise and bland way, to analyze religious freedom, as a fundamental rule already accepted by several countries, including Brazil. The approach of the thematic religious freedom occurred because it is a subject of great relevance and always current, since we live in a world with great religious diversity, as well as intolerance. This intolerance that only grows increasingly, especially in Middle East and Africa countries, however, although in Brazil there is a "veiling" tolerance, we have had famous episodes, as the case that was widely known as the kick in the Santa, which occurred on 12 October 1995, when a bishop of an evangelical church disinjured inappropriate words and physical attacks on the image of the patron saint of Brazil, as will be mentioned in the development of the work, which left the Catholic community, leaders of several other religions and , including some evangelical followers, completely stunned and revolted. The study, because it has the condition of being very concise, in view of the plurality and diversity of the theme, will present some concepts for greater understanding and ease of interpretation. The language to be used in this work will be of a more prosaic scope, without many specific terms of Law area, since the intention is not only to reach the people connected to this area, but also the laity who are interested in the topic. The methodology applied to the research is strictly bibliographical.

Keywords: Religious Freedom; Secular State; Religious Diversity.

¹ Graduada em Direito pela Universidade Católica de Santos. Email: hananalwan@icloud.com

Introdução

O presente estudo refere-se ao tema contemporâneo, “Liberdade Religiosa”, em face ao momento conturbado que se tem presenciado, no contexto global, nos últimos anos por conta das diferenças entre diversas religiões.

O homem é um ser que precisa acreditar em algo para viver e sobreviver, principalmente no momento atual em que se observa com muita perplexidade.

Desde os primórdios da humanidade que o homem tem essa necessidade premente de crer em algo a mais, além dele mesmo, em um ser superior que habita em algum lugar no céu e que está à espreita observando e julgando tudo o que se faz na Terra e que, na ocasião da morte, definirá se existirá a recompensa por nossa vida ou o castigo.

E essa necessidade de crer em algo superior deu início ao aparecimento de diversas religiões que muitos filósofos defendiam, e ainda a defendem, que começaram a surgir juntamente com a escrita, há milhares de anos.

Sabe-se que hoje em dia, no mundo, existem múltiplas e diferentes religiões na qual se destacam, o Cristianismo, Islamismo, Budismo, Espiritismo, Judaísmo, entre outras.

Tendo em vista a diversidade de religiões existentes no mundo e a necessidade dos povos viverem bem, já que no passado e ainda no presente, muitos foram dizimados por conta das diferentes opiniões religiosas, achou-se por bem optar por esse tema e esse artigo, além dessa Introdução, será dividido nas seguintes partes: Conceito de religião, Brasil, um estado Laico (Princípio da Igualdade e Princípio da Liberdade) a Liberdade Religiosa no Mundo e Considerações Finais.

O objetivo principal deste trabalho é fazer uma explanação clara, porém muito concisa do que vem a ser Liberdade Religiosa; quanto aos objetivos específicos são: deferir a condição de Estado Laico do Brasil, proclamado pela maior instância legislativa do país, a Constituição Federal, bem como dissertar, de modo abreviado, sobre os Princípios da Igualdade e da Liberdade. Além de uma brevíssima explanação da Liberdade Religiosa pelo mundo, culminando com as considerações finais observadas por essa autora.

Religião: Conceito

É de suma importância que se entenda o conceito de “religião” para que se possa dar continuidade ao tema “liberdade religiosa”.

De acordo com o livro *As Formas Elementares da Vida Religiosa*, Durkheim(1996, p. 32) procura definir a religião como um sistema de crenças e práticas (como os rituais, orações etc.) relativas ao sagrado. Veja a seguir:

“[...] uma religião é um sistema solidário de crenças e de práticas relativas a coisas sagradas, isto é, separadas, proibidas, crenças e práticas que reúnem numa mesma comunidade moral, chamada igreja, todos aqueles que a ela aderem. O segundo elemento que participa assim de nossa definição não é menos essencial que o primeiro, pois, ao mostrar que a ideia de religião é inseparável da ideia de igreja, ele faz pressentir que a religião deve ser uma coisa eminentemente coletiva.”

Ou seja, religião resume-se em um conjunto de crenças em que as pessoas se apoiam para que se sintam ligadas ao Sagrado, a Deus e cada um, ao escolher a que conjunto de crenças irá se ligar está exercendo, dessa forma, a sua liberdade religiosa, porém nem todos os países do mundo permitem que haja essa liberdade a disposição do povo.

Há muitos países no mundo, principalmente no Oriente Médio e África, que podem ser considerados Estados Religiosos ou “Estados Confessionais”, ou seja, os Estados que reconhecem uma religião específica como oficial, o que não é o caso do nosso país.

Brasil, Um Estado Laico

No início deste estudo não tem como não haver a menção sobre a ideia principal a qual o título se refere: liberdade.

“Liberdade é a faculdade que uma pessoa possui de fazer ou não fazer alguma coisa. Envolve sempre um direito de escolher entre duas ou mais alternativas, de acordo com sua própria vontade.”, de acordo com Pinho (2002, p. 82), ou seja, liberdade pode ser definida como poder agir de acordo com sua vontade, porém tendo em vista que é preciso que se respeitem alguns limites ditados pelas regras sociais.

Sobre a liberdade religiosa, a Constituição Federal Brasileira² assevera que:

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

[...]

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

Significando que está assegurada, pela Constituição Federal, a liberdade religiosa de nosso povo, ou seja, a liberdade religiosa assume uma nova visão jurídica, inviolável assegurando o exercício de diversos tipos de cultos religiosos.

Dentro deste prisma, o Brasil pode ser considerado como um Estado laico, mas o que significa essa expressão?

Estado laico é aquele que é neutro em relação às diversas religiões existentes, porém isso não implica em ser um estado pagão ou ateu, apenas que é neutro quanto à escolha de

² <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09.10.2019.

seu povo quanto a que religião seguir, dando o devido direito de escolha religiosa a seus cidadãos, ou seja, adepto da liberdade religiosa de cada um.

Porém, nem sempre o Brasil teve essa condição de Estado Laico.

Nossa Constituição datada de 1824³ (época do Império) estabelecia que a religião de nosso país era a “Religião Catholica Apostolica Romana”.

Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo.

Naquela época, a Constituição já declarava a possibilidade de outros cultos, porém apenas em caráter doméstico, sendo proibidas possíveis manifestações públicas de outros cultos que não fossem os católicos e assim, por décadas, o Brasil foi considerado um país essencialmente católico.

Com a Constituição Federal datada de 1988 vivemos dentro de um Estado laico já que diversas religiões são propagadas em nosso país e o Estado se mantém separado de todas elas, sem exercer uma postura de negação a nenhuma delas, conforme o artigo 5, inciso VI, previamente já citado.

A legislação é clara ao declarar que não é permitido aos governos brasileiros de âmbito municipal, estadual ou federal manifestar qualquer preferência religiosa a uma única religião em detrimento das outras.

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

II - recusar fé aos documentos públicos;

III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

Ou seja, o poder público deve ser separado da religião, não pode intervir, assim sendo o Brasil assume a condição de Estado laico, como mencionado previamente.

Porém ressalta-se que apesar da constitucionalidade do Estado Laico, nada impede a escolha de seus governantes por esta ou aquela religião, desde que prevaleça o princípio da igualdade e liberdade.

Com a proclamação da liberdade religiosa estabelecida na Constituição Federal de 1988, o Brasil passou a ser um país com grande diversidade religiosa e tolerância entre as religiões, ao menos em tese, já que na prática presenciamos atos de intolerância, por exemplo, como no caso conhecido como “chute na Santa”, quando um bispo de uma igreja evangélica

³ <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 09.10.2019.

Hanan Ali Alwan proferiu insultos contra a imagem de Nossa Senhora de Aparecida, chutando-a durante a transmissão de um programa de televisão no dia 12 de outubro de 1995, dia no qual os católicos consagram àquela santa consagrada como a Padroeira do Brasil. Tal atitude ocorreu como agravo contra a Lei 6.802/1980 que determinou a data de 12 de outubro como feriado nacional.

O ocorrido ocasionou forte repercussão nacional de indignação por parte da sociedade brasileira, inclusive de seguidores de outras religiões que não apenas a católica.

Princípio Da Igualdade

Para Bonavides (2009, p. 376):

O centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica, Com esta compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo.

Ou seja, o princípio da igualdade é a base para a interpretação e compreensão dos nossos princípios Constitucionais.

Na visão de José Afonso da Silva (2007, p. 211) “A Igualdade constitui o signo fundamental da democracia”.

Ainda sobre o Princípio da Igualdade, para o jurista Celso Antonio Bandeira de Mello (2010, p. 10):

A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos.

Entende-se, portanto, que a lei deve abraçar todos os cidadãos de forma equitativa, sem privilegiar uns a despeito de outros.

Todos devem ser tratados da mesma forma, no caso em questão, independentemente da religião que possa professar, dessa forma age o princípio da igualdade em relação a todas as áreas da vida em sociedade.

PRINCÍPIO DA LIBERDADE

Assim como o Princípio da Igualdade, o Princípio da Liberdade é um dos sustentáculos da Constituição Federal Brasileira que garantem os direitos e deveres de cada cidadão brasileiro.

Conforme a visão de Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Mendes (2013, p. 42):

Liberdade e Igualdade formam dois elementos essenciais do conceito de dignidade da pessoa humana, condição fundamental do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema de direitos fundamentais da Constituição Federal Brasileira. As liberdades são proclamadas partindo-

se da perspectiva da pessoa humana como ser em busca da auto realização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades. O Estado democrático se justifica como meio para que essas liberdades sejam guarnecidas e estimuladas.

Como se pode observar, os princípios da igualdade e liberdade são cobertos por conceitos que devem nortear os direitos fundamentais de um povo.

No Brasil, o direito à escolha de religião é um dos direitos fundamentais garantidos por nosso ordenamento jurídico maior, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, anteriormente mencionado.

A LIBERDADE RELIGIOSA NO MUNDO

Nos últimos anos todos os povos do mundo assistiram atônito, o declínio dos direitos quanto à liberdade religiosa, segundo dados fornecidos pela Fundação AIS (Ajuda à Igreja que Sofre), uma fundação católica, fundada em 1947, com sede no Vaticano.

Países como a Síria, o Iraque, Afeganistão, Nigéria, Coreia do Norte, Arábia Saudita e Somália são os que estão, atualmente, em condições tidas como péssimas, uma vez que essa liberdade religiosa não existe e o povo é quem mais sofre por conta da imposição religiosa de seus governos.

Ainda segundo a AIS, entre os anos de 2014 e 2016, segundo notícia publicada pela jornalista Ana Meireles, do Diário de Notícias⁴, em novembro de 2016.:

A liberdade religiosa diminuiu em onze - quase metade - dos 23 países com piores infrações. Noutros sete países desta categoria, os problemas já eram tão maus que dificilmente poderiam ficar piores.

A nossa análise também revela que, dos 38 países com violações mais significativas da liberdade religiosa, 55% permaneceram estáveis em relação à liberdade religiosa e em 8%, nomeadamente no Butão, no Egito e no Catar, a situação melhorou.

Pode-se asseverar que nos países em que o direito à liberdade religiosa não é conferido, a sociedade corre um grande perigo, pois os povos acabam se rebelando e as guerras civis se iniciam, quase sempre por imposições religiosas.

A questão da liberdade religiosa não é um assunto que possa ser discutido sem que aconteçam discordâncias de opiniões, já que é um tema extremamente complexo.

É complexo porque não depende apenas das determinações da ciência jurídica (o Direito), mas também está tutelada a outras áreas como a história, a teologia, a antropologia, a ciência da religião e a filosofia.

⁴ <<https://www.dn.pt/mundo/liberdade-religiosa-no-mundo-diminuiu-nos-ultimos-dois-anos-5499783.html>>. Acesso em 10.10.2019.

É um tema igualmente delicado, além de sua complexidade, já que a intolerância religiosa se faz presente em vários países do mundo, como é o caso da China, Paquistão, Iran e Arábia Saudita onde correntes religiosas se levantam contra o povo numa tentativa de controlar e converter todo o povo para aquela que é reconhecida como a corrente religiosa única e correta, o Islã, porém também assistimos o mesmo tipo de comportamento dos extremistas budistas do Sri Lanka e hinduístas da Índia contra as minorias cristãs existentes naqueles países, vítimas de grandes violências em nome da religião.

Alguns outros países como Coreia do Norte e China recorrem aos extremismos das torturas em campos de detenção, principalmente contra os cristãos, que muitas vezes são levados à morte apenas por serem cristãos.

Considerações Finais

Escrever sobre Liberdade Religiosa é uma tarefa que precisa ser realizada sem parcialidade, o que foi tentado neste artigo.

Apesar de ter sido constatado o Estado laico do Brasil, ou seja, a liberdade religiosa proclamada pelo artigo 5º, inciso VI de nossa Constituição Federal de 1988, devido a grande diversidade de religiões pode-se constatar que nem todas se aceitam na realidade.

Há trocas de farpas entre alguns fiéis mais arraigados às crenças adotadas, achando sempre que a sua é a mais correta, a mais verdadeira, podendo-se constatar isso até no âmbito familiar, quando os componentes professam tipos diferentes de crença e cada um achando que a sua é melhor que a outra, ou quando ainda há os que não professam nenhum tipo de crença ou fé, os chamados ateus.

Apesar dessa “desunião” em relação à fé e religião, no Brasil vive-se pacificamente, apesar da pluralidade de religiões e crenças existentes.

O mesmo já não se pode dizer em relação a outras partes do mundo, onde guerras civis são vividas por conta dessa diferença de opiniões e muitas pessoas acabam pagando com a própria vida por conta da intolerância, como o caos vivido na Segunda Guerra Mundial pelos judeus.

Portanto, a liberdade religiosa não é uma realidade para todos os povos do mundo, mas por conta de liberdade, muitos entregam a própria vida à sorte e ao mando e desmando de Estados Religiosos.

Referências

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DURKHEIM, E. *As Formas Elementares da Vida Religiosa*. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 32

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e MENDES, Gilmar. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Constituição Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09.10.2019.

_____. **Constituição Federativa do Brasil (1824)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 09.10.2019.

MEIRELES, Ana. **Liberdade religiosa no mundo diminuiu nos últimos dois anos**. Diário de Notícias (2016). Disponível em: <<https://www.dn.pt/mundo/liberdade-religiosa-no-mundo-diminuiu-nos-ultimos-dois-anos-5499783.html>>. Acesso em 10.10.2019.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 3ª. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

PORTAL CONCEITO DE. **Religião**. Disponível em: <<https://conceito.de/religiao>>. Acesso em: 09.10.2019.

REVISTA SUPERINTERESSANTE. **As 8 maiores religiões do mundo**. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/blog/superlistas/as-8-maiores-religoes-do-mundo/>>. Acesso em: 13.10.2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

BASE DA NORMA FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE HUMANA: EDUCAÇÃO IBEROAMERICANA

Luciene Galvão Machado¹

Resumo: Em uma sociedade contemporânea em que as necessidades do indivíduo apresentam-se imediatistas, buscar a melhor estrutura de aprendizagem-ensino compatível com as inovações atuais e futuras do mundo globalizado, parece consolidar um binômio-necessidade na Educação: progresso *versus* inovação educacional, com um olhar de prioridade nas relações multiculturais, buscando minimizar os abandonos escolares, tanto dos educandos como dos educadores. Dessa feita, este artigo busca trazer uma análise da educação como a base da norma fundamental da dignidade humana e, por conseguinte, do progresso e desenvolvimento global, utilizando-se de um método comparativo, alternado com o hipotético-dedutivo, tenta aferir como os países ibero-americanos estabelecem políticas para mitigar a antiga ideologia de ser a educação escolar uma instituição falida e efetivá-la como uma norma fundamental: a valorização do indivíduo que constrói as bases de sua dignidade humana pelo processo educacional.

Palavras-chave: Direito Fundamental; educação; dignidade e progresso.

Abstract: In a contemporary society where the needs of the individual are immediate, seek the best learning-teaching framework compatible with current and future innovations in the globalized world, seems to consolidate a need-binomial in education: progress *versus* educational innovation, with a priority look at multicultural relationships, seeking to minimize school dropouts for both learners as of educators. Thus, this article seeks to bring an analysis of education as the basis of the fundamental norm of human dignity and, consequently, of global progress and development, using a comparative method, alternating with the hypothetical-deductive one, trying to gauge how Ibero-American countries establish policies to mitigate the old ideology of being school education a failed institution and making it a fundamental norm: the appreciation individual who builds the foundations of his human dignity through the educational process.

Key words: Fundamental Law; education; dignity and progress.

Introdução

Uma das formas de promover o desenvolvimento humanitário global pauta-se no aspecto cultural-integrador, mais precisamente no direito e acesso à educação que é garantido constitucionalmente aos indivíduos como uma norma fundamental de um país ibero-americano.

Nesse sentido, a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), sob o tema Educação Em Revista 2017², traz uma abordagem comparativa, em

¹Funcionária Pública do TJRJ, Bacharel em Ciências Contábeis, pela Universo - RJ e Direito, pela Estácio de Sá/RJ- Pós-graduada em Direito Internacional & Pós-graduanda em Relações Internacionais com ênfase em Direito Internacional -Damásio Educacional- SP. luciene.galvao12@hotmail.com.

² Disponível em: http://gpseducation.oecd.org/Content/EAGCountryNotes/IBR_Portuguese.pdfv.

percentuais estatísticos, dos fatores educacionais que propriamente estipula e os dados efetivamente apurados em alguns países ibero-americanos no período 2005-2016, permitindo serem os desafios educacionais, durante esse período, analisados.

A política orçamentária, proposta no Projeto Orçamento 2019/20³, traz inovações educacionais, em múltiplos aspectos, a fim de que possa ser atingida uma extensa envergadura progressista do indivíduo ibero-americano, através de uma educação diferenciada, analisando as exigências do mundo moderno e futuro quanto à qualificação, tanto pessoal como profissional, necessária ao indivíduo da sociedade tecnológica do século XXI e seguintes. Assim, estabelecendo políticas que envolvam um aprendizado integrador da educação, ciência e cultura, destaca um diferencial em relação a anos anteriores: o de inovar a educação como meio de propiciar ao indivíduo um conhecimento para toda a vida, desenvolvendo as habilidades e capacidades do indivíduo para uma edificação continuada aos progressos tecnológicos e sociais, minimizando os desvios apresentados no século anterior.

Para a abordagem de todo o contexto acima explanado, a pesquisa é desenvolvida a partir da análise comparativa entre os percentuais estabelecidos pela OCDE e os resultados dos desafios enfrentados pela Educação ibero-americana através de dados fornecidos e apurados para o período 2005-2016. Em ato contínuo, a pesquisa busca as políticas educacionais desenvolvidas no Projeto Orçamento 2019/20, com perspectivas educacionais até 2030, como meios de constatar ser a educação um instituto falido ou de sê-la, realmente, uma incessante busca de progresso humanitário e, por conseguinte, desenvolvimento global, bem como a melhor estrutura que pode ser adequada à globalização.

2 Análise de dados educacionais nos países da OCDE e Iberoamericanos: período 2005-2016

Os dados estatísticos apontados pela OCDE, em Educação em Revista 2017, demonstraram algumas diferenças significativas na Educação fornecida pelos países membros dos dois processos integradores, tanto da OCDE como do Ibero-americano, a exemplo dos dois países iberos: Espanha e Portugal, bem como dos dois países latino-americanos: Chile e México.

³ PROGRAMA ORÇAMENTO OEI 2019-202. Conselho Diretivo 77ª Reunião Ordinária. La Antigua Guatemala - 27 Setembro 2018. Disponível em [www. url https://www.oeiportugal.org/uploads/files/news/Oei/262/programa-presupuesto-oei-2019-20-portugues-final.pdf](https://www.oeiportugal.org/uploads/files/news/Oei/262/programa-presupuesto-oei-2019-20-portugues-final.pdf). ISSN. Acesso em 20/10/2019

Os desafios de manter uma quantidade mínima de alunos/professor em sala de aula, a remuneração de professores, e a quantidade de jovens adultos que nem trabalham nem estudam, bem como estímulos à educação continuada em nível posteriores ao ensino médio, constituem desafios a serem superados nos próximos séculos, já que as melhores taxas de emprego, nos países ibero-americanos, foram apuradas entre adultos com 25-34 anos que possuíam escolaridade mais alta:

La ampliación de la cobertura y el aumento del acceso a la educación constituyen dos objetivos prioritarios en los compromisos de desarrollo educativo a nivel nacional e internacional, así como en el proyecto Metas Educativas 2021⁴.

A OCDE estima a proporção de 15 e 13 alunos por professor, respectivamente aos ensinos primários e fundamental. Contudo, os países ibero-americanos apresentaram, em sua maioria, uma proporção bem superior a esta, vez que fora constada a proporção de 21 alunos/professor ao ensino primário e 23 para o fundamental nestes países.

Se por um lado o Chile se afasta da média para aluno/professor na estimativa da OCDE, bem como dos países ibero-americanos, por ter apresentado o maior número de alunos em uma classe de aula: 30 alunos para o ensino primário e 31 para o fundamental.; por outro lado, na análise de quantidades de aluno presentes em sala de aula no ensino médio, apresentou dados mais próximos da média da OCDE no que refere-se aos adultos jovens com idade entre 25-34 anos - no quesito de jovens com nível abaixo do ensino médio. Cabe ressaltar que o Brasil, como país americano de língua portuguesa, ficou em uma distância de 6º lugar ao proposto pela OCDE, na frente apenas de Costa Rica (7º lugar) e do México (8º lugar).

No ensino terciário, o destaque de países com percentuais mais próximos ao da OCDE, se deu aos 2 países ibéricos: Espanha e Portugal que apresentaram o maior percentual no ensino terciário - as quantidades que são apresentadas pela Espanha e por Portugal, em maior percentual de escolaridade entre as idades de 25-34 com ensino terciário, sendo somente a Espanha o país que mais se aproximou aos dados da OCDE no que se refere à escolaridade terciária entre adultos jovens, conforme transcrição *Ipsis litteris*:

Entre os países ibero-americanos, apenas a Espanha se aproxima da taxa média da OCDE de escolaridade terciária entre adultos jovens, com 41% dessa população com qualificação terciária, contra 43%

⁴ CEPAL/OEI/SEGIB (2010). 2021. METAS EDUCATIVAS. La educación que queremos para la generación de los bicentenarios. Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI) Bravo Murillo, 38 28015 Madrid, España. Disponível em: <<<https://www.oei.org.es> oei@oei.org.es. >> ISBN: 978-84-7666-224-3. Acesso em 30/10/2019.

da OCDE. Contudo a proporção é particularmente baixa na Argentina (19%) e no Brasil (17%)⁵.

A importância dessa análise se dá pelo fato de que as melhores taxas de emprego, nos países ibero-americanos, foram apuradas entre adultos com 25-34 anos que possuíam escolaridade mais alta.

A OCDE relatou que quase todos os países ibero-americanos não apresentaram expectativas para uma progressão em termos de acesso de jovens adultos aos setores terciários de educação, excetuando-se o Chile que, em que pese a problemática de excesso de alunos em sala de aula – proporção aluno/professor, é o país ibero-americano que mais se assemelhou as políticas educacionais da Espanha e de Portugal, inclusive superando estes dois países na posição mais próxima da OCDE no baixíssimo ponto para o nível de indivíduos com escolaridade abaixo do ensino médio no ano de 2015, com, inclusive, projeções futuras para melhoras na inserção de jovens-adultos na educação terciária⁶.

O ponto que mais apresentou diferenças no estudo comparativo foi: rendimentos dos professores. Enquanto os países da OCDE apresentaram um aumento de remuneração aos professores quando lecionam em níveis mais elevados de educação, os países ibero-americanos apresentaram, a maioria, o mesmo patamar de baixa salarial aos professores, independentemente do nível de atuação.

Nesse aspecto, a última posição de graduação na remuneração de professores, em 2015, foi ocupada pelo Brasil que manteve o menor salário estatutário e um mesmo padrão aos professores, independente da atuação do nível de ensino. O melhor desempenho, contudo, foi demonstrado pela Espanha, seguindo Portugal e México, mas nenhum ao equilíbrio da média estipulada pela OCDE.

O binômio importância educacional *versus* capacidade fiscal apresenta uma questão imprescindível, à presente análise, vez que os dados apurados pela OCDE demonstraram que os países latino-americanos dão grande importância à educação quando destinam a maior parcela de todo gasto público ao setor educacional, do ensino primário ao terciário, inclusive superando as estimativas percentuais da OCDE. Contudo, há uma baixa capacidade de fiscalização, já que o gasto por aluno é constatado como baixo.

O ponto nodal da análise pauta-se no chamado “nem-nem” que são os jovens adultos entre 18-24 anos de idade que estão fora tanto do mercado de trabalho quanto das instituições educacionais ou profissionalizantes, sendo intitulados como nem estudam e nem

⁵ Disponível em: http://gpseducation.oecd.org/Content/EAGCountryNotes/IBR_Portuguese.pdf.p.1.

⁶ *Idem.* p.3.

Luciene Galvão Machado trabalham, que para os países da OCDE constitui a média de 15% da população. Nesse aspecto, nos países ibero-americanos, os jovens apresentam uma percentagem maior, em pontuações de 4-8% superiores, com o menor percentual excedente consagrado a Portugal com apenas 3 por centos a mais em relação a estimativa dos países da OCDE.

O Brasil, nos últimos anos, apresentou cidadãos em idade jovem e que ainda não venceram etapas primárias de ensino, o que configura uma dicotomia entre o direito material e o direito formal no que se refere ao tema Educação, já que a Carta Magna do país rege a atribuição conjunta do poder público com a família, conforme artigo 208 § 3º da CRFB/88: Compete ao poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola; essa apuração torna antagônica a realidade e a positividade do direito⁷.

3 Inovações do Direito Iberoamericano

O Projeto Orçamento 2019/20, elaborado pela Organização dos Estados Ibero-americanos para a Educação, a Ciência e a Cultura (OEI), na 77ª reunião ordinária, foi apresentado pelo Conselho Diretivo com várias propostas de inovações para o desenvolvimento dos países Ibero-Americanos nos anos de 2019-2020, em harmonia com Agenda 2030 aprovada pelas Nações Unidas.

A Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou em 15 de setembro de 2015 a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, um documento ambicioso que integra 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e 169 metas específicas e que se destinam a constituir os compromissos básicos da agenda de desenvolvimento social da humanidade durante os próximos 15 anos⁸.

O projeto constitui-se em uma inovação orçamentária, que busca aplicar políticas integradoras para os países de língua espanhola e portuguesa, traçando um equilíbrio na distribuição educacional, tanto do corpo discente quanto docente, tanto em aspectos quantitativos como qualitativos, com uma perspectiva remuneratória ascendente, melhoria da governança educacional, formação de seres humanos com habilidades e competências para o século XXI, em um espaço de conhecimento desenvolvido e compartilhado, tanto como culturas vivas, como integradoras de contextos culturais, técnicos e científicos.

⁷CONSTITUIÇÃO PLANALTO. SBIDM Acesso em 29/10/2019 Disponível na www: URL http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

⁸ PROGRAMA ORÇAMENTO OEI 2019-202. Conselho Diretivo 77ª Reunião Ordinária. La Antigua Guatemala - 27 setembro 2018. Disponível em www. url <https://www.oeiportugal.org/uploads/files/news/Oei/262/programa-presupuesto-oei-2019-20-portugues-final.pdf>. ISSN. Acesso em 20/10/2019.

Em um mundo globalizado e digital, a mudança do paradigma educacional se impõe como forma de viabilizar um progresso global sustentável, restando saber qual melhor estrutura de educação deverá efetivar as necessidades mercadológicas. A política-educacional nos países com dupla atuação, por assim dizer, integrantes da OCDE e da OEI, como é o caso da Espanha e do Chile, apresentaram resultados educacionais mais eficazes, já que buscam políticas públicas capazes de efetivar percentuais estatísticos mais próximos da OCDE.

Em que pese o Brasil ter apontado o 6º lugar de distância à meta proposta pelo OCDE, quanto aos nem-nem- jovens que nem estudam, nem trabalham- nas estatísticas apurada no ano de 2005-2016, bem como haver divulgações de estar a Educação falida⁹, não significa, contudo, que esforços não estejam sendo realizados pelo país para efetivar o direito formal positivado na Constituição Federal da República Brasileira de 1988, ou seja, entregar efetivamente o direito material da Educação e progresso humanitário cultural nos moldes da contemporaneidade.

Um exemplo de política educacional brasileira em busca de melhorar a conscientização do processo educativo como forma de conhecimento é a atuação realizada pela EMERJ/TJRJ (Escola de Magistratura do Rio de Janeiro- Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro) que lançou projeto de incentivo ao estudante com um programa “Conhecendo a EMERJ”¹⁰.

Em dezesseis de outubro de dois mil e dezenove, estudantes com idade entre 9 e 14 anos de escolas públicas, que tiveram a oportunidade de conhecer a EMERJ, obtiveram conselhos de magistrados e presenciaram as dinâmicas diárias de um operador de direito, tal como ora se transcreve: O grupo de estudantes foi o primeiro a participar do novo projeto da Escola da Magistratura o “ Conhecendo a EMERJ”. Como destacado na publicação, a proposta é apresentar a instituição a crianças e adolescentes como um centro de produção de conhecimento, das salas de aulas aos espaços de debate.

Outras instituições também vêm dando apoio à reestruturação da Educação, desenvolvendo mecanismos que conferem uma dinâmica de inovações capazes de garantir ao indivíduo sua conscientização do processo escolar como melhor meio de desenvolver

⁹ G1. Globo ponto com. Ensino médio está falido e não agrega conhecimento. SBIDM Acesso em 27/10/2019. Disponível na www: URL <https://g1.globo.com/educacao/noticia/2018/12/18/quase-4-em-cada-10-jovens-de-19-anos-nao-concluíram-o-ensino-medio-aponta-levantamento.ghtml>, 18/12/2018 00h01.

¹⁰ PORTAL DO TJRJ. Emerj lança projeto de incentivo ao estudo e recebe estudantes. Ascom da Emerj. SBIDM Acesso em 21/10/2019. Disponível na www: URL <https://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/6757152>>> .

Luciene Galvão Machado
habilidades e capacidades para se inserir no mercado de trabalho, por configurar a base essencial à vida humana digna.

No desenvolvimento científico, o Instituto Iberoamericano de Estados Jurídicos - IBEROJUR vem permitindo a abordagem do tema através de conhecimentos e pesquisas científicas que são publicadas e coadunam-se ao conhecimento integrado.

No contexto das publicações referentes à Educação, o tema foi abordado por Maykel Pançoni como uma necessidade de atuação conjunta da comunidade e do Estado para efetivar o desenvolvimento da pessoa. Quer na expressão da constituição italiana a rigor da “dignidade social da pessoa humana”, quer na constituição brasileira como “Dos Direitos Sociais”¹¹, o educando não é mais visto como o objeto de política, mas sim, a rigor da expressão utilizada no Projeto Orçamento 2019/20, como o sujeito político.

Assim, práticas educacionais que não garantam ao educando desenvolvimento de habilidades e capacidades de inserção social podem ser equiparadas às práticas tributárias desleais, por ferir a dignidade humana, no sentido de não proporcionar educação adequada, ao que se intitula como “um processo pedagógico precário que certificam cidadãos desqualificados”¹².

A busca de uma educação integrada e continuada, conforme a Publicação de Maykel Pançoni, é o que efetivamente fornece as dimensões à educação como uma norma fundamental de direito humano no mundo moderno. Quando em abordagem da publicação A Iniciativa Novas Oportunidades, no Congresso Iberoamericano de Intervenção Social - Cidadania e direitos Humanos, realizada pelo IBEROJUR, evidentes restaram os empenhos realizados por Portugal¹³ para a obtenção de progressão escolar e, conseqüentemente, profissional dos seus cidadãos, cuja prioridade é a universalização do ensino secundário em Portugal.

4 Considerações finais

¹¹ PANÇONI, Maykel. **A Participação da Governança na articulação das políticas públicas para a Educação**, in: Martín, Laura Miraut; Ramos, Emilia Mª Santana Antonio Tirso Ester Sánchez; Gonçalves, Rubén Miranda; Veiga, Fábio da Silva. Los Nuevos Desafios Del Derecho Iberoamericano. La Casa del Abogado: Las Palmas de Gran Canaria. Disponível em: <<<https://www.iberojur.com/publicacoes>>>ISBN: 978-84-697-5823-6 Acesso em: 28/10/2019.

¹²Apud BASTOS, J.A., BUENO, N.L. **Capacitação tecnológica da empresa: a ênfase na educação continuada**. In: Capacitação tecnológica e competitividade: o desafio para a empresa brasileira. Curitiba: IEL/PR, 2002.

¹³ MACHADO, Idalina; ALMEIDA, Sidalina. “O Sistema de Aprendizagem: Avaliação do Potencial Formativo da Alternância “Centro de Formação -Empresa” Na perspectiva dos ex-formandos, in: NEVES, Adriana; Ribeiro, Tânia. Congresso Ibero-Americano de Intervenção social Cidadania e Direitos Humanos - Congresso Ibero-americano. INDB 121 11/12/2017 00:30:48. Disponível em <<<https://www.iberojur.com/publicacoes>>> Acesso em 27/10/219.

A pesquisa foi capaz de demonstrar que, como forma de progresso humanitário global, muitos países ibero-americanos tem buscado políticas para a materialização da Educação como forma de dignidade da pessoa humana, vez que o educando é visto no mundo atual como sujeito político e não mais como objeto político. Embora a passos lentos, o mecanismo integrador da Educação, em países de idioma espanhol e português, vem sendo pauta de agendas internacionais que buscam uma crescente conscientização humanitária e empresarial para inovações educacionais.

Em que pese divulgações de a educação estar falida, o estudo mostrou que a sociedade moderna realiza vários projetos para inovar uma educação com qualidade, tais como o Projeto Orçamento 2019/20 proposto pela OEI, Projeto da EMERJ e publicações do IBEROJUR, que desenvolvem políticas públicas de conscientização de que o conhecimento educacional é a base do direito fundamental para que a pessoa humana possa ter uma vida digna em âmbito pessoal, profissional e global.

No entanto, no que se refere a melhor estrutura de ensino-aprendizagem, novas pesquisas precisarão ser realizadas a fim de se apurar qual melhor estrutura será capaz de fornecer os melhores resultados para as qualificações necessárias ao indivíduo atuante na sociedade globalizada: se com diretrizes estipuladas de dentro do sistema educacional para fora ou se estipuladas de fora, das exigências mercadológicas, para dentro.

Referências Bibliográficas

BASTOS, J.A., BUENO, N.L. **Capacitação tecnológica da empresa: a ênfase na educação continuada.** In: Capacitação tecnológica e competitividade: o desafio para a empresa brasileira. Curitiba: IEL/PR, 2002.

CEPAL/OEI/SEGIB (2010). 2021. METAS EDUCATIVAS. La educación que queremos para la generación de los bicentenarios. Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI) Bravo Murillo, 38 28015 Madrid, España. ISBN: 978-84-7666-224-3. Acesso em 30/10/2019.

CONSTITUIÇÃO PLANALTO. SBIDM Acesso em 29/10/2019.

G1. Globo ponto com. Ensino médio está falido e não agrega conhecimento. SBIDM Acesso em 27/10/2019.

http://gpseducation.oecd.org/Content/EAGCountryNotes/IBR_Portuguese.pdfv.

MACHADO, Idalina; ALMEIDA, Sidalina. “O Sistema de Aprendizagem: Avaliação do Potencial Formativo da Alternância “Centro de Formação -Empresa” Na perspectiva dos ex-formandos, in: NEVES, Adriana; Ribeiro, Tânia. Congresso Ibero-Americano de Intervenção social Cidadania e Direitos Humanos - Congresso Ibero-americano. INDB 121 11/12/2017 00:30:48. Disponível em <<<https://www.iberojur.com/publicacoes>>> Acesso em 27/10/2019.

PANÇONI, Maykel. **A Participação da Governança na articulação das políticas públicas para a Educação, in:** Martín, Laura Miraut; Ramos, Emilia M^a Santana Antonio Tirso Ester Sánchez; Gonçalves, Rubén Miranda; Veiga, Fábio da Silva. Los Nuevos

Luciene Galvão Machado

Desafios Del Derecho Iberoamericano. La Casa del Abogado: Las Palmas de Gran Canaria.
Disponível em: <<<https://www.iberojur.com/publicacoes>>>ISBN: 978-84-697-5823-6
Acesso em: 28/10/2019.

PORTAL DO TJRJ. Emerj lança projeto de incentivo ao estudo e recebe estudantes.
Ascom da Emerj. SBIDM Acesso em 21/10/2019.

PROGRAMA ORÇAMENTO OEI 2019-202. Conselho Diretivo 77ª Reunião
Ordinária. La Antigua Guatemala - 27 Setembro 2018.

**O BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO NA
FORMULAÇÃO DE PROGRAMAS INTEGRADOS DE DESENVOLVIMENTO
EM PAÍSES DA AMÉRICA LATINA E DO CARIBE E O FOMENTO AOS
DIREITOS HUMANOS**

Tarso Borges Fantini¹

Rafael dos Santos Paim Mendes²

Resumo: Este artigo aborda a atuação do Banco Interamericano de Desenvolvimento/BID e sua operação frente aos países membros mutuários com a consequente promoção dos direitos humanos. Uma breve menção da integração da norma internacional à norma pátria. O Banco, em cotejo com o caso concreto apresentado, transparece uma fina sintonia e pleno atendimento entre os objetivos perseguidos por aquele e a promoção dos direitos humanos, em especial, em suas Segunda e Terceira Dimensões/Gerações, destacando-se os direitos da coletividade - do bem-estar social, alcançados através de atuação nos campos social, econômico e cultural - e os direitos difusos, em especial aqueles relacionados ao meio ambiente. Com isso, países tomadores de empréstimos impulsionam as políticas públicas, gerando melhor qualidade de vida e promovem a dignidade da pessoa humana. Além do mais, discorre sobre a elaboração de Programas Integrados de Desenvolvimento e seu aperfeiçoamento, bem como relata um estudo de caso em execução no Município de Campo Grande, Estado de Mato Grosso do Sul, no Brasil. Tais Programas visam integrar várias frentes de atuação, para que haja uma harmonia entre os setores carentes de atuação estatal, fazendo com que a abordagem seja multidisciplinar e acarrete uma abrangente diligência na aplicação dos recursos objeto das operações de crédito.

Palavras-chave: Banco Interamericano de Desenvolvimento; Programas Integrados; Direitos Humanos; América Latina; Caribe.

Abstract: This work aims to address the performance of the Inter-American Development Bank and its operation regarding its borrowing member countries, leading to the promotion of human rights. A brief reference to the integration of international norm to the homeland norm is done. The Bank, in contrast with the concrete case presented, shows a slight consonance and understanding between its goals and the promotion of Human Rights, in special in relation to its second and third generations, highlighting the collective rights (social welfare granted by acting through economic, social and cultural policies) and the diffuse rights, specially environmental rights. Thereby, countries which borrow resources boost their public policies, engaging on better quality of life and promoting dignity to human being. Besides that, this work approaches the construction of Integrated Development Programs and its improvement as reports a case study for the city of Campo Grande, Mato Grosso do Sul state, Brazil. Such programs aim to unite a wide range of approaches so that there is accordance among the needing sectors and the acting of the State, in order to create a multidisciplinary approach that leads to comprehensive due diligence in the application of this resources, which are responsible for credit operations.

Keywords: Inter-American Development Bank; Integrated Programs; Human Rights; Latin America; Caribbean.

¹Advogado. Especialista em Direito Tributário e em Direito Constitucional. *Alma mater:* Faculdade de Direito da Universidade Católica Dom Bosco. E-mail: tarsobf@gmail.com

² Advogado e professor. Especialista em Direito Público pela Universidade Católica Dom Bosco. *Alma mater:* Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. E-mail: rafael@paimmendes.adv.br

Introdução

As políticas públicas, em especial nos países em desenvolvimento, tem papel fundamental e decisivo na promoção dos direitos humanos, garantindo efetividade aos textos jurídicos que abordam o tema. Neste contexto, o Banco Interamericano de Desenvolvimento/BID surge como parceiro que disponibiliza recursos e *expertises* para os grandes projetos de atuação estatal.

Assim, o objeto central deste artigo é analisar o papel do BID como agente fomentador no desenvolvimento de políticas voltadas ao campo econômico-social, partindo do pressuposto que na América do Sul, América Central e no Caribe, os Estados parceiros do Banco ainda desempenham função decisiva na implantação de tais políticas.

Deste cenário surge a hipótese de o Banco em questão ser um dos agentes protagonistas no instrumento de promoção e efetivo atendimento dos direitos humanos, dentre as várias facetas que esta temática pode assumir.

O estudo tem foco no campo de atuação do BID, cumprindo analisar as específicas áreas de financiamento que são objeto do Banco, a perspectiva de um caso concreto de atuação desta instituição e, ainda, o estabelecimento de um paralelo com as gerações/dimensões dos Direitos Humanos. Para tanto, será adotado o formato discursivo, emprego da metodologia científica, com pesquisa bibliográfica e debate dialético do assunto.

1. O Banco Interamericano de Desenvolvimento: Um Panorama Geral

O Banco Interamericano de Desenvolvimento/BID é uma instituição financeira multilateral, cujo surgimento se deu no ano de 1.959, devido à celebração de seu Convênio Constitutivo, e tem sua sede em Washington, D.C./EUA. O Banco possui natureza jurídica de Direito Internacional Público, sendo o seu convênio um Tratado Internacional.

Em sua composição, o BID possui 26 (vinte e seis) países membros mutuários³ (todos oriundos da América Latina e do Caribe e juntos possuem um pouco mais que 50% do poder de voto) e 22 (vinte e dois) países não mutuários⁴. A diferença entre um e outro é que os países não mutuários aportam recursos, mas não os usam, se beneficiando dos processos de aquisições e contratações, visto que, somente pessoas de países membros do

³ Sendo: Bahamas, Barbados, Belize, Bolívia, Costa Rica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Guatemala, Guiana, Haiti, Honduras, Jamaica, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai, Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, México, Peru e Venezuela.

⁴ Sendo: Estados Unidos, Canadá, Japão, Israel, República da Coreia, República Popular da China e 16 países europeus: Alemanha, Áustria, Bélgica, Croácia, Dinamarca, Eslovênia, Espanha, Finlândia, França, Itália, Noruega, Países Baixos, Portugal, Reino Unido, Suécia e Suíça.

O Banco Interamericano de Desenvolvimento na Formulação de Programas Integrados de Desenvolvimento em Países da América Latina e do Caribe e o Fomento aos Direitos Humanos

BID podem fornecer bens e serviços aos projetos do Banco. Já os países mutuários, além de aportar recursos, também se beneficiam dos mesmos mediante operações de crédito.

Devido à sua natureza jurídica, o BID subordina-se ao Direito Internacional, com influência do ordenamento jurídico interno de cada um de seus países membros quando do aperfeiçoamento dos empréstimos. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados⁵ conceitua o que significa Tratado.

No Brasil, o seu processo de criação é ato solene, possuindo, grosso modo, quatro grandes fases, a saber: i) negociações preliminares; ii) assinatura por qualquer autoridade que possua Carta de Plenos Poderes (firmada pelo Presidente da República e referendada pelo Ministro das Relações Exteriores – vide art. 7º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados); iii) apreciação parlamentar por parte do Congresso Nacional (ato de sua competência exclusiva, em razão do disposto no art. 49, I, CF/88, sob a forma de Decreto Legislativo); e, iv) ratificação pelo Presidente da República (ato privativo, consoante art. 84, VII e VIII, CF/88, que o faz mediante Decreto).

Seu Convênio Constitutivo foi aprovado pelo Congresso Nacional mediante o Decreto Legislativo n. 18, de 08/12/1959⁶ e ratificado pelo Presidente da República conforme o Decreto n. 73.131, de 09/11/1973⁷.

Desde então o BID tem trabalhado para melhorar a qualidade de vida na América Latina e no Caribe, destinando seus recursos para o desenvolvimento de macros setores, a saber: i) política social para equidade e produtividade; ii) infraestrutura para competitividade e bem estar-social; iii) instituições para o crescimento e bem-estar social; iv) integração internacional competitiva no âmbito regional e global; v) proteção do meio ambiente, mudanças climáticas e aumento da segurança alimentar.⁸

A política social para equidade e produtividade é voltada para diversos setores, tais como: i) redes de segurança para os pobres, com a expansão e melhoria dos programas de transferência condicional de renda e programas de emprego temporário; ii) mercados de

⁵ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Art. 2, 1, “a”. No Brasil, foi aprovado pelo Decreto n. 7.030/2009, ressalvados os artigos 25 e 66.

⁶ Decreto Legislativo n. 18, de 08/12/1959. Aprova o Convênio Constitutivo do Banco Interamericano de Desenvolvimento. Publicado no Diário Oficial do Congresso Nacional em 08/12/1959. Pág. 3085. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1950-1959/decretolegislativo-18-7-dezembro-1959-350996-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em: 31/08/2019.

⁷ Decreto n. 73.131, de 09/11/1973. Promulga o Convênio Constitutivo do Banco Interamericano de Desenvolvimento. Publicado no Diário Oficial da União em 14/11/1973 e ratificado em 20/11/1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D73131.htm> Acesso em 31/08/2019.

⁸ Banco Interamericano de Desenvolvimento. Disponível em <<https://www.iadb.org/pt>> Acesso em: 31/08/2019.

Tarso Borges Fantini e Rafael dos Santos Paim Mendes trabalho, com treinamento e serviços de intermediação laboral; iii) educação, com a expansão da cobertura nos níveis pré-escolar e secundário; iv) saúde, com expansão do acesso a serviços básicos de saúde e nutrição; v) gênero e diversidade, com a expansão dos serviços básicos e redes de segurança social a afrodescendentes e comunidades indígenas.

Na seara de infraestrutura para competitividade e bem-estar social são explorados os setores de: i) serviços básicos, com investimento em infraestrutura para expandir o acesso a água e saneamento; e ii) infraestrutura produtiva, com a expansão de redes de transporte e energia.

No tocante às instituições para o crescimento e bem-estar social, nos seguintes campos de atuação: i) serviços financeiros, como a reformas de instituições e políticas para melhorar os mercados de crédito e serviços financeiros; ii) eficiência e sustentabilidade fiscal, com políticas e administração do Fisco e a consequente gestão do gasto público; iii) segurança dos cidadãos, com intervenções multidimensionais voltadas ao incentivo ao combate à corrupção e a lavagem de dinheiro.

Quanto à integração internacional competitiva no âmbito regional e global, trabalha-se o comércio e integração, com negociação e implementação de acordos comerciais, facilitação do comércio e procedimentos alfandegários, administração e harmonização dos regulamentos comerciais, promoção das exportações e investimentos estrangeiros, corredores regionais de infraestrutura e bens públicos regionais.

Já a proteção do meio ambiente, mudanças climáticas e aumento da segurança alimentar, o Banco atua: i) no desenvolvimento de quadros institucionais e normativos para permitir investimentos em transporte sustentável, combustíveis alternativos, energia renovável e eficiência energética; e, ii) no desenvolvimento agrícola.

Em suma o seu propósito é financiar projetos viáveis de desenvolvimento econômico, social e institucional e promover a integração comercial regional⁹ nas diversas esferas de governo, tudo em prol do fomento aos direitos humanos e a consequente melhoria da qualidade de vida dos cidadãos.

2. O Fomento aos Direitos Humanos a promoção do Estado do Bem-Estar Social

Fato incontroverso é que a materialização de todos os projetos implementados nesses diversos segmentos, tem como desiderato final a preservação da dignidade da pessoa humana, de modo que, nesse contexto, ensancha a convicção de que a única razão de existir

⁹Banco Multilaterais de Desenvolvimento. Banco Interamericano de Desenvolvimento. Disponível em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Banco_Interamericano_de_Developmento> Acesso em 31/08/2019.

O Banco Interamericano de Desenvolvimento na Formulação de Programas Integrados de Desenvolvimento em Países da América Latina e do Caribe e o Fomento aos Direitos Humanos

de todas as ações consiste na integração entre os povos, a fim de se propiciar uma melhor qualidade de vida, nos países signatários.

Não se pode deslembrar que a observância do princípio da preservação da dignidade da pessoa humana é a mola propulsora do conjunto de normas oriundas das cartas constitucionais de todos os países membros - mutuários e não mutuários -, que integram o BID, eis que sem o bem-estar social de seus povos, não se estará atingindo o objetivo da Instituição.

Em seus diversos segmentos de atuação o BID fomenta as dimensões de Direitos Humanos. Vale lembrar que as primeiras três dimensões foram inspiradas no lema da Revolução Francesa e introduzidas ao mundo jurídico pela teoria da triangulação dos Direitos Humanos de Karel Vasak, em 1.979, na conferência ministrada no Instituto Internacional de Direitos Humanos em Estrasburgo, na França, sendo a Liberdade, a Igualdade e a Fraternidade¹⁰, nessa ordem e as demais gerações ou dimensões foram surgindo com os embates doutrinários ao final dos anos 1.990.

Os direitos de Primeira Dimensão, segundo Paulo Bonavides, citado por Valério Mazzuoli, "são os direitos de liberdade *lato sensu*, sendo os primeiros a constarem dos textos normativos constitucionais, a saber, os direitos civis e políticos (...) Trata-se dos direitos que tem por titular o indivíduo, sendo, portanto, oponíveis ao Estado".¹¹

Na lição de Valério de Oliveira Mazzuoli "são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado"¹² e que, muito por isso, recebem o nome de direitos de liberdade, garantias do indivíduo em face do poder do Estado. Neste rol é que encontramos as garantias à vida e à igualdade, privacidade e individualidade, propriedade, liberdades em suas inúmeras facetas (*ir e vir*, manifestação do pensamento, credo ou religião, *etc*), dentre outras.

Ao passo que os direitos de Segunda Dimensão, segundo Paulo Bonavides, citado por Valério Mazzuoli, "compõem-se dos direitos da igualdade *lato sensu*, a saber, os direitos econômicos, sociais e culturais, bem como, os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo do Estado Social".¹³

Esta Segunda Geração está alicerçada, portanto, nos chamados Direitos Coletivos ou da Coletividade, introduzindo normas programáticas ao Poder Público que, quando

¹⁰VASAK, Karel *et* ALISTON, Philip. The international dimensions of human rights. Westport, Conn.: Greenwood Press. 1.982. 2 vols.

¹¹ BONAVIDES, Paulo *apud* MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Gen Método. 6ª ed. 2019. p. 52.

¹²*Idem*.

¹³*Idem*.

Tarso Borges Fantini e Rafael dos Santos Paim Mendes observadas e implementadas, convergem à ideia de harmonia na esfera social¹⁴ e desenvolvimento equilibrado na esfera econômica.

Neste ponto é que reside o foco de atuação do Banco com os seus mutuários - entes políticos, haja vista a promoção do Estado do Bem-Estar Social, com o avanço da igualdade aos cidadãos através de políticas públicas. Portanto, os direitos fundamentais, precipuamente o da igualdade, são as principais áreas de sua atuação.

Historicamente, muitos ordenamentos jurídicos foram influenciados por essa dimensão, tais como a Constituição Francesa de 1.848, a Constituição Mexicana de 1.917, o Tratado de Versalhes de 1.919, e a Constituição Alemã de 1.919 (Constituição de Weimar). No Brasil, atualmente temos cristalina a sua influência estampada no art. 6º da Constituição Cidadã de 1.988¹⁵, a saber:

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

Em um paralelo aos ideais da Revolução Francesa, os direitos de Terceira Dimensão seriam o equivalente ao corolário da fraternidade entre os seres humanos, ou seja, estar-se-ia aqui falando dos chamados direitos difusos, dentre os quais o maior representante é o direito ao meio ambiente equilibrado e sustentável, também os relacionados, na lição de Mazzuoli, ao "patrimônio comum da humanidade"¹⁶, o que, conforme visto, também estão abrangidos na esfera de interesse do BID.¹⁷

Ressalta-se que o enfoque ora entabulado aponta para a promoção dos direitos fundamentais, no âmbito de todos os países membros, pois sem as ações que se desenvolvem por intermédio do Banco, não se estabelecerá a harmonização social nas mais diversas regiões que recebem os benefícios oriundos dos investimentos levados a efeito em seus Programas Integrados de Desenvolvimento.

3. Programas Integrados De Desenvolvimento E Relato De Caso

O Banco Interamericano de Desenvolvimento, como visto acima, intervém em diversos eixos, e, para isso, os contratos de empréstimos estão atrelados a objetos multi-setoriais e interdisciplinares, estrategicamente analisados setor consultivo do Banco, juntamente com técnicos do mutuário, que compilam um programa de necessidades para o crescimento humano e social.

¹⁴*ibidem*. p. 53.

¹⁵ Brasil. Constituição Federal. Art. 6º. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 31/08/2019.

¹⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Gen Método. 6ª ed. 2019. p. 53.

¹⁷*Ibidem*. p. 54.

O Banco Interamericano de Desenvolvimento na Formulação de Programas Integrados de Desenvolvimento em Países da América Latina e do Caribe e o Fomento aos Direitos Humanos

Os programas integrados são desenhados a partir de uma ótica abrangente, não se limitando ao empréstimo em si, mas também, à assistência técnica, estudos, pesquisas, avaliações, para apoiar na modernização da gestão nos três níveis de governo, fomentar a dinâmica econômica e a melhoria da qualidade de vida da população¹⁸.

Após todo o trâmite procedimental junto aos diversos agentes para se tomar uma operação de crédito no Brasil - desde a apresentação de uma Carta-Consulta à Comissão de Financiamentos Externos/COFIEEX e seu encaminhamento à Secretaria do Tesouro Nacional/STN, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional/PGFN, Ministério da Economia, Casa Civil, Senado Federal - o contrato de empréstimo, por fim, é formalizado, possibilitando ao mutuário dar início à sua execução e iniciar os desembolsos previstos.

Como exemplo, temos o Contrato de Empréstimo n. 3.630/OC-BR¹⁹, firmado entre o BID e o Município de Campo Grande, situado no Estado de Mato Grosso do Sul, região Centro-Oeste brasileira, para a execução do Programa de Desenvolvimento Integrado do Município de Campo Grande – Viva Campo Grande II, no montante de US\$ 56.000.000,00 (cinquenta e seis milhões de dólares) e contrapartida do Município no mesmo valor, com recursos oriundos do Governo Federal para a execução dos Programas de Aceleração do Crescimento/PACs Mobilidade e Pavimentação.

Este contrato tem como objetivo geral contribuir para a revitalização da região central do município, e como objetivos específicos i) fomentar a ocupação de áreas com vazios urbanos e a revitalização do comércio e dos espaços públicos na Zona Especial de Interesse Cultural/ZEIC por meio de melhoria dos espaços públicos, e ii) aumentar a eficiência do sistema de transporte coletivo e acessibilidade ao centro, conforme Anexo Único ao citado contrato.

O Programa foi dividido em dois grandes componentes, a saber: i) Revitalização do Centro, que engloba i.i) a reabilitação da Rua 14 de Julho e transversais, incluindo a requalificação da infraestrutura existentes, a ampliação dos passeios públicos, a instalação de redes subterrâneas de energia e serviços de comunicação, mobiliário urbano, arborização, entre outros; i.ii) a implementação de um projeto piloto com usos múltiplos, destinado preferencialmente à habitação, comércio e serviços (para o qual se poderá financiar estudos,

¹⁸ BID no Brasil apresenta síntese de instrumentos de apoio a projetos público-privados. Disponível em <<https://www.iadb.org/pt/noticias/bid-no-brasil-apresenta-sintese-de-instrumentos-de-apoio-projetos-publico-privados>> Acesso em 31/08/2019.

¹⁹ Contrato de Empréstimo n. 3630/OC-BR. Disponível em <http://transparencia.campogrande.ms.gov.br/contratos/?consulta=detalhar_contrato®istro=97756> Acesso em 31/08/2019.

Tarso Borges Fantini e Rafael dos Santos Paim Mendes aquisições e/ou construções de edificações e/ou terrenos vazios, e obras de requalificação); e, i.iii) contratação de consultorias, que incluem a atualização do Plano Diretor de Campo Grande, atualização do Plano Local de Desenvolvimento das Zonas Especiais de Interesse Cultural e Urbano do Centro e a elaboração de estudos de viabilidade econômico-financeira, socioambiental, jurídico-institucional e de implementação de gestão; e ii) Mobilidade Urbana, que fará frente à: ii.i) melhoria de 3 (três) corredores de ônibus com obras de infraestrutura; ii.ii) construção de 4 (quatro) novos terminais de transbordo; ii.iii) instalação de aproximadamente 500 (quinhentas) paradas; ii.iv) atualização do Plano Diretor de Transporte e Mobilidade Urbana/PDTMU; e i.v) desapropriações a serem financiadas com recursos de contrapartida local.²⁰

Nota-se, pois, que são diversos os segmentos de atuação, demandando *expertises* diversas, possibilitando a contratação mediante a elegibilidade dos gastos pelo BID. Essa elegibilidade consiste no aval do Banco em autorizar o gasto com determinada contratação, sendo esta uma etapa necessária para o fiel cumprimento do contrato.

Considerações Finais

O objeto central do presente estudo foi o Banco Interamericano de Desenvolvimento/BID, erigindo-se por objetivo apreciar a sua formação, áreas de atuação e menção de um caso concreto, à luz das gerações ou dimensões dos Direitos Humanos.

Nesse desiderato, colocou-se como hipótese o fato de o Banco ser considerado um agente fomentador e instrumento de efetiva implementação dos direitos humanos na América Latina e Caribenha, haja vista sua atuação em políticas públicas voltadas ao campo social e econômico, onde este posiciona-se como parceiro no financiamento - e com *expertises* para o desenvolvimento - de grandes projetos em parceria com os Estados signatários.

Ainda, foi destacado que a instituição vem destinando seus recursos para o desenvolvimento de macros setores o que, reflexamente, tem melhorado as condições e qualidade de vida nas regiões em que atua, a saber: i) política social para equidade e produtividade; ii) infraestrutura para competitividade e bem-estar social; iii) instituições para o crescimento e bem-estar social; iv) integração internacional competitiva no âmbito regional e global; v) proteção do meio ambiente, mudanças climáticas e aumento da segurança alimentar.

E no cotejo com a tradicional doutrina sobre os Direitos Humanos, constatou-se que os objetivos perseguidos pelo Banco alinham-se àqueles direitos que compõem a Segunda e

²⁰Contrato de Empréstimo n. 3630/OC-BR. Disponível em <http://transparencia.campogrande.ms.gov.br/contratos/?consulta=detalhar_contrato®istro=97756> Acesso em 31/08/2019.

O Banco Interamericano de Desenvolvimento na Formulação de Programas Integrados de Desenvolvimento em Países da América Latina e do Caribe e o Fomento aos Direitos Humanos

Terceira Dimensões dos Direitos Humanos, com destaque para os relacionados ao bem estar-social, chamados de direitos coletivos e que são alcançados pelo desenvolvimento de políticas públicas nos campos social, econômico e cultural, assim também os direitos difusos, em especial aqueles relacionados à proteção e sustentabilidade do meio ambiente.

O que se denota, portanto, é que a própria constituição do Banco, o espírito e ideário que motivaram sua criação, guardam estreita relação com os conceitos de democracia, bem-estar comum e o desenvolvimento econômico e social entre os Estados signatários, constituindo, respectivamente, os fundamentos da Segunda e Terceira Dimensões dos Direitos Humanos.

Referências Bibliográficas

Banco Interamericano de Desenvolvimento. Disponível em <<https://www.iadb.org/pt>>.

Banco Multilaterais de Desenvolvimento. Banco Interamericano de Desenvolvimento. Disponível em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Banco_Interamericano_de_Developolvimento>.

BID no Brasil apresenta síntese de instrumentos de apoio a projetos público-privados. Disponível em <<https://www.iadb.org/pt/noticias/bid-no-brasil-apresenta-sintese-de-instrumentos-de-apoio-projetos-publico-privados>>.

Brasil. Constituição Federal. Art. 6º. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Contrato de Empréstimo n. 3630/OC-BR. Disponível em <http://transparencia.campogrande.ms.gov.br/contratos/?consulta=detalhar_contrato®istro=97756>.

Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Art. 2, 1, “a”.

Decreto Legislativo n. 18, de 08/12/1959. Aprova o Convênio Constitutivo do Banco Interamericano de Desenvolvimento. Publicado no Diário Oficial do Congresso Nacional em 08/12/1959. Pág. 3085. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1950-1959/decretolegislativo-18-7-dezembro-1959-350996-publicacaooriginal-1-pl.html>>.

Decreto n. 73.131, de 09/11/1973. Promulga o Convênio Constitutivo do Banco Interamericano de Desenvolvimento. Publicado no Diário Oficial da União em 14/11/1973 e retificado em 20/11/1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D73131.htm>.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Gen Método. 6ª ed. 2019.

VASAK, Karel *et* ALISTON, Philip. The international dimensions of human rights. Westport, Conn.: Greenwood Press. 1.982. 2 vols.

O CONCEITO JURÍDICO DE REFUGIADO SOB O PRISMA DOS DIREITOS HUMANOS E O PAPEL DE DESTAQUE DA AMÉRICA LATINA NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS

Barbara Sabina de Santana e Fonseca¹

Resumo: O presente artigo tem como pano de fundo a crise humanitária causada pela intensificação dos fluxos migratórios na última década em todo mundo. Nesse contexto, dois pontos centrais conduzem o presente trabalho: a deficiência do conceito clássico de refugiado, insculpido na Convenção de 1951, revisada pelo Protocolo de 1976, em tutelar todas as categorias de refugiados da atualidade e o destaque da América Latina na efetivação dos direitos internacionais dos refugiados. Pretende-se analisar a maneira com que os países da América Latina têm suprido a lacuna normativa do conceito clássico de refugiado e os impactos práticos dos instrumentos legais adotados por eles na efetivação da proteção aos refugiados. Nesse contexto, em vistas da impossibilidade de separação entre Direito Internacional dos Refugiados e Direito Internacional dos Direitos Humanos, propõe-se não só a ampliação do conceito clássico para fins de concessão do *status* de refugiado, como a adoção de uma abordagem integrada, de forma a adequar o conceito internacional abstrato à realidade de cada Estado. Através do caso específico do fluxo migratório causado pela crise política, social e econômica na Venezuela, é possível visualizar, em termos estatísticos, as consequências práticas da opção legislativa por um conceito ampliado de refugiado e os ganhos em termos de tutela efetiva aos direitos humanos.

Palavras-chave: Conceito de Refugiado; Fluxos migratórios contemporâneos; Direito Internacional do Refugiado; Direito Internacional dos Direitos Humanos; América Latina.

Introdução

Na última década, a intensificação dos fluxos migratórios no mundo tem desencadeando diversas crises humanitárias, trazendo à tona a problemática do Direito Internacional do Refugiado. Desde 2011, quando se iniciaram os primeiros conflitos internos na Síria, o aumento expressivo do número de refugiados tem desafiado autoridades a repensar os mecanismos políticos e jurídicos de proteção desses indivíduos.

Além da crise síria, responsável pelo deslocamento do maior número de refugiados², diversos outros conflitos contribuíram para a crise migratória atual, dentre eles o da Nigéria, causado pelas ações terroristas do grupo jihadista Boko Haram, e da Eritreia, submetida há 22 anos ao firme regime ditatorial do Presidente Issayas Aferworki, onde o relatório da ONU aponta para enormes violações dos direitos humanos.

Além disso, a partir do ano de 2015, em razão da grave crise econômica, política e social na Venezuela, um massivo número de venezuelanos cruzou a fronteira em busca de

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: barbarafonseca@hotmail.com

² Segundo dados da ONU, a crise síria continua a ser a maior crise de deslocamento do mundo. Estima-se que mais de 5,6 milhões de refugiados sírios estão registrados em outros países, enquanto outros 6 milhões de pessoas estão vivendo como deslocadas internas. <https://nacoesunidas.org/acnur-8-fatos-sobre-a-guerra-na-siria/>

O Conceito Jurídico de Refugiado Sob O Prisma Dos Direitos Humanos E O Papel De Destaque Da América Latina Na Efetivação Do Direito Internacional Dos Refugiados

melhores condições de vida em outros países da América Latina, dentre eles a Colômbia, Peru, Chile, Brasil e Equador.

Posteriormente, ao norte da continente, em 2018, milhares de refugiados de Honduras e de outros países da América Central migraram em direção aos Estados Unidos e México, numa tentativa de fugir dos problemas institucionais generalizadas em toda a região que causam violência, pobreza e corrupção.

Dentre os mais relevantes deslocamentos populacionais na contemporaneidade, cita-se ainda os outros como, Afeganistão e Sudão do Sul, que contribuíram para a formação do cenário atual de crise no âmbito das migrações internacionais.

Diante do atual contexto, o ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados), tem incentivado os países alvo dos fluxos migratórios a preservar o acesso ao refúgio, bem como fortalecer os mecanismos que possibilitam a identificação de pessoas que precisam de proteção internacional.

A contra fluxo das orientações do ACNUR, muitos países têm reagido de forma negativa em relação a chegada de refugiados, seja por meios administrativos, buscando fortalecer as fronteiras, seja por meios legais, criando novas exigências à concessão do *status* de refugiado, ou mesmo aplicando de forma restritiva o conceito clássico de refugiado, cunhado pela Convenção de 1951, alterado pela Protocolo de 1967, que já não mais atende a complexidade das migrações contemporâneas, como forma de impedir que refugiados gozem da proteção dos Estados.

Lado outro, muitos países têm respondido aos fluxos migratórios de forma muito positiva e aberta, ampliando o conceito jurídico tradicional de refugiado, com vistas a possibilitar proteção do maior número possível de indivíduos que solicitam refúgio em situações de claras violações de direitos humanos.

Nesse ponto, tendo em vista o destaque internacional que a América Latina vem ganhando, no sentido de estar se tornando um espaço integrado de proteção aos refugiados, pretende-se analisar a forma com a América Latina tem lidado com a intensificação do fluxo migratório, principalmente após 2018 com o início do êxodo de venezuelanos. Nesse aspecto, frisa-se que o enfoque da presente análise são os instrumentos formais e legislativos empregados para assegurar maiores garantias aos indivíduos que solicitam refúgio, embora não se possa descuidar da relevância das medidas administrativas.

Para tanto, necessária perquirição acerca do conceito de refugiado desenvolvido na América Latina, através da Declaração de Cartagena, bem como das normas internas dos

Barbara Sabina de Santana e Fonseca
países latino-americanos, dedicadas a temática do refúgio, e da forma como o elastecimento desse conceito tem impactado no plano fático da proteção aos refugiados.

Por fim, busca-se traçar um paralelo entre a forma que a América Latina tem reagido ao aumento do fluxo de refugiados, vindos principalmente da Venezuela, e reação de outros países, que, com as crises migratórias contemporâneas, também se tornaram destino de muitos refugiados, em especial a União Europeia em relação a recente crise da Síria.

1. Marcos históricos dos Direito Internacional dos Refugiados

O debate internacional sobre proteção do refugiado tem origem no período pós Primeira Guerra Mundial, marcado por uma crise humanitária de grandes proporções que atingiu todo continente europeu. Como consequência direta da Primeira Guerra, milhares de pessoas foram deportadas, perseguidas e desabrigadas, de forma que o aumento significativo do número de refugiados trouxe sérias implicações na ordem social e econômica, fazendo surgir o debate sobre a proteção desses indivíduos.

Com a assinatura do Tratado de Versalhes em 1919, foi implementada a Liga das Nações, que tinha como objetivo impedir as guerras e assegurar a paz, por meio de ações diplomáticas, de diálogos e negociações para solução de litígios. No que se refere aos refugiados, grandes potências concordaram em unir esforços para redistribuir o maior número possível de pessoas deslocadas em virtude da Guerra.

Paralelamente, para lidar com o enorme número de deslocados em virtude da revolução Russa, foi criado o Alto Comissariado para Refugiados Russos, que tinha dentre as principais competências realizar ações de socorro e assistência aos refugiados, definir o conceito jurídico e situação dos refugiados e organizar o reassentamento ou repartição.

Foi criado ainda, em 1938, o Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados (ACLNR) que tratou pela primeira vez da qualificação individual de um refugiado, o que antes era feito apenas de forma coletiva.

Paralelamente, foi criado ainda em 1938, o Comitê Intergovernamental para Refugiados (CIR) que, se destaca por ter estabelecido de forma inédita, “as causas de fuga dos refugiados, condicionando a concessão do refugio à existência de alguma delas”³. Não obstante, os trabalhos desenvolvidos pela ACLRN e pela CIR foi interrompido pela eclosão da 2ª Guerra Mundial.

Após a segunda guerra mundial, houveram grandes deslocamentos humanos no continente europeu, quando foi criado o Alto Comissariado das Nações Unidas para

³ JUBILUT, Liliana Lyra. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007, p. 167 e 170.

Refugiados – ACNUR⁴, um dos órgãos mais importantes no âmbito do Direito Internacional dos Refugiados.

2. Marcos regulatórios e normativos do Direito Internacional dos Refugiados e a construção do conceito de refugiado.

Em 1951, foi aprovada a Convenção Relativa ao Estatuto do Refugiado que trouxe em seu texto o primeiro conceito jurídico de refugiado, traçando alguns critérios de definição do instituto, bem como seu âmbito de aplicação. Com a entrada em vigor da Convenção, em 21 de abril de 1954, foi positivado o primeiro instrumento normativo que define claramente o instituto jurídico do refúgio, com vistas a dar maior proteção a esses indivíduos.

Não obstante, o conceito originalmente trazido pela Convenção possuía duas limitações: (1) limitação temporal, pois considera que só seriam reconhecidos como refugiados aqueles que tinham receio de serem perseguidos “em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951”, e (2) limitação geográfica, reconhecendo como refugiados apenas pessoas de origem europeia.

O protocolo de 1967, com o intuito de ampliar a proteção às vítimas de violação dos direitos humanos, retirou as limitações geográficas e temporais, modificando o texto da Convenção, tendo o conceito de refugiado se cristalizado como qualquer pessoa que:

“receando com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção daquele país”.

Muito embora as importantes modificações trazidas pelo Protocolo de 1967 tenham possibilitado a aplicação do conceito a um contexto global, a concepção clássica de refugiado, ainda mantém diversas limitações ao reconhecimento do *status* de refugiado.

Antes de abordar as limitações impostas pelo conceito clássico, bem como os problemas causados por elas, importante frisar que proteção dos refugiados está intrinsecamente vinculada à proteção dos direitos humanos.

Por ser o refúgio um instituto de proteção e garantia do ser humano, é fundamental sua compreensão e inserção como vertente do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Nesse sentido, são vertentes que partem do mesmo fundamento, distinguindo-se quanto a

⁴ O ACNUR foi criado em 1950 pela ONU com a missão precípua de proteger os refugiados e buscar soluções duradouras para essa questão, coordenando os esforços possíveis nesse sentido.

Barbara Sabina de Santana e Fonseca
suas abrangências, já que o Direito Internacional dos Refugiados (DIR) protege o ser humano perseguido em função de sua raça, religião, nacionalidade, opinião política e pertencimento a grupo social, enquanto o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) objetiva também assegurar condições mínimas para que o homem sobreviva e possa buscar a felicidade, onde dessa forma o último engloba a base de atuação do primeiro.⁵

Nessa perspectiva, sendo o Direito Internacional dos Refugiados, uma das três vertentes do direito da pessoa humana⁶, conta com uma proteção jurídica reflexa, com base nos mesmos diplomas internacionais que compõem o acervo do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Sob esse prisma, sendo impossível a desvinculação entre a proteção do refugiado e a proteção dos direitos humanos, o debate acerca dos critérios para reconhecimento do *status* jurídico dos refugiados deve integrar-se aos aspectos relacionados à proteção dos direitos humanos, afastando-se da visão rígida do tratamento jurídico dado aos refugiados tradicionais.

Assim, não se mostra justificável, do ponto de vista dos direitos humanos, a aplicação restritiva do conceito clássico de refugiado às relações migratórias contemporâneas, eis que, desde a edição do Protocolo de 1967 surgiram novas categorias de refugiados que não se enquadram nessa definição.

Tanto é que o próprio artigo 5.º da Convenção de 1951, ao estipular que “Nenhuma disposição da mesma prejudica outros direitos e vantagens concedidos aos refugiados, independentemente desta Convenção”, deixa claro que o conceito ali insculpido não se trata de uma regra supranacional de aplicação imediata e inquestionável.

Nesse sentido, as cinco hipóteses para reconhecimento do *status* de refugiado elencadas pela referida Convenção constituem apenas o nível mínimo de proteção a ser observado pelos Estados. Sendo que, para garantir uma efetiva proteção aos refugiados dentro de seus territórios, devem os Estados não apenas internalizar as orientações trazidas

⁵ Jubilut entende que se tratam de duas vertentes de proteção da pessoa humana. Sendo que o DIDH e o DIR apresentam o mesmo objeto, sendo a proteção da pessoa humana na ordem internacional; o mesmo método de regras internacionais a fim de assegurar essa proteção; os mesmos sujeitos, como o ser humano enquanto beneficiário e o Estado enquanto destinatário e obrigado principal das regras; os mesmos princípios e finalidades a dignidade da pessoa humana, a garantia do respeito a esta e, conseqüentemente, a não discriminação, diferindo apenas no conteúdo de suas regras, em função de seu âmbito de aplicação.

⁶ O Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional Humanitário ou o Direito Internacional dos Refugiados. JUBILUT, Liliana Lyra. O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: Método, 2007, p. 167 e 170. No capítulo intitulado “O futuro da proteção dos refugiados: convention plus, refugee law clinics, deslocados internos e ‘refugiados ambientais’”, a autora apresenta um breve histórico do processo de construção do sistema de proteção internacional aos deslocados internos no âmbito da ONU, que conta com a atuação de várias de suas agências especializadas e outras organizações internacionais, como é o caso do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e da Organização Internacional de Migração, para atender às diversas demandas dos deslocados internos.

pela Convenção de 1951, como ampliar a aplicação suas disposições, adaptando-as à realidade dos indivíduos que buscam proteção naquele país.

Assim, mesmo que o conceito clássico ainda ocupe papel de destaque ainda hoje no Direito Internacional dos Refugiados, não se pode ignorar a importância das normas internas e dos tratados regionais de proteção ao refugiado. Tanto no que se refere à efetivação da proteção dos refugiados, quanto para adequar o conceito de refugiado trazido pela Convenção de 1951 às peculiaridades sociais, políticas, geográficas, econômicas e até ambientais de cada país.

Conclui-se assim que, uma vez superada a ideia de perseguição específica ao refugiado, o conceito de refugiado tem sido ampliado pela prática diplomática, com vistas a dar efetividade da proteção jurídica a esses indivíduos, não sendo admissível a aplicação restritiva desse conceito em detrimento a tutela de direitos e liberdades fundamentais.

Nesse ponto, importa observar que os países latino-americanos foram pioneiros na consagração do conceito ampliativo de refugiado, como se passa a demonstrar.

3. Marcos regulatórios e normativos do Direito Internacional dos Refugiados e a construção do conceito de refugiado na América Latina.

Em 1984, foi assinada pelos países da América Latina, a Declaração de Cartagena, com o objetivo de possibilitar a criação de uma rede efetiva de apoio aos refugiados, ampliou o conceito de refugiado anteriormente sugerido pela Convenção de 1951, reconhecendo o entrave causado pelas limitações do conceito tradicional de refugiado.

Buscando superar tal limitação, a Declaração, além das hipóteses clássicas elencadas, incluiu, no rol de motivos para reconhecimento do status de refugiado, a caracterização da “grave e generalizada violação de direitos humanos”.

O primeiro aspecto importante dessa inovação se refere a possibilidade de englobar indivíduos no conceito de refugiados que, embora não sofram perseguição direta, fogem de uma perseguição ou risco generalizado.

Para mais, a inovação trazida pela Declaração de Cartagena, representa uma evolução significativa, ao vincular o direito dos refugiados a os direitos humanos, estendendo sua proteção para além dos direitos consagrados como civis e políticos.

Não obstante, não se pode ignorar uma importante crítica usualmente feita ao novo conceito, referente a possibilidade de o aspecto subjetivo da expressão “grave e generalizada violação de direitos humanos” permitir que a questão da proteção dos refugiados fique sujeita

Barbara Sabina de Santana e Fonseca
à vontade política e discricionariedade de cada Estado, o que poderia causar conflito de uniformidade entre os refugiados de diversos países.

Muito embora se reconheça que tal discricionariedade poderia gerar desigualdade de tratamento entre os refugiados de locais diferentes do mundo, sob o prisma da proteção dos direitos humanos, no conflito entre uniformidade e aprofundamento da proteção dos direitos fundamentais, essa deve prevalecer em detrimento daquela.

Nessa senda, diante da necessidade de se adaptar as mudanças trazidas pelos intensos fluxos migratórios, do ponto de vista normativo, os Países latino-americanos não apenas ratificaram principais instrumentos internacionais de proteção aos refugiados, como também cunharam um instrumento regional próprio que ampliasse a definição de refugiado e pudesse assegurar melhor proteção às pessoas em situações de violações de direitos humanos.

4. Reações dos países latino-americanos ao aumento fluxo de imigrantes contemporâneo.

Do ponto de vista prático, da efetividade da proteção ao refugiado, não há dúvidas de que a revisão ampliadora do conceito de refugiado permite que os Estados possam oferecer proteção ampla dos direitos humanos, independente do preenchimento dos requisitos normativos dispostos no conceito clássico de refugiado.

Isso se verifica nos recentes fluxos migratórios causados pelos conflitos internos na Venezuela. Conforme afirmado pelo Diretor Geral do CONARE:

“Há entendimento de que a Venezuela passa por uma situação de grave e generalizada violação de direitos humanos, o que funciona como critério objetivo da determinação de condição de refugiado desses nacionais. Dessa forma, o processo ficará mais simplificado, e será mais facilitada a determinação da condição de refugiado”

Em sentido inverso, muitos países têm reagido de forma bastante negativa, a citar pelo caso da Europa, a despeito da orientação da ACNUR⁷ acerca da necessidade de interpretar o conceito de refugiado de forma ampliadora e respeitando a natureza diversificada e evolutiva dos fluxos migratórios.

A partir de 2015, com a intensificação da imigração de sírios, foi levantada uma discussão sobre a forma de distribuição dos refugiados pela Europa. Isso porque, conforme

⁷ Não há uma lista taxativa de quais grupos podem constituir um “grupo social específico”, nos termos do Artigo 1A(2). A Convenção não inclui uma lista específica de grupos sociais, e o histórico de ratificação tampouco reflete uma interpretação de que haveria um conjunto de grupos identificados como enquadráveis naquele conceito. Com efeito, o termo pertencimento a um grupo social específico deve ser interpretado de maneira evolutiva, aberto à natureza diversificada e mutante dos grupos em diversas sociedades e das normas internacionais de direitos humanos. https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Manual_de_procedimentos_e_crit%C3%A9rios_para_a_determina%C3%A7%C3%A3o_da_condi%C3%A7%C3%A3o_de_refugiado.pdf

O Conceito Jurídico de Refugiado Sob O Prisma Dos Direitos Humanos E O Papel De Destaque Da América Latina Na Efetivação Do Direito Internacional Dos Refugiados

Tratado de Dublin, o país em que o refugiado colocasse o pé pela primeira vez, seria o país que deveria acolhê-lo. Por tais razões, Grécia, Itália e Hungria, se tornaram os principais centros de acolhimento, gerando concentração de pedidos de refugio nesses países.

Assim, os países “na linha de frente” passaram a defender que o refugiado deveria passasse a ser registrado no local onde pretende se estabelecer na Europa, numa tentativa de empurrar a responsabilidade pelos refugiados aos outros Estados-Membros.

Muito embora a Comissão Europeia tenha tentado estabelecer algumas regras de caráter regional, não obteve êxito perante os estados membros.

Dentre as propostas da Comissão, buscava-se o estabelecimento de uma cota obrigatória a seus estados-membros a aceitarem 40 mil sírios e eritreus num período dois anos. Porém as tratativas não obtiveram sucesso, tendo alguns países rejeitado a proposta, como a Grã Bretanha, e outros aceitado apenas 32,5 mil refugiados.

No que tange a Europa, em suma, apesar das medidas para simplificar, clarificar e reduzir os procedimentos de asilo, tendo sido apresentados em dois pacotes de propostas legislativas em maio e julho de 2016, tais questões ainda permanecem em aberto, eis que continuam sendo atualmente a ser discutidas entre o Parlamento e o Conselho, porém ainda não se chegou a nenhuma solução concreta.

Ao revés, entre os países América Latina, que deliberadamente, por meio da Declaração de Cartagena, se comprometeram a conferir interpretação ampliativa ao conceito de refugiado, em vistas de dar maior efetividade à proteção dos direitos humanos, essa não é a realidade que se apresenta.

Segundo dados da ACNUR, a Colômbia abriga o maior número de refugiados e migrantes da Venezuela, com mais de 1,1 milhão; seguido pelo Peru, com 506 mil; Chile, 288 mil; Equador, 221 mil; Argentina, 130 mil; e Brasil, 96 mil.

Dentre os exemplos de infraestrutura jurídica concedida aos refugiados, cita-se a Argentina que vem criando novas maneiras para que venezuelanos possam obter um visto temporário. No final de fevereiro de 2019 a país estabeleceu medidas para facilitar que os venezuelanos possam obter um visto temporário, mesmo que não possuam os documentos necessários, o que acontece em muitos dos casos. Além disso, o governo argentino encaminha imigrantes a vagas de emprego no país.

No mesmo sentido, a Colômbia embora exija passaporte para entrada de estrangeiros, aceitado o documento venezuelano, mesmo após dois anos de sua data de expiração. O governo colombiano criou ainda um cartão de mobilidade fronteiriça (TMF, na sigla em espanhol) para venezuelanos que vivam próximos à fronteira. O documento permite

Barbara Sabina de Santana e Fonseca viagens curtas para a Colômbia e até possibilita a trânsito temporário por 15 dias, ou seja, apresenta um caminho legal para que venezuelanos possam migrar por meio da Colômbia para outros países. Estima-se que em agosto de 2018, o governo colombiano ofereceu residência temporária a 440 mil imigrantes, o que incluía ainda acesso a tratamento médico emergencial, um sistema de seguro social, cuidado pré-natal, apoio na busca por emprego e educação para as crianças.

Apesar das reações positivas dos países latino-americanos, alertou Eduardo Stein, representante especial Conjunto do Acnur e da OIM para refugiados e imigrantes venezuelanos, que “os países da América Latina e do Caribe estão fazendo sua parte para responder a essa crise sem precedentes, mas não se pode esperar que eles continuem a fazer isso sem ajuda internacional”, fazendo um claro apelo à solidariedade internacional e a necessidade da cooperação de outras nações.

Conclusões:

A intensidade dos fluxos migratórios contemporâneos desafia a capacidade dos Estados e suas instituições em atender às crescentes demandas dos refugiados.

Em face das novas categorias de refugiados e da complexidade das migrações contemporâneas, as lacunas e limitações do Direito Internacional do Refugiado se mostram um grave obstáculo para garantir a tutela efetiva desses direitos.

Por essa razão, enfatizou-se no presente trabalho, a necessidade de uma revisão no conceito clássico de refugiado, trazendo uma abordagem ampla do conceito e integrada as peculiaridades de cada Estado, com vistas à tutela efetiva dos direitos humanos dos indivíduos daquela região.

Assim, diante da ausência de um instrumento internacional que englobe todas as categorias de refugiados, devem os Estados, através da cooperação internacional, garantir os padrões mínimos de direitos dos refugiados, honrando o compromisso global de proteção das pessoas nessa condição.

Referências:

ACNUR, 8 fatos sobre a guerra na Síria. Acesso em novembro de 2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acnur-8-fatos-sobre-a-guerra-na-siria/>

ACNUR, Refúgio no Brasil A proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas. Consulta em novembro de 2019. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Ref%C3%BAgio-no-Brasil-A-prote%C3%A7%C3%A3o-brasileira-aos-refugiados-e-seu-impacto-nas-Am%C3%A9ricas-2010.pdf>

ACNUR, Manual de procedimentos e critério para determinação da condição de refugiado. Consulta em novembro de 2019. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp->

O Conceito Jurídico de Refugiado Sob O Prisma Dos Direitos Humanos E O Papel De Destaque Da América Latina Na Efetivação Do Direito Internacional Dos Refugiados

content/uploads/2018/02/Manual_de_procedimentos_e_critérios_para_a_determinação_da_condição_de_refugiado.pdf

EL PAÍS, Êxodo venezuelano desloca crise migratória da Europa para a América do Sul. Consulta em novembro de 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/09/18/internacional/1568808067_804228.html

JUBILUT, Liliana Lyra. O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: Método, 2007, p. 167 e 170.

DIREITO PÚBLICO FUNDAMENTAL: ANÁLISE NO ÂMBITO DOS DIREITOS HUMANOS E APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL

Bruna Luíza Piovesan¹

Resumo: Esse trabalho teve como objetivo a abordagem dos Direitos Fundamentais Constitucionais previstos na carta magna, com ênfase na privação de liberdade em esfera Penal, e sua influência no âmbito dos Direitos Humanos. O tema proposto, sendo de grande relevância social, aborda o preparo dos indivíduos para serem cidadãos que exercem seus direitos e deveres com dignidade, identificando quais são as contribuições do Estado Brasileiro para o cumprimento dos Direitos Humanos, já que se trata de um Direito Público Fundamental. Faz-se uma análise da pena frente o Direito Criminal para com os Direitos Humanos, já que, a pena, se trata de consequência natural imposta pelo Estado, quando um indivíduo pratica uma infração prevista como crime, para tanto, é feito um panorama da concepção contemporânea da evolução dos direitos, à luz do sistema nacional de proteção, que tem como base, os princípios da Constituição Federal Brasileira. São examinados também, os relevantes desafios e perspectivas do processo usado para implementar esses direitos, a fim de que o valor da dignidade humana se apresente no centro da ética. É estreita a relação entre os países no tocante a eventuais conflitos de conteúdos de normas, tanto de ordem internacional quanto de ordem nacional. O que se difere no âmbito do direito penal e dos direitos humanos, já que ambos, estão previstos em acordos firmados internacionalmente, e não existem apenas em legislação nacionais.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Direitos Fundamentais; Ordem Internacional; Constituição Federal; Estado.

I - Antiguidade clássica - evolução e trajetória histórica do direito público

O Direito Público é um ramo jurídico especializado que se compõe de um conjunto de regras jurídicas, por possuir diversas fontes, a principal delas, está prevista na Constituição Federal, e as demais, em leis esparsas ordinárias e especiais.

É impossível ter o exato conhecimento de um instituto jurídico, sem antes, proceder a seu exame histórico. Leciona Martins (2012) que, verificando em origens, em evoluções e nos aspectos políticos, ou econômicos, é possível analisar os acontecimentos do presente, buscando e compreendendo o que foi influenciado pelo passado.

No entanto, na idade média, no século V, surge as corporações de ofício compostas por membros, cujo cada corporação, era regida por um estatuto e normas que regulavam as relações entre pessoas.

Conforme Junior (1993), outro marco importante do Direito Público foi o liberalismo, que tratou de um movimento cujo dava-se mais liberdade aos homens, como

¹ Bacharel em Direito pela Universidade do Sul da Santa Catarina – UNISUL e Pós-graduanda em Direito Público pela Faculdade Damásio, São Paulo.

por exemplo, quem possuía uma maior condição econômica, poderia firmar contrato da maneira que preferisse, mesmo que acarretasse abusos ou excessos.

Já no absolutismo, no século XVII, discorre Masson (2013) que, se tratava de uma época onde atos de punição eram cometidos por meio de graves suplícios, atitudes cruéis, bárbaros e arbitrários eram praticados. Chegou num ponto em que a sociedade não mais suportou essa forma de agir do Estado, época essa em que se preparavam para a eclosão da Revolução Francesa.

Com isso, tornou-se necessário intervenção, para que os Direitos Fundamentais fossem regulados e aplicados, objetivando respeito ao próximo.

Visando pela positivação dos Direitos Fundamentais, que se deu após a Revolução Francesa com as declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, e teve como ideia principal, a consagrada abolição da pena de morte.

Com isso, pode se concluir que os ideais humanísticos demonstraram a necessidade de preocupar-se com a pessoa humana, caso em que, se visa, preservar contra danos físicos e psicológicos a que estavam expostos, já que, se tratava de uma época em que se ignoravam sistemas jurídicos de proteção a saúde.

Os Direitos Fundamentais assumem até hoje, a finalidade de operar como garantidores da liberdade individual de toda coletividade, que constitui num comando dirigido ao Estado, no sentido de proteger direitos, que aplica medidas a fim de efetiva-los.

Como podemos ver, a sociedade está em constante evolução, e na medida que a sociedade evolui, bens que eram considerados importantes, perdem essa qualidade, e surgem outros direitos que carecem de atenção especial, caso em que, novos direitos são tidos como protegidos no lugar daqueles.

Em virtude dessa constante mutação de eras, outros bens são tidos como fundamentais, porém hoje, os direitos alheios já não gozam desses *status*.

Dispõe nesse sentido Masson:

As leis penais são frutos de uma determinada vontade política manifestada pelos cidadãos por intermédio de seus representantes junto aos Poderes do Estado. Na instituição ou adoção de princípios e regras refletidas pelo sistema penal de um povo estão as marcas sensíveis de sua civilização e cultura, razão pela qual pode-se falar em *leis que pegam e leis que não pegam* como demonstração da afinidade ou do divórcio entre os interesses dos indivíduos e a vontade do Estado.

Pode-se concluir que, o direito possui a finalidade de visar a proteção de bens que julgam serem importantes, objetivando tutelar os objetos valiosos, não só do ponto de vista econômico, mas político, e que, sendo assim, também são suficientemente protegidos por outros ramos do direito, para que seja efetivado a harmonia em sociedade.

Alguns dos direitos previstos na Constituição, são fundamentais, e, por possuírem essa qualidade, detém de aplicação imediata, porém necessita de compreensão frente ao essencialismo dos Direitos Humanos, garante Canotilho (1995).

Já no tocante a interpretação constitucional, vale ressaltar que esta, deve-se dar de forma extensiva, com base no artigo 5º, § 1º da CF/88 que reconhece a preponderância dos direitos fundamentais com garantia de aplicação imediata.

II –Direito público e a dinâmica dos direitos humanos

Os direitos resguardados na Constituição Federal de 1988, possuem formas para efetuar sua aplicabilidade, sendo necessário analisar o trajeto histórico dos Direitos Humanos, para assegurar a solução de conflitos.

Entre 1939 e 1945 aconteceu a Segunda Guerra Mundial, e ainda assim, se tratou de um período em que ocorreu grande violação aos direitos do homem, e como consequência disso, diversas atrocidades foram praticadas.

Nesta perspectiva ensina Flávia Piovesan:

Ao longo da história as mais graves violações aos direitos humanos tiveram como fundamento a dicotomia do “eu *vs.* o outro”, em que a diversidade era captada como elemento para aniquilar direitos. Vale dizer, a diferença era visibilizada para conceber o “outro” como um ser menor em dignidade e direitos, ou, em situações limites, um ser esvaziado mesmo de qualquer dignidade, um ser descartável, um ser supérfluo, objeto de compra e venda (como na escravidão) ou de campos de extermínio [...]

Com isso, temos que à proporção que os anos passam, os Direitos Humanos começaram a gerar interesses na comunidade internacional, tanto é que, em 1945, a Organização das Nações Unidas (ONU) foi criada com enfoque nos direitos humanos, que visava impedir novos conflitos, a fim de prover paz e segurança.

Vale mencionar que direitos previstos pela Constituição Federal de 1988, são universais, e devem ser aplicados de maneira igual, sem discriminação aos indivíduos, já que, são alienáveis; indivisíveis; interrelacionados e interdependentes.

Tal qual, deve-se observar a suma importância em proporcionar educação jurídica a todos, de acordo com Lenza (2017) levando conhecimento acerca dos Direitos Constitucionais básicos, como os direitos fundamentais, favorece assim, o enaltecimento da pessoa como ser humano digno.

III – Direitos Humanos e a aplicação do Direito Penal

Em um Estado Democrático de Direito, embora tendo dever/poder de aplicar sanções àquele que viola ordenamento jurídico, ensina Greco (2017) que a penalidade deve observar os princípios previstos na nossa Constituição Federal.

A finalidade do Direito Penal, tem como escopo proteção dos bens essenciais à sociedade, conforme leciona Amaral:

Nessa impressionante sociedade em que vivemos, o direito penal tem por missão garantir a identidade da sociedade. Todavia, sem dispensar a proteção aos bens jurídicos, na medida em que estes são necessários à evolução do subsistema jurídico-penal. Também, os bens jurídicos servem como referências para as expectativas sociais que se pretendem manter. Ainda, são os bens jurídicos as entidades que o direito penal consegue perceber *primo ictu oculi* quando são lesadas ou ameaçadas.

Essa situação deve ser analisada, já que, possui uma proximidade entre penas e Direitos Humanos. Conforme Greco (2017) depois da primeira condenação aplicada por Deus, o homem, adotou o sistema de aplicação de penas toda vez que as regras da sociedade, na qual estava inserido eram violadas, ficando por muito tempo, considerada consequência natural, imposta pelo Estado à um indivíduo, quando pratica uma infração prevista como crime.

O reeducando conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, tornando obrigatório e indispensável, que, todas as autoridades, respeitem a integridade física e moral do preso, cujo direitos, se faz necessário para que, o apenado possa cumprir sua pena com dignidade, já que, futuramente será reinserido no convívio em sociedade.

Já dizia os ensinamentos de Albergaria (1993), que as raízes do Direito Penitenciário começaram a se formar no Século XVIII:

[...] resultou da proteção dos direitos humanos da pessoa do preso. Esses direitos se baseiam na exigência ética de se respeitar a dignidade do homem como pessoa moral. O delinquente, qualquer que seja o grau de sua decadência, não perdeu essa dignidade, atributo essencial do ser humano, que constitui o supremo valor que deve inspirar o direito [...] a culpa e o delito não destroem na intimidade do homem o selo impresso pela mão do criador.

Entretanto, persiste uma série de questionamentos acerca da compatibilização entre as normas do Código Penal Brasileiro, e sua recepção pela Constituição Federal, sendo possível fazer um *link* com o Direito Criminal Penal.

Deve-se ter em mente que, o sistema brasileiro do Código penal de 1940, teve uma considerável modificação legal com a Constituição de 1988, conforme leciona Masson:

As regras e princípios constitucionais são os parâmetros de legitimidade das leis penais e delimitam o âmbito de sua aplicação. O Direito Penal deve se harmonizar com as liberdades, as garantias e os direitos estatuídos pela Constituição Federal, pois nela encontram o seu fundamento de validade.

Com isso, é possível constatar que, da aplicação, e construção, do Código Penal, há de utilizar os valores constitucionalmente protegidos.

No mesmo sentido dispõe Neto:

Sob a ótica da consolidação da sua qualificada força normativa, os direitos fundamentais são previstos na Constituição com vistas a obter proteção e centralidade, auferidas por estarem enunciadas no documento que direciona e vincula as demais normas do ordenamento jurídico, assim como pela experimentação dos efeitos da rigidez constitucional, sobretudo verificados a partir dos institutos da cláusula pétreia e do controle de constitucionalidade[...]

Nota-se, que detemos de uma grande relevância com as normas de Direito Penal e Direitos Humanos, fazendo com que esses direitos, não estejam previstos apenas em códigos nacionais, cujo ambos, estão inseridos em diversos acordos internacionais, tais como: Tratados; Convenções; Pactos; Cartas; dentre outros.

Porém, essas normas podem gerar conflitos entre si, podendo, em alguns casos, apresentar conteúdos que se diferem.

Nota-se o disposto na EC45/2004 regulamento que dispõe sobre conflitos de Direitos Humanos, cujo incluiu o § 3º no artigo 5º da CF: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Fica claro que, o tratado de Direitos Humanos que tenha sido aprovado por 3/5, pelas duas casas, do Congresso Nacional, e em dois turnos, terá força de Emenda Constitucional.

Isso remete a globalização, cujo fenômeno, aproximou as relações entre os países, com a ordem internacional e a ordem nacional, caso em que, vários tratados internacionais passaram a ser firmados após esse fato.

Neste sentido Amaral:

É possível constatar que mesmo antes da globalização, ou quando está ainda era um processo incipiente, já não se podia falar em segurança jurídica [...] nesse contexto de mudanças velozes, coube ao direito – e era sua função – tentar limitar as incertezas

decorrentes dessas novas formas e relações, editando regras que orientassem conceitualmente sobre as condutas discrepantes.

Dito isso, tem-se que, os direitos fundamentais não são absolutos, e por sofrerem limitações, devem-se considerar que certos direitos possuem caráter incondicional, tal qual, seja o direito de não ser torturado, e não ser submetido a tratamento desumano ou degradante, conforme artigo 5º, inciso III, XLVII e XLIX da CF/88, já que, esses direitos se aproximam do princípio da dignidade da pessoa humana, devem prevalecer.

IV - Considerações Finais

A pesquisa conteve caráter descritivo, e teve a finalidade de ressaltar a importância de informações acerca da educação jurídica da Constituição Federal, em âmbito dos direitos fundamentais e Direitos Humanos.

Com essa informação, torna-se possível concretizar os direitos previstos em leis, cujo haverá uma sociedade em convívio pacífico, justo e igualitário.

Quanto à funcionalidade dos Direitos Fundamentais, a liberdade impõe ao Estado um dever de abstenção, que significa dever de não-interferência. Esse direito previsto no artigo 5º da CF/88, não é aplicável nas penas restritivas de liberdade previstas no Código Penal, já que, o indivíduo que comete um delito criminal, conserva todos os direitos previstos na Constituição, exceto os que são atingidos pela perda da liberdade.

Com isso, pode-se concluir que, os direitos fundamentais não são absolutos, conforme visto no sistema Constitucional Penal Brasileiro, cujo verificou a dinâmica de limites e restrições aos direitos fundamentais.

A atividade restritiva do Estado deve ser igualmente uma atividade limitada, de modo que, a ação se dê na medida necessária à própria concretização de direitos e de bens constitucionalmente protegidos.

Ademais, como princípio da dinâmica dos Direitos Fundamentais, se concluiu que, em qualquer controle a esses direitos, não poderá, de todo modo, se portar de maneira a afetar desvantajosamente a dignidade da pessoa humana.

Referências

ALBERGARIA, Jason. **Manual de Direito Penitenciário**. 1ªed. Rio de Janeiro: Aide, 1993, 211p.

AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea**. São Paulo: IBCCRIM, 2007, 263p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 out. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ªed. Brasília: OAB, 2004

CAPELA, Juan Ramon. **Fruto Proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo de direito e Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 2ªed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenksan, 1995. V.1

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal parte geral**. 19ªed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. V.1

JUNIOR, Cesarino. **Direito Social**. 2ªed. São Paulo: Ltr. 1993, 386p.

LENZA, Pedro, **Direito Constitucional Esquemático**. 19ªed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, SARLET, Ingo Wolfsgnag. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2013

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquemático**. 7ªed. São Paulo: Método. 2013, 989p.

MOTTA, Alexandre de Medeiros. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. Tubarão: Copiart, 2012, 124p.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 8ªed. São Paulo: Atlas s.a. 2007, 355p.

NETO, Silvio Beltramelli. **Direitos Humanos**. Bahia: Jus Podivm, 2014, 469p.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 6ªed. São Paulo: Saraiva. 2015, 388p.

A COOPERAÇÃO ECONÔMICA INTERNACIONAL COMO INSTRUMENTO PARA VIABILIZAR A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Ana Carolina Assumpção Stoffel¹

Resumo: Este trabalho objetiva demonstrar como a administração de capital estrangeiro, comprometida com a promoção dos direitos essenciais das pessoas, pode mudar a realidade de países que, ainda que sejam signatários da DUDH, possuem realidades que estão demasiado distantes do que é aceitável. De forma específica, busca-se: (i) analisar quais as medidas/condições, no âmbito da Cooperação Internacional Econômica, são propulsoras de desenvolvimento dos direitos essenciais das pessoas; (ii) o papel das Organizações Internacionais, quando do emprego da Cooperação Internacional Econômica, na promoção de direitos humanos nos “países-alvo” deste estudo, a saber: países que reconhecem a validade material da Declaração Universal dos Direitos Humanos, mas enfrentam problemas para garanti-los em razão de escassez de recursos econômicos. Para atingir os objetivos ora propostos, em primeiro lugar, faz-se uma análise de doutrina e de legislação internacionais sobre Cooperação Econômica Internacional e Direitos Humanos. Em seguida, conceituam-se ambos os institutos e procura-se apresentar possíveis relações entre eles. Por último, busca-se depreender como a Cooperação feita por meio de Organização Internacional, comprometida com a implementação dos Direitos Humanos (como a ONU), pode ser um importante vetor desses direitos em países signatários da DUDH, a despeito de suas dificuldades de efetivá-los em razão de sua precariedade econômica.

Palavras-chave: Cooperação Econômica Internacional; Direitos Humanos; Instituições Financeiras; Organização das Nações Unidas.

Introdução

Este trabalho intenta analisar, de forma sucinta, como a Cooperação Internacional Econômica pode ser instrumento de viabilização dos direitos humanos em países que reconhecem a validade material da Declaração Universal dos Direitos Humanos, mas enfrentam problemas para garanti-los.

O objetivo principal desta análise é o de demonstrar como a administração de capital estrangeiro, que se mostra comprometida com a promoção dos direitos essenciais das pessoas, pode mudar a realidade de países que, ainda que sejam signatários da DUDH, possuem realidades que estão demasiado distantes do que é aceitável. De forma específica, busca-se: (i) analisar quais as medidas/condições, no âmbito da Cooperação Internacional Econômica, são propulsoras de desenvolvimento dos direitos essenciais das pessoas; (ii) o papel das Organizações Internacionais, quando do emprego da Cooperação Internacional

¹ Pós graduada em Direito Internacional, pós graduada em Direito Tributário, mestranda em Ciências Jurídico-Políticas, pela Universidade Portucalense (UPT, Portugal). Email: ac.astoffel@gmail.com

Econômica, na promoção de direitos humanos nos “países-alvo” deste estudo, a saber: estados de baixo nível de desenvolvimento econômico e que dependem de recursos de outrem para alavancar seu desenvolvimento econômico, social e político, com reflexos na promoção e efetividade dos direitos humanos em seus países.

Neste estudo, assume-se que a Cooperação Econômica Internacional impõe uma série de condições ao “país cooperado”, tanto no âmbito social quanto no âmbito econômico e político, o que pode representar um importante mecanismo de aplicação dos Direitos Humanos. Isso se explica pelo fato de a Cooperação ser uma combinação de subministração de recursos financeiros aliada a um projeto de desenvolvimento dos Direitos Humanos e, em cada caso concreto, conforme será amplamente demonstrado ao longo do presente trabalho, implica a elaboração e execução de um plano (ou “projeto”) de ação em prol da promoção e efetivação dos referidos direitos para o país que se torna um membro cooperado.

No que tange à metodologia, optou-se pela realização de uma revisão de literatura sobre Direitos Humanos e sobre Cooperação Econômica Internacional, utilizando de doutrina (europeia e brasileira). Esse recorte justifica-se pelo foco ora pretendido nesta investigação, ou seja, o incremento à efetividade dos direitos humanos por meio da mencionada Cooperação, o que transcende a fronteira de uma noção e de um continente.

Da bibliografia específica colacionada extraiu-se o respaldo teórico para o tratamento temático do qual se ocupa esta investigação, alinhado ao objetivo geral traçado, com a pretensão de construir uma possível resposta à questão norteadora deste estudo: “De que forma a Cooperação Internacional Econômica pode ser instrumento de viabilização dos direitos humanos em países que reconhecem a validade material da Declaração Universal dos Direitos Humanos, mas enfrentam problemas para garanti-los?”

1. A cooperação internacional econômica como instrumento para efetivação dos Direitos Humanos

1.1. Definição de Direitos Humanos

Ao propor uma pesquisa que aborda os Direitos Humanos e sua promoção no âmbito internacional, primeiramente, é necessário delimitar o que se entende por tais direitos, ainda que não se faça uma abordagem aprofundada, justificada pelos limites impostos a este estudo. De todo modo, parece relevante que algumas questões relativas à problematização da conceituação dos direitos e sua concatenação à DUDH sejam tratadas, a fim de que o leitor possa melhor compreender as abordagens feitas nos próximos capítulos.

Conceituar “Direitos Humanos”, em alguns casos, tem sido reduzido à máxima simplista de que “são os direitos inerentes a todas as pessoas por serem elas humanas”. No

entanto, a definição destes direitos tão importantes se reveste de maior complexidade. É verdade que os direitos humanos são aqueles que dizem respeito a todas as pessoas, simplesmente por pertencerem à espécie humana, independentemente de qualquer outro fator ou condicionante.

Mas quais direitos estariam englobados pelo predicado “humano”?

De acordo com Flávia Piovesan², os direitos humanos são aqueles que garantem o mínimo ético irredutível para se garantir condições dignas de vida ao ser humano. Contudo, delimitar o que é o “mínimo ético irredutível” não é algo fácil nem universalmente unânime, complexidade essa que se partilha e, portanto, neste estudo, ao se fazer alusão aos “direitos humanos”, está-se fazendo referência àqueles concatenados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), considerando-os válidos e dignos de observância por todos os países que ratificaram seu compromisso com o teor desta Declaração.

1.2 A Cooperação Internacional Econômica como vetor para a promoção dos Direitos Humanos

É sabido que, apesar de signatários da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), há países que se encontram distanciados da realidade ali prescrita em matéria de efetivação de direitos inerentes à pessoa humana.

Sem embargo, para que os direitos humanos possam ser efetivamente levados a cabo, é necessária a aplicação maciça de recursos financeiro em projetos que visem, por exemplo, a inserção dos excluídos de uma determinada sociedade, a fim de promover a igualdade, ou de mudar drasticamente a realidade como um todo de um povo. Esses projetos requerem mudanças políticas, culturais e econômicas que geram dispêndio de recursos. Acreditar que é possível implantar, com eficácia, os direitos humanos sem que haja necessidade de alocação de verba é o mesmo que cultivar planos utópicos: estarão sempre “no papel” e nunca serão postos em prática.

Assim como muitos projetos da ONU carecem de aplicabilidade ou não são amplamente aproveitados por falta de recursos financeiros - ou não raramente dependem de financiamento de instituições financeiras, como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e Banco Mundial (BM) -, o mesmo ocorreria nas hipóteses de não existência de um sistema de ajuda financeira integrado para trazer à realidade planos pré-traçados e realizáveis, de forma

² PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

sustentável, em matéria de desenvolvimento e de efetivação dos direitos humanos. Os projetos desenvolvidos pela ONU são testemunhos vivos de que projetos, seja em qual área de atuação for, não são bem-sucedidos, ou tem a sua eficácia muito comprometida, quando não há um sistema de investimento de recursos concomitante.

Mas, deve-se salientar que a existência de um financiamento não é única necessidade. É preciso que a ajuda financeira vise a fomentar o desenvolvimento de políticas de implantação e de manutenção eficazes dos direitos humanos, sendo a referida ajuda condicionada aos esforços impressos por aqueles engajados nos projetos elaborados. Não basta um financiamento ou mesmo uma doação sem que sejam providas as “coordenadas” para o emprego dos recursos financeiros disponíveis, pois isso seria uma forma de empréstimo revestido de roupagem de caridade. É primordial que a ajuda financeira seja comprometida com o desenvolvimento dos direitos humanos, de forma a alinhar a disponibilidade de verba com o desenvolvimento dos projetos nessa direção. A ajuda financeira que está vinculada à questões de desenvolvimento - tanto no âmbito político, quanto econômico, social e cultural - é um dos instrumentos do que é da mencionada Cooperação (também conhecido como "Cooperação Internacional Econômica para o Desenvolvimento"). Ou seja, em verdade, trata-se de uma verdadeira Cooperação Internacioanl Econômica responsável e comprometida com a propulsão dos Direitos Humanos.

Nesse sentido, pode-se depreender que a Cooperação Internacional para o Desenvolvimento abarca todas as ações levadas a cabo por países com a finalidade de promover a melhoria da qualidade de vida e da economia de outros, de forma que o país ajudado possa, por meio da ajuda recebida, tornar-se autossuficiente na área em que recebeu ajuda e não tornar-se um eterno dependente da economia internacional ou, ao menos, que tenha a direção a ser seguida para que uma realidade de auto sustento e manutenção das vitórias conquistadas para um futuro não muito longínquo. Isso significa que a Cooperação Internacional para o Desenvolvimento é uma cooperação sustentável para aquele a quem é destinada.

Explica, de forma muito clara, sobre a mencionada Cooperação, o doutrinador Aristizábal:

La cooperación internacional al desarrollo comprende el conjunto de actuaciones, realizadas por actores públicos y privados, entre países de diferente nivel de renta con el propósito de promover el

progreso económico y social de los países del Sur de modo que sea más equilibrado en relación con el Norte y resulte sostenible³.

Atentando para a realidade de países objetos do presente estudo, torna-se evidente que recursos financeiros devem ser oriundos de fontes alheias. Isso porque, como traçado no perfil dos Estados elegíveis para receber a Cooperação, há uma carência de recursos financeiros próprios para desenvolverem, por si mesmos, políticas e projetos de mudança em suas realidades de desrespeito aos direitos humanos na direção de um cenário mais digno para seus habitantes.

Uma vez que um dos principais objetivos da cooperação internacional é promover o progresso em todos os setores dos países “cooperados”, fica evidenciado que se busca promover uma melhora significativa da situação dos direitos humanos nos referidos Estados⁴.

Ou seja, verifica-se que através da Cooperação Internacional para o Desenvolvimento são fornecidas as condições apropriadas para utilizar adequadamente a ajuda recebida, sem perder de vista o efetivo progresso em matéria de direitos humanos. Essas condições abarcam principalmente o setor político, econômico e social, os quais são setores-chave para maximizar os benefícios que se possam extrair da cooperação. Ao revés, não pode existir a liberação de recursos sem critérios e compromissos. Seria uma grande irresponsabilidade não impor condições para que a cooperação seja concedida e não vincular a manutenção das ajudas fornecidas com a concretização de projeto(s) de desenvolvimento, no caso do presente estudo, relacionadas à efetivação dos direitos humanos, a fim de se alcançar uma realidade mais próxima do ideal preconizado na DUDH.

Assim como é primordial conciliar condições para que haja a cooperação, igualmente é essencial atentar-se para a realidade do país potencialmente “cooperado”. É necessário que as condições exijam esforços por parte do país, mas não se pode obrigá-lo a fazer algo impossível como condição de concessão da cooperação. Deve haver, em todo o processo, um equilíbrio entre a realidade do país e as condições e metas a ele impostas, uma harmonia

³ ARISTIZÁBAL, A. Boni; LOMA-OSORIO, G. Ferrero de. *Introducción a La Cooperación para el Desarrollo*. Valencia: Universidad Politécnica de Valencia, 1997, p. 17.

⁴ Nesse sentido, “Las actuaciones de la cooperación al desarrollo se sitúan en el marco más amplio de las relaciones internacionales, de las que constituyen un ámbito específico, y van dirigidas, principalmente, a mejorar las condiciones de vida de la población de los países de menor renta relativa. Con esa finalidad intentan impulsar el crecimiento económico y el bienestar social, favorecer formas de gobierno democráticas respetuosas con los derechos humanos y contribuir a la preservación del medio ambiente” (ARISTIZÁBAL, A. Boni; LOMA-OSORIO, G. Ferrero de. *Introducción a La Cooperación para el Desarrollo*. Valencia: Universidad Politécnica de Valencia, 1997, p. 17).

entre estas e os esforços humanamente possíveis de serem tangidos pelo governo do país cooperado.

Por oportuno, transcreva-se outro ensinamento de Aristizábal acerca do que foi exposto nos parágrafos anteriores:

Entre esas condiciones se encuentran políticas económicas y sociales adecuadas, instituciones honestas y responsables, y un entorno democrático y de respeto a los derechos humanos. Un cumplimiento mínimo de esos requisitos constituye la “condicionalidad” de la ayuda. La vigencia de estas condiciones para llevar a cabo la cooperación deberá ser, sin embargo, el resultado de un diálogo basado en una relación equilibrada.⁵

1.3 A relação entre Direitos Humanos, Economia e Cooperação Internacional

Conforme já mencionado, quando se faz menção aos Direitos Humanos no presente trabalho, refere-se ao rol dos direitos elencados da DUDH. Entretanto, não é possível falar desta sem se levar em conta o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Como o próprio nome dos pactos expressam e sem adentrar em interpretações e análises pormenorizadas, percebe-se que os Direitos Humanos são aqueles direitos essenciais à pessoa humana no âmbito civil, político, econômico, social e cultural, não existindo um sem o outro, pois são indivisíveis e interligados⁶.

Em que pesem os pactos serem igualmente parte do núcleo duro dos Direitos Humanos, sem hierarquia formal ou material entre os mesmos, algo os distingue na realidade: enquanto os direitos civis e políticos têm aplicabilidade imediata, o mesmo não se pode afirmar dos demais. Neste sentido, são esclarecedoras as palavras de Souza Neto:

⁵ ARISTIZÁBAL, A. Boni; LOMA-OSORIO, G. Ferrero de. *Introducción a La Cooperación para el Desarrollo*. Valencia: Universidad Politécnica de Valencia, 1997, p. 18,

⁶ “Deste modo, para qualquer análise que envolva os chamados Direitos Humanos, não se pode perder de vista, em nenhum momento, o fato de que são regidos diuturnamente pelo Inter-Relacionamento, a Indivisibilidade e a Interdependência. Assim, frisa-se mais uma vez que qualquer análise dissociada de tais fundamentos basilares eiva de morte o correto e legítimo entendimento sobre Direitos Humanos” (SOUZA NETO, Christiano. A injustiça nas relações econômicas internacionais e a falaciosa efetivação dos direitos humanos – o caso da dívida externa brasileira. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 293).

Interessante a distinção que se faz entre as duas modalidades de direitos retro citados (civis e políticos dos econômicos, sociais e culturais), pois os primeiros são compreendidos como de aplicação imediata, sendo os segundos considerados como normas programáticas, ou seja, de realização progressiva.⁷

O que se percebe é que os direitos de aplicabilidade tardia assim o são porque envolvem questões econômicas. É necessário o dispêndio de recursos financeiros para se efetivarem em plenitude os Direitos Humanos⁸, o que evidencia a relação entre economia e concreticidade dos Direitos Humanos. Ou seja, pode-se constatar que, na esfera econômica, a cooperação internacional é um instrumento de promoção dos aludidos direitos, tendo a própria DUDH, em seu artigo XXII, relacionado a cooperação com a realização dos direitos fundamentais das pessoas humanas.

Resta, portanto, evidenciado que este conjunto de ações vinculadas a empréstimos condicionados, a que chamamos de Cooperação Econômica, pode ser um instrumento poderoso de promoção dos Direitos Humanos em lugares em que os mesmos não são minimamente observados e que a pobreza seja um, se não o maior, dos principais problemas enfrentados pelo país em seu processo de desenvolvimento.⁹

1.4 Instituições financeiras e o seu descompromisso com a promoção dos Direitos Humanos

⁷ SOUZA NETO, Christiano. A injustiça nas relações econômicas internacionais e a falaciosa efetivação dos direitos humanos – o caso da dívida externa brasileira. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2010, pp. 295.

⁸ Souza Neto partilha desta análise e brilhantemente explica a relação entre economia e efetivação dos Direitos Humanos: “É evidente que a locupletação de qualquer direito que dependa de conteúdo econômico tende a sofrer uma efetivação mais lenta do que os independentes. Ocorre que, diante desta notória dependência financeira dos Direitos Humanos, observa-se um *modus operandi* injusto aos olhos mais críticos, pois é nítida muitas vezes a intenção de se eternizar todos os processos pró-efetivação de tais direitos, em manifesto prejuízo a milhões de cidadãos da família humana. Assim, enquanto os direitos civis e políticos têm auto-aplicabilidade, os direitos econômicos, sociais e culturais acabam dependendo do que veio a se denominar, por construção teórica, de “realização progressiva” (...). O fato é que o caráter programático de tais normas acaba por promover um processo de eternização da implementação das mesmas, resultando assim na franca violação dos Direitos Humanos, em nome do acúmulo de capital em poder de poucos”.⁸ (SOUZA NETO, Christiano. A injustiça nas relações econômicas internacionais e a falaciosa efetivação dos direitos humanos – o caso da dívida externa brasileira. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 295).

⁹ “Infelizmente é consabido que para uma real efetivação dos Direitos Humanos depende-se de recursos financeiros, e portanto, em última análise, da vontade do “Capital”, ou seja, é a decisão e os interesses do “poder hegemônico” que prevaleceram sempre, independente do Direito Internacional” (SOUZA NETO, Christiano. A injustiça nas relações econômicas internacionais e a falaciosa efetivação dos direitos humanos – o caso da dívida externa brasileira. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 313).

Cumprir destacar que a Cooperação não se confunde com empréstimos oriundos de bancos ou instituições financeiras internacionais. A Cooperação, ao passo que compromete-se com o desenvolvimento sustentável dos Direitos Humanos – tomando em conta todas os ambos de abrangência dos mesmos –, é oposta aos empréstimos que, por exemplo, são concedidos pelo FMI ou BM, os quais visam, sobretudo, a rentabilidade do direito emprestado através de cobrança de juros abusivos – senão extorsivos – para aqueles que fazem uso dos seus créditos, ainda que tal signifique em prejuízo para a população do país tomador do empréstimo.

Tomando em conta o FMI, o mesmo condiciona a liberação de empréstimo ao cumprimento de um Plano de Ajuste Estrutural por ele traçado. A título de ilustração da modalidade “empréstimo”, traz-se à baila o caso da construção da represa de Balbina, no estado do Amazonas (Brasil), em que o Plano do FMI previa a “redução drástica do gasto público, principalmente através do corte das subvenções a alimentos básicos, a restrição ao custo do programa de educação e saúde no âmbito urbano e a desmantelamento de empresas públicas deficitárias”¹⁰. Esse caso reforça a forma como o FMI, entre outros financiadores, opera: condiciona a liberação de empréstimo ao cumprimento de um Plano de Ajuste Estrutural traçado por ele próprio ¹¹.

Assim, percebe-se que dificilmente – para não se dizer “nunca” – um país que toma crédito junto às instituições financeiras como FMI e BM conseguirão levar a cabo projetos de efetivação de Direitos Humanos, já que os Planos de Ajuste Estrutural e planejamentos semelhantes implicam o pagamento periódico de parcelas do empréstimo, acrescidos de altíssimos juros, comprometendo significativamente a economia interna do país. Esse comprometimento gera efeitos negativos, tais como cortes de investimento em promoção dos direitos fundamentais da população, como assevera Neto:

Esta questão é de fundamental importância para a análise da implementação e concretização de direitos humanos nos países do terceiro mundo ou “em desenvolvimento”. Afirma-se isto, pois é

¹⁰ LOURENÇO, Luana. *Usina de Balbina é dez vezes pior para efeito estufa que termelétrica, estima pesquisador* [em linha] [consult. 01 Jun 2019]. Disponível em: <<http://amanatureza.com/conteudo/noticias/erro-historico-usina-de-balbina-contribui-para-aumento-do-efeito-estufa>>.

¹¹ (...) o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial, estabelecem regras rígidas aos países devedores no intuito de que os mesmos consigam amortizar a dívida, mas principalmente honrar o pagamento dos altíssimos juros das mesmas. Assim, para se obter esta situação favorável aos credores, exige-se um aumento das exportações dos devedores para equilibrar a balança comercial. Ocorre que o aumento das exportações somente pode ocorrer com o estabelecimento de preços baixos para os produtos agrícolas, por exemplo, o que desestimula o produtor em aumentar sua produção, gerando por sua vez déficit no abastecimento interno, e assim, fome para a população mais carente (SOUZA NETO, Christiano. A injustiça nas relações econômicas internacionais e a falaciosa efetivação dos direitos humanos – o caso da dívida externa brasileira. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 306).

impossível para um país devedor, mesmo que possua programas sérios na área social, implementar políticas públicas efetivas para a concretização de justiça social e de direitos humanos, se, mês a mês, escoam pelas suas mãos “dividendos” da balança comercial para o pagamento de uma dívida externa “impagável”, ou melhor, cujo valor principal já foi pago muitas vezes, mas que, devido à “agiotagem internacional”, torna-se insolúveis devido às altíssimas taxas de juros. (...) Neste contexto então, quase nada há para se falar sobre o incremento de Direitos Humanos, sejam econômicos, culturais ou sociais, pois não sobram absolutamente recursos financeiros, diante do muito que seria necessário para transparecer levemente alguma política social.¹²

Por fim, cabe destacar que esse descompromisso das instituições financeiras internacionais, como o FMI e o BM citados anteriormente. Na direção contrária, Piovensan desafia essas instituições a uma nova forma de atuar e promover os Direitos Humanos:

Em relação às agências financeiras internacionais, há o desafio de que os direitos humanos possam permear a política macroeconômica, de forma a envolver a política fiscal, a política monetária e a política cambial. As instituições econômicas internacionais devem levar em grande consideração a dimensão humana de suas atividades e o forte impacto que as políticas econômicas podem ter nas economias locais, especialmente em um mundo cada vez mais globalizado.

Embora as agências financeiras internacionais estejam vinculadas ao sistema das Nações Unidas, na qualidade de agências especializadas, o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional, por exemplo, carecem da formulação de uma política vocacionada aos direitos humanos. Tal política é medida imperativa para o alcance dos propósitos da ONU e, sobretudo, para a coerência ética e principiológica que há de pautar sua atuação. A agenda de direitos humanos deve ser, assim, incorporada no mandato de atuação dessas agências.

Há que romper com os paradoxos que decorrem das tensões entre a tônica incluyente voltada para a promoção dos direitos humanos, consagrados nos relevantes tratados de proteção dos direitos humanos da ONU (com destaque ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), e, por outro lado, a tônica excluyente ditada pela atuação especialmente do Fundo Monetário Internacional, na medida em que a sua política, orientada pela chamada “condicionalidade”, submete países em desenvolvimento

¹² SOUZA NETO, Christiano. A injustiça nas relações econômicas internacionais e a falaciosa efetivação dos direitos humanos – o caso da dívida externa brasileira. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2010, pp. 300-303.

a modelos de ajuste estrutural incompatíveis com os direitos humanos.¹³

Cientes de que sua forma de atuação pouco tende a alterar-se, dadas suas opções pelo lucro, tudo indica os Bancos não podem figurar como vetores da Cooperação Econômica Internacional com real interesse em fomentar a efetividade dos Direitos Humanos nos países receptores do investimento.

1.5 A Organização Das Nações Unidas (ONU) e a sua participação na Cooperação Econômica Internacional para fins de efetivação dos Direitos Humanos

A ONU é uma organização mundial, criada após as atrocidades do pós Segunda Guerra Mundial, cujos objetivos são (i) promover a manutenção da paz mundial e da segurança internacional; (ii) promover relações amistosas entre as nações; (iii) promover o progresso social, tal qual o disposto no artigo 1 da Carta das Nações Unidas.¹⁴

A Organização das Nações Unidas é constituída por Estados-membros, sendo todos soberanos, ou seja, não estão submetidos a qualquer ordem da ONU – com exceção àquelas emanadas do Conselho de Segurança¹⁵. Essa forma de gestão, com relativa frequência, gera incompreensão sobre a razão de um Estado ser membro da ONU, continuar sendo soberano e livre, mas insistir na prática de atos que não condizem com a filosofia da Organização, o que gera inúmeras críticas. A esse respeito, vale lembrar que a ONU não responde por um governo mundial, pois trata-se de uma organização internacional, composta por Estados soberanos e independentes, que leva a efeito somente aquilo que seus membros, que possuem plena soberania, decidem implementar¹⁶. Ou seja, como está explícito em sua sigla, corresponde a uma Organização de Estados e não um governo global.

¹³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 24-25.

¹⁴ Artigo 1º, Carta da Organização das Nações Unidas [em linha] [consult. 01 Jun 2019]. Disponível em <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_carta.php>.

¹⁵ “Esta barreira de protecção da liberdade dos Estados só cede perante a acção das Nações Unidas para a manutenção da paz, quando o Conselho a empreende em conformidade com o capítulo VII da Carta: no interesse geral, expresso pelo Conselho de Segurança, as soberanias estatais devem inclinar-se perante as exigências da manutenção da paz. Os redactores da Carta, instruídos pela experiência da S.d.N., não quiseram repetir o mesmo erro desta, permitindo aos Estados membros manobras dilatórias. É com este fundamento que o Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia estabeleceu o ‘carácter único do poder conferido ao Tribunal Internacional de ordenar decisões aos Estados soberanos’ (Câmara de Apelação, IT-95-14-AR 108 bis, 29 ed Outubro de 1977, Blaskic, § 26).” (DAILLIER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 457).

¹⁶ O fato das orientações, consultas e decisões emanadas da ONU terem caráter de resoluções e não de tratados internacionais é um fator que, acrescentado ao princípio de não interferência aos Estados, faz com que o “poder” da referida Organização seja muito limitada. As resoluções não são dotadas de imperatividade por não serem coercitivas, não sendo, por tanto, obrigatórias. As resoluções são orientações de uma organização destinada a ajudar aos países a trilhar em consonância com os princípios e ideais defendidos pela instituição em

Além de não possuir poder de ingerência no âmbito da soberania nacional e de suas decisões terem caráter de recomendação, a capacidade de influência da Organização das Nações Unidas nas estratégias de desenvolvimento e nas políticas de cooperação é muito reduzida, o que inclui, obviamente, as matérias relacionadas aos Direitos Humanos¹⁷ Isso porque a Organização dispõe de fundos financeiros muito escassos para financiar projetos de implantação e manutenção dos ditos direitos em países em que os governos não logram tornar os Direitos Humanos efetivados por si mesmos, cooperando, por isso, para uma menor efetividade dos esforços da Organização neste sentido.¹⁸

Em que pese a arguida carência de efetividade dos seus projetos por ausência de recursos financeiros suficientes, acredita-se que uma Cooperação Econômica, levada a cabo não por meio de Bancos, mas através de um (ou mais) país(es) que esteja disponível a conceder crédito para outro, viabilizando o plano de metas e condições por meio da ONU, ficando esta responsável por intermediar e fiscalizar a Cooperação. Esse parece ser o melhor caminho, seja pela estrutura ampla e especializada existente pela ONU, seja por ser uma Organização Internacional que objetiva o fomento e implementação dos Direitos Humanos da forma mais ampla e eficaz possível.

Por fim, discorre-se sobre a operacionalização dessa Cooperação e as principais etapas a serem observadas, segundo os doutrinadores Aristizábal e Loma-Osorio¹⁹, para que o leitor possa ter um panorama quanto a estrutura que a ONU possui e que poder ser uma Organização Internacional comprometida a auxiliar a ocorrência da Cooperação Econômica

um caso concreto ou em uma matéria atual que está sendo debatida. Por serem resoluções e não tratados, a efetividade das mesmas depende totalmente da vontade do país de as tornarem concretas em sua nação. Somente para reforçar essa questão, transcreve-se o extrato: “En lo que se refiere al valor jurídico de la DUDH, no puede ignorar-se que, de las dos tesis en presencia en el momento de su elaboración – tratado jurídicamente obligatorio o declaración de perfiles jurídicos más imprecisos -, acabó prevaleciendo esta última. La Declaración fue proclamada a través de una Resolución de la Asamblea General, y desde un punto de vista jurídico-formal, su valor es el propio de tales resoluciones: recomendatorio y no estrictamente obligatorio” (LEGIDO, Ángel Sánchez; TEROL, Juan Miguel Ortega; TOMÁS, Antonio Fernández. *Manual de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tirant to Blanch, 2003, p. 570).

¹⁷ “No que diz respeito ao seu valor jurídico, a Declaração Universal não é, apesar da sua importância histórica e política excepcional, diferente das outras resoluções declarativas de princípios adotados pela Assembleia Geral. Ela não é, enquanto recomendação, fonte de obrigações para os Estados. (...) A Alta Jurisdição tem todavia confirmado que esta Declaração é desprovida de carácter jurídico obrigatório porque ela não constitui um tratado internacional” (DAILLIER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 675).

¹⁸ As limitações de atuação por parte das Nações Unidas se resume muito bem pelas seguintes palavras de Vallejo: “Esto se debe a que las decisiones de los órganos de las Naciones Unidas con competencia en esta materia - Asamblea General, Consejo Económico y Social (ECOSOC) – tienen el carácter de “recomendaciones” y no son obligatorias. Las políticas de cooperación y ayuda al desarrollo dependen de la voluntad de los países donantes y, en el plano multilateral, de las organizaciones de Bretton Woods”. (VALLEJO, M. Díez de Velasco. *Las organizaciones internacionales*. Madrid: Tecnos, 2007, p. 74).

¹⁹ ARISTIZÁBAL, A. Boni; LOMA-OSORIO, G. Ferrero de. *Introducción a La Cooperación para el Desarrollo*. Valencia: Universidad Politécnica de Valencia, 1997.

Internacional com o objetivo de auxiliar a implementação efetiva da DUDH nos países objeto da presente investigação.

A primeira dessas condições é a de que os empréstimos sejam concedidos diretamente ao governo do país cooperado. Desta forma, os governos e as instituições internacionais, principalmente a ONU, podem constituir um maior e melhor mecanismo de controle e pressão para que o país ajudado cumpra com seus compromissos frente ao projeto de desenvolvimento dos Direitos Humanos, concomitantemente com o desenvolvimento das dimensões econômica e política.

A segunda condição é a de haja a elaboração de um plano de ações promotoras dos Direitos Humanos e o seu rigoroso cumprimento. Esse plano e os conteúdos das referidas ações devem ser elaborados em diálogo com as nações cooperadoras, o Conselho Econômico e Social (ECOSOC) e a nação cooperada. A participação do ECOSOC nesta etapa é essencial, sob a ótica de Aristizábal e Loma-Osorio²⁰, pois é o órgão da ONU responsável por coordenar todos os programas e fundos da referida Organização no que concerne as atividades que são diretamente no campo do desenvolvimento econômico e social. Assim, o ECOSOC contribuiria para que o plano elaborado promovesse tanto o desenvolvimento econômico quanto o social, sem que um se sobreponha ao outro, tampouco que qualquer elemento venha violar os Direitos Humanos ou piorar a situações dos mesmos no país em questão. Ademais, como se busca uma realidade mais próxima ao aceitável do que dispõe a DUDH, a qual foi elaborada no seio da ONU e tem como um dos principais objetivos fazer os Direitos Humanos universalmente respeitados, nada mais lógico do que ter um representante da ONU no projeto a ser levado a cabo na nação que receberá a ajuda internacional.

A terceira condição diz respeito ao manejo do recurso financeiro recebido. Uma parte do dinheiro deve ser, obrigatoriamente, aplicado em gastos relativos a ações práticas e efetivas dos direitos essenciais dos cidadãos do país receptor. Outra porcentagem deve ser aplicada em setores econômicos, para que o capital emprestado seja rentável, gere riquezas internas e possibilite a devolução do recurso recebido. Isso significa que é necessário que o dinheiro seja investido em setores-chave para o desenvolvimento da economia do país, como os setores industriais ou em formação e fortalecimento das empresas privadas, a fim de que haja retorno do capital empregado e sua rentabilidade, de forma que o país consiga devolver o capital tomado, bem como ter fontes de reservas internas.

²⁰ ARISTIZÁBAL, A. Boni; LOMA-OSORIO, G. Ferrero de. *Introducción a La Cooperación para el Desarrollo*. Valencia: Universidad Politécnica de Valencia, 1997.

Presente todas as condições descritas sucintamente, sendo o plano elaborado e aceito pelo país cooperado, procede-se à liberação do recurso financeiro. Realizada a transferência de capital, passar-se-ia para a fiscalização de como os países estão lidando com o plano traçado, dificuldades e êxitos nas metas estipuladas, com vistas ao fomento e à efetiva implementação da DUDH nos países receptores do auxílio estudado.

Conclusão

Analisando brevemente as áreas que compõem o cerne dos Direitos Humanos, constata-se que eles são compostos por direitos econômicos, entre outros. Essa constatação conduz à indagação sobre as relações possíveis entre economia e Direitos Humanos, não mais sendo considerados diametralmente. A pobreza, a miséria, a falta de acesso aos bens sociais e culturais e à saúde, conforme explicitado anteriormente, eiva de morte a progressiva e necessária efetivação dos direitos fundamentais das pessoas humanas.

Em face dessa articulação, procurou-se verificar se instituições financeiras internacionais, como o FMI e o BM, seriam capazes de constituírem-se parceiros efetivos em prol dos Direitos Humanos. Pelas análises apresentadas, tal possibilidade não se sustenta, pois conclui-se que tais instituições priorizam a rentabilidade dos seus recursos emprestados, ainda que tal signifique em piora da situação dos Direitos Humanos nos “países mutuários”.

Como alternativa de parceria econômica efetiva em prol dos mencionados Direitos, no âmbito do Direito Internacional, vislumbra-se a Cooperação Internacional Econômica como possibilidade, uma vez que sua essência é promover o progresso, de maneira sustentável, em todas as áreas de atividade do país cooperado, a fim de que a mudança alçada seja duradoura. Em outras palavras, a Cooperação visa à promoção dos Direitos Humanos, tendo em vista as várias “sub-linhas” que ao compõem, injetando recursos financeiros para esse fim, mas de maneira condicionada. Essas condições objetivam manter o país cooperado focado no plano de ações a ser desenvolvido, em conjunto entre o país cooperado, cooperante e ONU, com o foco na promoção das diversas facetas dos Direitos Humanos.

Diante dessas asserções, pode-se concluir que a Cooperação é, de fato, um agente de promoção dos Direitos Humanos, quando intermediada por uma Organização Internacional responsável e comprometida com os direitos mais essenciais da pessoa humana, como a ONU.

Referências Bibliográficas

ARISTIZÁBAL, A. Boni; LOMA-OSORIO, G. Ferrero de. *Introducción a La Cooperación para el Desarrollo*. Valencia: Universidad Politécnica de Valencia, 1997.

DAILLIER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

LEGIDO, Ángel Sánchez; TEROL, Juan Miguel Ortega; TOMÁS, Antonio Fernández. *Manual de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tirant to Blanch, 2003.

LOURENÇO, Luana. *Usina de Balbina é dez vezes pior para efeito estufa que termelétrica, estima pesquisador* [em linha] [consult. 01 Jun 2019]. Disponível em: <<http://amanatureza.com/conteudo/noticias/erro-historico-usina-de-balbina-contribui-para-aumento-do-efeito-estufa>>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Carta da Organização das Nações Unidas [em linha] [consult. 01 Jun 2019]. Disponível em <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_carta.php>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos [em linha] [consult. 01 Jun 2019]. Disponível em <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais [em linha] [consult. 01 Jun 2019]. Disponível em http://www.dge.mec.pt/sites/default/files/ECidadania/educacao_para_a_Defesa_a_Seguranca_e_a_Paz/documentos/pacto_internacional_sobre_direitos_economicos_sociais_culturais.pdf

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto internacional sobre os direitos civis e políticos [em linha] [consult. 01 Jun 2019]. Disponível em http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SOUZA NETO, Christiano. A injustiça nas relações econômicas internacionais e a falaciosa efetivação dos direitos humanos – o caso da dívida externa brasileira. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2010, pp. 292-317.

VALLEJO, M. Diez de Velasco. *Las organizaciones internacionales*. Madrid: Tecnos, 2007.

O USO DA CONSTELAÇÃO FAMILIAR COMO INSTRUMENTO INOVADOR DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Ana Cristina Zenquini de Carvalho¹

Bruna Francisca Fernandes de Resende²

Resumo: O presente artigo tem como tema o uso da constelação familiar como instrumento inovador de resolução de conflitos. Nessa perspectiva, o estudo objetiva demonstrar os benefícios do uso das técnicas de constelação familiar elaboradas por Bert Hellinger durante as sessões de mediação familiar no Brasil. Especificamente, o trabalho tem a finalidade de demonstrar o atual panorama da atuação do Poder Judiciário brasileiro; apresentar o conceito de mediação e demonstrar como funciona a aplicação das técnicas de constelação familiar relatando a sua efetiva aplicação nos casos concretos. Dessa maneira, os resultados do estudo bibliográfico realizado apontam que as técnicas de constelação e mediação familiar são métodos consensuais e integrativos extremamente benéficos, uma vez que permitem uma efetiva e rápida resolução de conflitos familiares por meio de um acordo elaborado pelos próprios envolvidos.

Palavras-chave: Direito Sistêmico; Mediação; Constelação Familiar.

Abstract: This scientific article has as its theme the use of the family constellation as an innovative instrument for conflicts resolutions. From this perspective, the study aims to demonstrate the benefits of using the family constellation techniques developed by Bert Hellinger during family mediation sessions in Brazil. Specifically, the paper aims to demonstrate the current panorama of the Brazilian Judiciary Power; to present the concept of mediation and to show how works the application of the techniques of family constellation works by reporting their effective application in specific cases. Therefore, the results of the bibliographical study indicate that the family constellation and mediation techniques are extremely beneficial consensual and integrative methods, since they allow an effective and fast resolution of family conflicts through an agreement elaborated by the involved ones.

Keyword: Systemic right, mediation, Family constellation.

Introdução

O acionamento do Poder Judiciário para solucionar conflitos de forma litigiosa possui uma numerosa e vasta quantidade de demandas. Nota-se nesse aspecto, que o trâmite processual convencional das Varas de Família muitas vezes não atende às reais necessidades sociais, tendo em vista a morosidade nas decisões dessa natureza.

Dessa maneira, os operadores do direito buscam, cada vez mais, medidas alternativas para solucionar as lides de forma mais efetiva e pormenorizada, a fim de se garantir o efetivo acesso à justiça.

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Presidente Antônio Carlos (UNIPAC) e Pós Graduada em Direito Público com ênfase em Gestão Pública pelo Instituto Damásio de Direito da Faculdade IBMEC. Email para contato: anazenquini@gmail.com

² Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves (UNIPTAN) e Pós Graduada em Direito e Processo Previdenciário pelo Instituto Damásio de Direito da Faculdade IBMEC. Email para contato: brunafernandesadvogada@gmail.com

Ana Cristina Zenquini de Carvalho e Bruna Francisca Fernandes de Resende

Para a solução pacífica de conflitos, em geral, a legislação prevê o uso da mediação, forma de resolução de conflitos na qual terceiro imparcial denominado mediador, promove o diálogo entre as partes conflitantes e faz com que elas entrem em acordo³.

Além do Direito, outras áreas interdisciplinares buscam inovação para a solução de conflitos, sendo certo que a área da psicologia é uma importante aliada nesse aspecto.

Sendo assim, o presente trabalho visa demonstrar os benefícios do uso das técnicas desenvolvidas por Bert Hellinger e conhecidas como “constelação familiar” através da mediação de conflitos dentro do Poder Judiciário brasileiro, conforme se verifica a seguir.

1. A atuação do Poder Judiciário e a necessidade de se buscar medidas consensuais para a solução de conflitos

Desde os primeiros registros sobre a existência humana e seus relacionamentos, o conflito entre indivíduos é retratado como sinônimo de guerras e desavenças. Do mesmo modo, infere-se também que foi através da passagem por grandes conflitos que a sociedade foi se desenvolvendo e as legislações foram surgindo a fim de regulamentar a vivência entre os cidadãos⁴.

De acordo com Kunde e Cavalheiro⁵, o conflito pode ser compreendido de forma geral como qualquer situação fática em que os indivíduos assumam posições contrárias às dos outros gerando assim um desconforto entre ambos.

Nos casos em que os conflitos persistem e precisam da intervenção de terceiros, diversas legislações foram criadas a fim de regulamentar a vivência entre os cidadãos por meio da intervenção do Poder Judiciário.

Cabe salientar que os conflitos podem ocorrer em qualquer meio e a sua gravidade pode ser determinada pela capacidade dos conflitantes em dialogarem e respeitarem a opinião alheia ainda que a oposição entre eles continue existindo.

Desse modo, salienta-se que os conflitos assumem diversas variações podendo ser sociais, políticos ou familiares, por exemplo. Em muitos casos, quando as divergências afetam questões que versam sobre direitos e deveres dos cidadãos, esses conflitos são levados até a apreciação do Poder Judiciário para julgamento.

Nessa perspectiva, essa judicialização dos conflitos acabou por gerar um pensamento social de que apenas o Poder Judiciário poderia dar solução para determinados

³ RAMBO, Anaísa. Mediação familiar: o enfrentamento dos conflitos familiares a partir do diálogo. 2018. P.18.

⁴ RAMBO, Anaísa. Mediação familiar: o enfrentamento dos conflitos familiares a partir do diálogo. 2018. P.13.

⁵ KUNDE, Bárbara Michele Moraes; CAVALHEIRO, Rubia Aparecida Antunes. MEDIAÇÃO FAMILIAR: UM CAMINHO PARA A SOLUÇÃO DA ALIENAÇÃO PARENTAL NOS CONFLITOS FAMILIARES. **Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**, 2016.

O Uso da Constelação Familiar como Instrumento Inovador de Resolução de Conflitos litígios e gerou uma colaboração para o aumento da morosidade dos julgamentos pelos tribunais.

Atualmente, o Poder Judiciário brasileiro vivencia uma crise em seu funcionamento, sendo certo que no ano de 2016 estava em trâmite cerca de 79,7 milhões de processos judiciais, o que evidencia o grande número de conflitos pendentes de julgamento.⁶

No Brasil, de acordo com dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça⁷ para cada dez demandas propostas para a apreciação do Poder Judiciário apenas três são efetivamente solucionadas. O que demonstra que esses dados são importantes para consolidar a teoria de que o método tradicional de solução de litígios pelo trâmite processual convencional não é mais eficiente.

Desse modo, verifica-se a necessidade de se buscar meios para a resolução consensual de conflitos de forma menos morosa que a tradicional, razão pela qual cada vez mais se intensifica a tendência para se propagar os meios denominados como resolução pacífica dos conflitos.

Nessa perspectiva, salienta-se que a tendência supramencionada foi inaugurada em solo norte-americano no fim da década de 60 com a difusão dos chamados instrumentos ADR (*Alternative Dispute Resolution*)⁸.

A busca pela utilização dessas ferramentas alternativas de resolução de litígios possui estreita relação com a ideia de acesso à justiça presente nas lições de Cappelletti e Garth (1988)⁹.

Essa visão clássica do acesso à justiça apresentada pelos autores supramencionados e prevista na Constituição Federal de 1988 funda-se em dois preceitos básicos: o sistema deve ser acessível a todos e ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos¹⁰

Sendo assim, nota-se que os instrumentos de resolução alternativas de conflitos também são criados e estabelecidos com observância da noção de acesso à justiça, razão pela qual tais dispositivos também buscam oferecer uma solução mais individualizada e justa para cada caso concreto a eles submetidos.

Nesse sentido, cabe destacar o que disserta o magistrado Sami Storch¹¹,

⁶CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2017: ano base 2016. Brasília, 2017.

⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2017: ano base 2016. Brasília, 2017

⁸ MOREIRA, Bárbara dos Santos. A efetividade no conceito de Cappelletti e Garth de acesso à justiça: um novo paradigma para a obrigatoriedade da cláusula compromissória estatutária. CONPENDI, 2014

⁹ GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. **Porto Alegre: Fabris**, p. 12-13, 1988.

¹⁰ MOREIRA, Bárbara dos Santos. A efetividade no conceito de Cappelletti e Garth de acesso à justiça: um novo paradigma para a obrigatoriedade da cláusula compromissória estatutária. CONPENDI, 2014.

¹¹

A tradicional forma de tratar os conflitos no Judiciário já não é vista como a mais eficiente, pois uma sentença de mérito, proferida pelo juiz, quase sempre gera inconformismo de uma das partes – e não raro desagrada a ambas –, em muitos casos enseja a interposição de recursos e manobras processuais ou extraprocessuais que dificultam a execução, retardando assim a efetividade da prestação jurisdicional. Como consequência, a pendência tende a se prolongar em demasia, gerando altos custos ao Estado e muita incerteza e sofrimento para as partes.

Em síntese, infere-se que o meio tradicional passou a ser compreendido como insuficiente para garantir a efetividade da resolução dos litígios, razão pela qual com a finalidade de se garantir o acesso à justiça e a resolução alternativa dos conflitos diversos mecanismos alternativos foram desenvolvidos.

2. O uso da mediação para a resolução de conflitos familiares e o amparo legal de sua utilização no Brasil

Considerando esse contexto, os operadores do direito passaram a buscar medidas para diminuir o número de demandas judiciais e também dar às já existentes uma solução mais rápida e efetiva.

Estes instrumentos de resolução consensual de conflitos também passaram a ser previstos na legislação brasileira, diante da necessidade de se regulamentar a sua aplicabilidade. Em atenta análise à legislação brasileira vigente, nota-se que a tendência por métodos de solução pacífica dos conflitos surgiu com a Constituição Federal de 1988.

Um exemplo claro dessa afirmação é que o preâmbulo do texto constitucional determina que o Estado Brasileiro é fundamentado e comprometido com a solução pacífica das controvérsias.

Nesse aspecto, torna-se necessário salientar que uma das mais eficientes ferramentas de resolução consensual dos conflitos é a mediação, que surgiu com a finalidade de se promover a solução pacífica das demandas de forma rápida e restaurativa.¹²

A Constituição Federal de 1988 também definiu em seu art. 4º, inc. VII, a solução pacífica dos conflitos como um dos princípios que rege as relações internacionais de nosso país. Nessa perspectiva, verifica-se que o desejo do legislador desde então já era estabelecer novas ferramentas que facilitassem a autocomposição dos conflitos.

¹² BRAGANCA, Fernanda; SOUZA, Carla Faria de. As etapas de institucionalização da mediação no Brasil. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, v. 3, n. 1, p. 1-15, 2017,

A respeito do efetivo surgimento da institucionalização da mediação em nosso ordenamento jurídico, Bragança e Souza (2017, p. 02) prelecionam que:

A proposta de institucionalização desse método de solução consensual de conflitos no Brasil ganhou relevância, sobretudo, a partir da década de 90, em que imperava uma realidade jurídica que visualizava o Poder Judiciário como o único capacitado para equacionar as disputas sociais¹³

Legalmente, o conceito de mediação encontra-se expresso no § único, do art. 1º, da Lei nº 13.140/15¹⁴, vejamos:

Art.1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.
Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Desse modo, infere-se que mediar é facilitar a comunicação entre duas pessoas com a finalidade de propiciar que estas próprias possam, a partir de uma compreensão encontrar respostas conjuntas sobre questões relevantes no conflito¹⁵.

Nesse sentido, merece destaque o que disserta Vieira¹⁶,

a mediação é um método comumente eficaz nos conflitos derivados de relações familiares, pois, por mais que se deseje romper os laços com aqueles que compõe uma unidade familiar, esses vínculos perduram além da ignorância e a cólera humanas, persistindo e gerando efeitos por toda a vida do indivíduo.

Sendo assim, cabe destacar que a mediação assume um papel diferenciado, tendo em vista que os conflitos familiares envolvem também relações de afeto ou o término delas¹⁷.

Nos casos de divórcio, por exemplo, a mediação é uma técnica eficiente, que objetiva principalmente à compreensão e a comunicação entre as partes e minimiza

¹³ BRAGANCA, Fernanda; SOUZA, Carla Faria de. As etapas de institucionalização da mediação no Brasil. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, v. 3, n. 1, p. 1-15, 2017.

¹⁴ BRASIL. Lei 13.140/15. Disponível em:

¹⁵ TARTUCE, Fernanda. Técnicas de mediação. In: DA SILVA. Luciana Aboim Machado Gonçalves (Org.). *Mediação de conflitos*. São Paulo: Atlas, 2013. V.1

¹⁶ VIEIRA, Adhara. **A constelação sistêmica no judiciário**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018

¹⁷ LIMA, Wellington Ricardo Ferreira. **As novas leis sobre guarda compartilhada no Brasil e a aplicação do instituto pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e territórios**. Trabalho de Conclusão de Curso – Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília/DF, 2016

Ana Cristina Zenquini de Carvalho e Bruna Francisca Fernandes de Resende maiores problemas ao Poder Judiciário, reduzindo as resistências em aderir à guarda compartilhada¹⁸.

3. O uso das técnicas de constelação familiar na mediação e os benefícios de sua aplicação

A Constelação Familiar é um método psicoterapêutico, de fundamento filosófico, desenvolvido pelo filósofo Anton Suitbert Hellinger (1980). Salienta-se que essa técnica visa a superação de crises pessoais e familiares na vida. A mesma poderá ser desenvolvida em grupo ou na terapia individual, utilizando-se de bonecos para solucionar os emaranhados, ou seja, problemas de relacionamentos. Essas soluções se darão com base nas leis que regem o sistema familiar intituladas “Ordens do Amor”¹⁹

No Brasil, o Poder Judiciário tem aplicado as técnicas da Constelação Familiar de forma pioneira buscando a inovação por parte dos mediadores capacitados em Direito Sistêmico a fim de resolver os conflitos familiares sob o ponto de vista da abordagem sistêmica de Bert Hellinger, a qual considera a família como um sistema. A solução para o litígio surge quando as partes olham para o todo familiar e conseguem entender as dinâmicas que não são perceptíveis com a consciência individual.²⁰

O profissional que colaborou significativamente para a aplicação das técnicas de Hellinger²¹ no Brasil, o Juiz Sami Storch, informa que a criação da expressão denominada Direito Sistêmico no Brasil “o surgiu da análise do direito sob uma ótica baseada nas ordens superiores que regem as relações humanas, segundo a ciência das constelações familiares sistêmicas desenvolvida pelo terapeuta e filósofo alemão Bert Hellinger.²²

¹⁸ BARBOSA, Á. A. **Guarda compartilhada e mediação familiar: uma parceira necessária**. Lexmagister, São Paulo, jun. 2014. Disponível em: <http://editoramagister.com/doutrina_26542223_GUARDA_COMPATILHADA_E_MEDIACAO_FAMILIAR_UMA_PARCERIA_NECESSARIA.aspx>. Acesso em: 15 de agosto de 2018.

¹⁹ LOPES, Marcelo Leandro Pereira; DA COSTA, Viviane Moura. CONSTELAÇÃO SISTÊMICA FAMILIAR VOLTADA AO PODER JUDICIÁRIO, NA TÉCNICA DE MEDIAÇÃO JUDICIAL DOS PROCESSOS DE FAMÍLIA. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 13, n. 3, p. 1190-1204, 2018

²⁰ LOPES, Marcelo Leandro Pereira; DA COSTA, Viviane Moura. CONSTELAÇÃO SISTÊMICA FAMILIAR VOLTADA AO PODER JUDICIÁRIO, NA TÉCNICA DE MEDIAÇÃO JUDICIAL DOS PROCESSOS DE FAMÍLIA. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 13, n. 3, p. 1190-1204, 2018.

²¹ HELLINGER, Bert. **A simetria oculta do amor**: por que o amor faz os relacionamentos darem certo. Patos de Minas: Atman, 1998.

²² STORCH, Sami. “Direito Sistêmico: a resolução de conflitos por meio da abordagem sistêmica fenomenológica das constelações familiares”, *in Entre Aspas – Revista da UNICORP – Tribunal de Justiça da Bahia*, p. 304-316, 2016.

De acordo com Storch ²³, a prática do Direito Sistêmico nos casos de conflitos em direito de família, muitas vezes é suficiente uma realização de constelação simples,

Durante o trabalho de constelação, às vezes é necessário que eu tire os filhos do meio do “fogo cruzado” e peço que o homem e a mulher falem frases de reconhecimento e gratidão recíprocos. Os filhos são os que mais se sentem aliviados ao verem os pais se conciliando, porque o filho sente uma profunda conexão com cada um dos pais e é constituído por ambos. Os representantes do casal sentem um grande alívio, sentem a presença do amor que se escondia por trás da mágoa e do ressentimento. As partes, olhando para seus representantes e identificando-se com eles, sentem no coração o efeito de cada movimento, abrindo o caminho para a conciliação.

Desse modo, nota-se que a prática da constelação familiar trata-se de um mecanismo extremamente inovador e totalmente contrário ao antigo método tradicional para se solucionar conflitos de relacionamentos familiares.

Santos ²⁴ também destaca que,

a técnica de constelação sistêmica atua de modo a permitir que os padrões reiteradamente problemáticos sejam identificados pelos indivíduos constelados e, uma vez conscientes das razões que lhe geram desequilíbrio, procurem soluções criativas para transformar a realidade comportamental em que vivem.

Os resultados desse método alternativo de resolução de conflitos no âmbito de conflitos familiares são bastante interessantes.

Storch ²⁵ discorre sobre a efetividade dos resultados positivos nas experiências já vivenciadas,

As técnicas aplicadas vêm auxiliando na efetivação de conciliações verdadeiras entre as partes. Durante e após o trabalho com constelações, os participantes têm demonstrado boa absorção dos assuntos tratados, um maior respeito e consideração em relação à outra parte envolvida, além da vontade de conciliar – o que se comprova também com os resultados das audiências realizadas semanas depois e com os relatos das partes e dos advogados da comarca.

²³STORCH, Sami. “Direito Sistêmico: a resolução de conflitos por meio da abordagem sistêmica fenomenológica das constelações familiares”, *in Entre Aspas – Revista da UNICORP – Tribunal de Justiça da Bahia*, p. 304-316, 2016

²⁴ SANTOS, Vinícius Nogueira et al. Métodos integrativos de solução de conflitos para a revitalização da função jurisdicional brasileira: a utilização das constelações sistêmicas como ferramenta na mediação. 2018.

²⁵ STORCH, Sami. “Direito Sistêmico: a resolução de conflitos por meio da abordagem sistêmica fenomenológica das constelações familiares”, *in Entre Aspas – Revista da UNICORP – Tribunal de Justiça da Bahia*, p. 304-316, 2016

Ana Cristina Zenquini de Carvalho e Bruna Francisca Fernandes de Resende

Dessa maneira, observa-se o quanto a prática da técnica é importante para a solução efetiva desse tipo de litígio. Nos casos práticos em que a constelação foi realizada nota-se um grande índice de acordos realizados e devidamente efetivados.

Nesse sentido, Storch ²⁶ destaca nas demandas em que as constelações foram realizadas por ele e sua equipe,

nos casos em que ambas as partes participaram da vivência, 100% das audiências se efetivaram, todas com acordo; nos casos em que pelo menos uma das partes participou, 73% das audiências se efetivaram e 70% resultaram em acordo; nos casos em que nenhuma das partes participou, 61% das audiências se efetivaram e 48% resultaram em acordo.

Sendo assim, demonstra-se relevante o aprofundamento de estudos a respeito da aplicação das técnicas de constelação familiar, uma vez que os resultados já apresentados são promissores para se verificar a eficiência da prática como medida alternativa de resolução de conflitos.

Considerações Finais

A constelação familiar trata-se de uma técnica psicoterapeuta desenvolvida por Bert Hellinger a fim de promover a superação de crises pessoais e familiares com fundamento nas denominadas linhas do amor.

No Brasil, o Poder Judiciário tem utilizado dessa técnica dentro das sessões de mediação, a fim de promover o diálogo e a superação dos traumas familiares existentes entre os conflitantes.

De acordo com os dados de pesquisas recentes a respeito da aplicação dessas técnicas de constelação familiar nos casos concretos, o uso desse mecanismo é extremamente vantajoso para todas as pessoas e também para a sociedade na medida em que o método inovador promove a interdisciplinaridade entre o Direito de Família e a psicologia.

Além disso, salienta-se que a técnica utilizada é benéfica para evitar que lides fundamentadas em desentendimentos afetivos abarrotem ainda mais o Poder Judiciário Brasileiro.

Referências Bibliográficas

TARTUCE, Fernanda. Técnicas de mediação. In: DA SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves (Org.). Mediação de conflitos. São Paulo: Atlas, 2013. V.1

²⁶ STORCH, Sami. “Direito Sistêmico: a resolução de conflitos por meio da abordagem sistêmica fenomenológica das constelações familiares”, *in Entre Aspas – Revista da UNICORP – Tribunal de Justiça da Bahia*, p. 304-316, 2016

BARBOSA, Á. A. **Guarda compartilhada e mediação familiar: uma parceira necessária.** Lexmagister, São Paulo, jun. 2014. Disponível em: <http://editoramagister.com/doutrina_26542223_GUARDA_COMPATILHADA_E_MEDIACAO_FAMILIAR__UMA_PARCERIA_NECESSARIA.aspx>. Acesso em: 15 de agosto de 2019.

BRAGANCA, Fernanda; SOUZA, Carla Faria de. As etapas de institucionalização da mediação no Brasil. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, v. 3, n. 1, p. 1-15, 2017,

BRASIL. Lei 13.140/15. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm Acesso em: 29 de outubro de 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2017: ano base 2016. Brasília, 2017.

GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. **Porto Alegre: Fabris**, p. 12-13, 1988.

KUNDE, Bárbara Michele Moraes; CAVALHEIRO, Rubia Aparecida Antunes. **MEDIAÇÃO FAMILIAR: UM CAMINHO PARA A SOLUÇÃO DA ALIENAÇÃO PARENTAL NOS CONFLITOS FAMILIARES. Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**, 2016.

HELLINGER, Bert. **A simetria oculta do amor: por que o amor faz os relacionamentos darem certo.** Patos de Minas: Atman, 1998..

LOPES, Marcelo Leandro Pereira; DA COSTA, Viviane Moura. **CONSTELAÇÃO SISTÊMICA FAMILIAR VOLTADA AO PODER JUDICIÁRIO, NA TÉCNICA DE MEDIAÇÃO JUDICIAL DOS PROCESSOS DE FAMÍLIA. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 13, n. 3, p. 1190-1204, 2018.

LIMA, Wellington Ricardo Ferreira. **As novas leis sobre guarda compartilhada no Brasil e a aplicação do instituto pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e territórios.** Trabalho de Conclusão de Curso – Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília/DF, 2016.

MOREIRA, Bárbara dos Santos. A efetividade no conceito de Cappelletti e Garth de acesso à justiça: um novo paradigma para a obrigatoriedade da cláusula compromissória estatutária. **COMPENDEI**, 2014.

SANTOS, Vinícius Nogueira et al. Métodos integrativos de solução de conflitos para a revitalização da função jurisdicional brasileira: a utilização das constelações sistêmicas como ferramenta na mediação. 2018.

STORCH, Sami. “Direito Sistêmico: a resolução de conflitos por meio da abordagem sistêmica fenomenológica das constelações familiares”, *in* **Entre Aspas – Revista da UNICORP – Tribunal de Justiça da Bahia**, p. 304-316, 2016

VIEIRA, Adhara. **A constelação sistêmica no judiciário.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018

FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E MULTIPARENTALIDADE: UMA ANÁLISE ACERCA DOS PROVIMENTOS 63 E 83 DO CNJ

Fernanda Silva Oliveira¹

Thamara Elisa Ferreira da Silveira²

Resumo: O conceito de família sofreu diversas modificações durante os anos, abrangendo todos os novos tipos além do até então reconhecido conceito de família. Assim, o presente artigo tem como objetivo uma análise dos conceitos de filiação socioafetiva e multiparentalidade sob à luz da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, que reconheceu a aplicabilidade de tais institutos na realidade brasileira e seus consequentes efeitos jurídicos. Para tanto, analisaremos também os provimentos 63 e 83 do Conselho Nacional de Justiça que regulamentaram e instrumentalizaram o reconhecimento e registro dessa espécie de filiação de forma extrajudicial. Para esse intento, nos utilizaremos dos ensinamentos de doutrinadores como Maria Berenice Dias (2015), Rodrigo Cunha Pereira (2017), Christiano Cassettari (2017), Anderson Schreiber, dentre outros, também serão consultados alguns julgados dos tribunais brasileiros, com o escopo de demonstrar que os provimentos do CNJ vieram da necessidade premente de se legitimar uma realidade presente em um grande número de famílias brasileiras. Desse modo, para que o entendimento de como a multiparentalidade e a filiação socioafetiva se constituem apresentaremos conceitos como: família, afetividade, a coexistência entre parentalidade biológica e afetiva, a posse da estado de filho e a relação dessas conceituações com o que foi determinado pelos provimentos aqui analisados.

Palavras-chave: multiparentalidade; socioafetivo; filiação; provimento.

Abstract: The concept of family has undergone several modifications over the years, encompassing all new types beyond the hitherto recognized concept of family. Thus, this article aims to analyze the concepts of socio-affective affiliation and multiparenting under the light of the ruling issued by the Federal Supreme Court, in the general repercussion, which recognized the applicability of such institutes in the Brazilian reality and its consequent legal effects. To this end, we will also analyze provisions 63 and 83 of the National Council of Justice that regulated and instrumentalized the recognition and registration of this kind of affiliation in an extrajudicial way. For this purpose, we will use the teachings of doctrineers such as Maria Berenice Dias (2015), Rodrigo Cunha Pereira (2017), Christiano Cassettari (2017), Anderson Schreiber, among others, will also be consulted some judges of the Brazilian courts, in order to demonstrate that the CNJ's provisions came from the urgent need to legitimize a reality present in a large number of Brazilian families. Thus, for the understanding of how multiparenting and socio-affective affiliation are constituted we will present concepts such as: family, affectivity, the coexistence between biological and affective parenting, the possession of the state of child and the relationship of these concepts with what was determined by provisions analyzed here.

Keywords: multiparent; socioaffective; filiation; provision.

¹ Graduada em Direito pelo Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves e pós-graduada em Direito de Família pelo Instituto Damásio de Direito da Faculdade IBMEC – SP. fernanda.oliveira@hotmail.com

² Graduada em Direito pela Instituição de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves e mestranda em Letras pelo Programa de Pós-Graduação em Letras da Universidade Federal de São João del Rei. silveira.thamara@yahoo.com.br

Introdução

A formação de arranjos familiares encontra-se cada vez mais autêntica quebrando o saudosismo da família patriarcal que estabelecia uma relação de domínio sobre o outro, sem a coexistência do afeto. A família passa a ser definida como um núcleo de afeto e solidariedade, na qual cada indivíduo encontra sua proteção. Portanto, modelos anteriormente vistos como inadequados ao padrão moral vigente, são agora reconhecidos, constitucionalmente, como entidade familiar. A legislação pátria e jurisprudência diante do contexto social contemporâneo, acolhe o envolvimento emocional, e privilegia o caráter eudemonista das famílias, em detrimento do que era culturalmente enraizado.

No presente artigo, trabalharemos sob o enfoque da parentalidade socioafetiva e sua consequente, por vezes, multiparentalidade, com a possibilidade de uma pessoa ter vários vínculos de filiação, em realidades afetivas, biológicas e registrais. Sendo sintomático dessa realidade, o Supremo Tribunal Federal reconhecer os vínculos de filiação não são excludentes, e nem se sobrepõem um ao outro, pois a filiação se estabelece para além dos laços biológicos.

Além disso, analisaremos os provimentos 63 e 83 do Conselho Nacional de Justiça, que buscam regulamentar a atuação dos Cartórios de Registro Civil no reconhecimento extrajudicial da paternidade socioafetiva e da multiparentalidade.

1) A família no Direito Brasileiro

Para entendermos o conceito atual de família, é necessário pensar em duas vertentes: família conjugal e parental. De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira (2017, p. 310) a família parental é estabelecida a partir dos vínculos de parentescos, sejam eles consanguíneos, socioafetivos ou por afinidade, sendo portanto um gênero que comporta várias espécies, tais como, anaparental, extensa, adotiva, ectogenética, multiparental, homoparental e coparental.

Enquanto isso, a conjugalidade advém da união através do matrimônio ou união estável, criando a sociedade conjugal e submetendo aos envolvidos a uma série de direitos e deveres em comum, sendo elas as famílias homoafetivas, heteroafetivas, simultâneas e poliafetivas.

Entretanto, o reconhecimento de tais formulações de família em nosso ordenamento jurídico é fruto de um longo percurso histórico social, em que a diversidade foi acolhida como realidade, quebrando-se o paradigma de existir apenas um modelo familiar aceitável, sendo este baseado em concepções morais e religiosas dominantes. Assim, temos no contexto atual, conforme acima apresentado, um conceito de famílias, que abarca as

Fernanda Silva Oliveira e Thamara Elisa Ferreira da Silveira diferentes configurações e realidades, sendo todos eles protegidos e tutelados pela Constituição e legislação infraconstitucional, bem como pelas decisões exaradas pelo Poder Judiciário, quando lhe cabe interferir no meio social, a fim de assegurar direitos e deveres.

2) O princípio da afetividade no Direito de Família

O papel da afetividade no Direito de Família vem se destacando como o principal elo formador de todas as relações familiares. De acordo com Maria Berenice Dias:³

O Estado impõe a si obrigações para com os seus cidadãos. Por isso elenca a Constituição um rol imenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade de todos. Tal nada mais é do que o compromisso ele assegurar afeto: o primeiro obrigado a assegurar o afeto por seus cidadãos é o próprio Estado.” (2015, p. 49).

Embora o princípio da afetividade não esteja explicitamente previsto na Constituição Federal brasileira, a partir dos pressupostos e fundamentos extraídos da leitura dos artigos 226 e 227 da Carta Magna, e em consonância com a doutrina familiarista e a jurisprudência brasileira, referido princípio é aplicado no Direito Brasileiro, embora ainda suscite controvérsias.

A família contemporânea é a base da sociedade, e está devidamente protegida pelo manto da Constituição Federal, trazendo em seu bojo, o princípio da dignidade da pessoa humana (Artigo 1º, inciso III da Constituição Federal), além dos laços de afetividade e convivência solidária que enriquece o valor social e jurídico (CASSETTARI, 2019)⁴.

Maria Berenice Dias e Marta Oppermann (s/d), ao dissertarem sobre os diferentes tipos de parentalidade ressaltam que o afeto, para além de servir como elemento identificador das entidades familiares, passou a ser parâmetro para a definição dos vínculos parentais. Ainda de acordo com as autoras, ao lado da verdade biológica, quase inquestionável em sua certeza, tem-se a filiação socioafetiva, que decorre da estabilidade dos laços familiares construídos ao longo da história de cada indivíduo e que constitui o fundamento essencial da atribuição da paternidade ou maternidade.

³DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. Ed.; rev.; atual; e ampl.; São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

⁴CASSERRATI, Beni Lara de Moraes. **A configuração da família socioafetiva como família extensa em atendimento ao dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1352/A+configura%C3%A7%C3%A3o+da+fam%C3%ADlia+socioafetiva+como+fam%C3%ADlia+extensa+em+atendimento+ao+dispositivo+do+Estatuto+da+Crian%C3%A7a+e+do+Adolescente>. Acesso em: 15 out. 2019.

3) A coexistência entre a parentalidade biológica e socioafetiva: multiparentalidade

À luz do Recurso Extraordinário 898.060/SP, foi fixada a seguinte tese de repercussão geral acerca da multiparentalidade:

A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais⁵.

Como consequência desse julgamento, foi admitido o reconhecimento de mais de um vínculo de filiação - a multiparentalidade ou pluriparentalidade, além de ser reconhecida a socioafetividade como forma de parentesco, e da igualdade entre os vínculos biológicos e afetivos, ainda que naquele momento não tenham sido tratados todos os desdobramentos jurídicos que tal reconhecimento traz.

A decisão do STF, que se revelou corajosa e ousada, diante do contexto social ainda vivido no Brasil, onde há ainda pré-conceitos de ordem religiosa e moralista (SCHREIBER e LUSTOSA, 2016)⁶ circundando o conceito da família, não se encontra isolada, existindo um caminho de julgados de diferentes Tribunais que já haviam aceitado e reconhecido tal configuração familiar.

4) A posse de estado de filho e o provimento 63 do CNJ

De acordo com Maria Berenice Dias (2015, p.53) o afeto não é fruto da biologia, eles se derivam da convivência familiar, e não do sangue. Assim, a posse de estado de filho é o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado.

O Código Civil, assim como a Constituição Federal, não reconhece a paternidade socioafetiva explicitamente, porém, pela leitura do art. 1593 podemos deduzir que é possível caracterizar esta forma de paternidade, tendo em vista que no artigo da referida lei se preconiza que: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. De acordo com Christiano Cassettari (2017, p.24), por permitir outras origens

⁵SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Recurso Extraordinário 898.060/SC**, com repercussão geral, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.09.2016, publicado no seu Informativo n. 840.

⁶SCHREIBER, Anderson; LUSTOSA, Paulo Franco. **Efeitos jurídicos da multiparentalidade**. Disponível em:

https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/16480/1/PRArt214244_Efeitos%20jur%20c3%aaddicos%20da%20multiparentalidade_compl_P_BD.pdf. Acesso em: 14 out. 2019.

Fernanda Silva Oliveira e Thamara Elisa Ferreira da Silveira de parentesco, o art. 1593 autoriza o reconhecimento da paternidade socioafetiva, consoante ao que pode se observar no Enunciado 256 da CJF, “a posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.”

O Enunciado nº 519 do CJF traz que, pela leitura do artigo 1.593, o reconhecimento judicial do vínculo de parentesco, em virtude da socioafetividade, deve ocorrer a partir da relação entre pais e filhos, com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais.

Diante do reconhecimento da paternidade socioafetiva e, por conseguinte, da multiparentalidade, o CNJ editou o provimento 63, a fim de regulamentar o reconhecimento destas na esfera extrajudicial. Sendo assim, o provimento trouxe a discussão do estado de posse de filho com base no vínculo de afeto entre pessoas que, embora não tenham vínculo biológico, se portam como pais e filhos.

O provimento 63 do CNJ de 14 de novembro de 2017 foi editado considerando a ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial acerca da paternidade socioafetiva, baseando-se na dignidade da pessoa humana, a proibição da discriminação relativa a filiação e as necessidades de regulamentar as atividades do Cartório de Registro Civil no tocante a esse assunto.

A paternidade socioafetiva é tratada nos artigos 10 a 15 do provimento e, quanto a multiparentalidade, é no artigo 14 do referido documento que se traz que: “o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais e de duas mães no campo filiação no assento de nascimento.”

Com isso, a multiparentalidade passou a ser admitida nos Cartórios de Registro Civil. No entanto, limitada a duas pessoas do mesmo sexo em cada campo de filiação, podendo assim, se ter um pai e uma mãe registral e um pai e uma mãe afetiva, de forma unilateral, respeitado o limite instituído.

O provimento trouxe a possibilidade do reconhecimento extrajudicial de qualquer idade, sendo irrevogável, podendo ser desconstituído apenas pela via judicial. No entanto, para os menores de 12 anos seria necessário o consentimento dos genitores, e para os maiores de 12 anos, o próprio consentimento. Caso constatado fraude, falsidade, má-fé, vício de vontade, simulação ou dúvida no reconhecimento, o caso deverá ser encaminhado ao Juiz competente.

De acordo com o artigo 13, por se tratar de questão prejudicial, a tramitação de ação judicial versando sobre o reconhecimento da paternidade ou de procedimento de adoção impedirá o reconhecimento da filiação socioafetiva pela via extrajudicial.

O reconhecimento espontâneo da paternidade ou maternidade socioafetiva não impede discussões judiciais sobre a verdade biológica, nos termos do artigo 15.

Embora, o provimento tenha sido bastante efetivo, facilitando a desjudicialização desta demanda, indo, assim, ao encontro do preconizado no Código de Processo Civil (art. 3º, §§ 2º e 3º, NCPC), ele foi objeto de modificações e alterações, sendo, posteriormente, publicado o Provimento 83 do CNJ em 14 de agosto de 2019.

5) O Provimento 83 do CNJ, de 14 de agosto de 2019

A primeira alteração trazida pelo Provimento 83 foi a impossibilidade de se reconhecer, pela via administrativa, a paternidade socioafetiva de menores de 12 anos, devido a alteração do artigo 10 do Provimento 63 do CNJ. Além disso, foi acrescentado o artigo 10-A com a seguinte redação:

Art. 10-A. A paternidade ou a maternidade socioafetiva deve ser estável e deve estar exteriorizada socialmente.

1º O registrador deverá atestar a existência do vínculo afetivo da paternidade ou maternidade socioafetiva mediante apuração objetiva por intermédio da verificação de elementos concretos.

2º O requerente demonstrará a afetividade por todos os meios em direito admitidos, bem como por documentos, tais como: apontamento escolar como responsável ou representante do aluno; inscrição do pretense filho em plano de saúde ou em órgão de previdência; registro oficial de que residem na mesma unidade domiciliar; vínculo de conjugalidade - casamento ou união estável - com o ascendente biológico; inscrição como dependente do requerente em entidades associativas; fotografias em celebrações relevantes; declaração de testemunhas com firma reconhecida.

3º A ausência destes documentos não impede o registro, desde que justificada impossibilidade, no entanto, o registrador deverá atestar como apurou o vínculo socioafetivo.

4º Os documentos colhidos na apuração do vínculo socioafetivo deverão ser arquivados pelo registrador (originais ou cópias) juntamente com o requerimento.

Uma mudança importante trazida foi quanto ao consentimento do menor envolvido, se tornando necessária a anuência de todo menor de 18 anos, e não mais apenas dos adolescentes maiores de 12 anos, conforme o provimento 63.

Além disso, será necessário parecer favorável do Ministério Público quanto ao pedido. Caso desfavorável, o procedimento será arquivado, podendo eventuais dúvidas serem dirimidas pelo Juízo competente. Isso busca efetivar a atuação extrajudicial,

Fernanda Silva Oliveira e Thamara Elisa Ferreira da Silveira considerando que a própria atuação do Ministério Público se dá nessa via, tendo como finalidade evitar fraudes e adoções irregulares, garantindo, portanto, a segurança jurídica.

Contudo, o registrador não fica impedido de realizar o reconhecimento sem a documentação comprobatória, porém ele terá de fazê-lo de forma justificada.

A publicidade diz respeito a posse de estado de filho, sendo necessária sua caracterização para comprovar a relação socioafetiva. Essas mudanças no provimento são justificáveis se pensarmos na proteção integral da criança e do adolescente preconizada pela Constituição Federal, tendo em vista que deverá ser buscada a solução que atenda ao melhor interesse dos incapazes envolvidos nessa relação.

No que diz respeito a multiparentalidade, uma alteração esclareceu a respeito do reconhecimento unilateral trazido pelo artigo 14 do provimento 63, quando falava em ser possível, pela via extrajudicial, o reconhecimento unilateral socioafetivo no campo da filiação, esclarecendo não ser possível a inclusão de mais de um ascendente pela via administrativa, apenas pela via judicial.

De acordo com Ricardo Calderón⁷:

O novo texto foi direto e explícito ao afirmar que o que resta autorizada para via extrajudicial é a inclusão de apenas mais um ascendente socioafetivo (seja pai ou mãe). Ou seja, qualquer segundo ascendente socioafetivo que se pretenda registrar deverá – necessariamente – recorrer ao Poder Judiciário. (CALDERÓN, 2019)

Vemos, portanto, que a edição dos referidos provimentos pelo Conselho Nacional de Justiça teve como escopo regulamentar ferramentas necessárias a uma verdadeira efetivação aos direitos fundamentais da igualdade e da personalidade.

Considerações finais

O reconhecimento da paternidade socioafetiva e da multiparentalidade evoluiu consideravelmente, podendo ser realizada até mesmo no âmbito extrajudicial, trazendo inúmeros benefícios àqueles que vivem essa realidade familiar.

Com a edição dos Provimentos, o CNJ atuou adequando os atos extrajudiciais em consonância com a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 898.060/SP, facilitando o reconhecimento em todo o país. O provimento 63 do CNJ trouxe importantes mudanças, e foi melhorado com a edição do provimento 83, para que o

⁷CALDERÓN, Ricardo. **Primeiras Impressões sobre o Provimento 83 do CNJ**. Disponível em: [http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/FINAL%20Coment%C3%A1rios%20Provimento%2083-2019%20CNJ%20\(revisado%2021%20agosto\)%20-%20calderon%20-%20FINAL%20-%20com%20refer%C3%A2ncias.pdf](http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/FINAL%20Coment%C3%A1rios%20Provimento%2083-2019%20CNJ%20(revisado%2021%20agosto)%20-%20calderon%20-%20FINAL%20-%20com%20refer%C3%A2ncias.pdf). Acesso em: 10 out. 2019.

reconhecimento não seja feito de forma indiscriminada, buscando sempre garantir a segurança jurídica e cautela nos procedimentos envolvendo menores.

Sendo assim, uma verdadeira relação de afeto pode caracterizar o vínculo de filiação sem a necessidade da chancela judicial. Uma grande evolução para o Direito de Família brasileiro, que confere a devida atenção aos novos paradigmas oriundos da instituição das diferentes entidades familiares.

Referências

CALDERÓN, Ricardo. **Primeiras Impressões sobre o Provimento 83 do CNJ**. Disponível em: [http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/FINAL%20Coment%C3%A1rios%20Provimento%2083-2019%20CNJ%20\(revisado%2021%20agosto\)%20-%20calderon%20-%20FINAL%20-%20com%20refer%C3%A1ncias.pdf](http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/FINAL%20Coment%C3%A1rios%20Provimento%2083-2019%20CNJ%20(revisado%2021%20agosto)%20-%20calderon%20-%20FINAL%20-%20com%20refer%C3%A1ncias.pdf). Acesso em: 10 out. 2019.

CASSERRATI, Beni Lara de Moraes. **A configuração da família socioafetiva como família extensa em atendimento ao dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1352/A+configura%C3%A7%C3%A3o+da+fam%C3%ADlia+socioafetiva+como+fam%C3%ADlia+extensa+em+atendimento+ao+dispositivo+do+Estatuto+da+Crian%C3%A7a+e+do+Adolescente>. Acesso em: 15 out. 2019.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 3 ed.; rev.; atual.; e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Jornadas de Direito Civil, 2002-2013**. Brasília/DF. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-ive-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>. Acesso em 28 de out de 2019.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo. **Dicionário de Direito de Família e Sucessões – Ilustrado**. 1ª edição - Ed. Saraiva, 2017

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. Ed.; rev.; atual.; e ampl.; São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

DIAS, Maria Berenice; OPPERMANN, Marta Cauduro. **Multiparentalidade: uma realidade que a Justiça começou a admitir**. Disponível em: [http://www.berenedias.com.br/manager/arq/\(cod2_13075\)MULTIPARENTALIDAD E__Berenice_e_Marta.pdf](http://www.berenedias.com.br/manager/arq/(cod2_13075)MULTIPARENTALIDAD E__Berenice_e_Marta.pdf). Acesso em: 15 out. 2019.

SALOMÃO, Marcos Costa. **A Filiação Socioafetiva pela Posse de Estado de Filho e a Multiparentalidade no Provimento 63 do CNJ**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/marcos-salomao-norma-cnj-mostra.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

SCHREIBER, Anderson; LUSTOSA, Paulo Franco. **Efeitos jurídicos da multiparentalidade**. Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/16480/1/PRArt214244_Efeitos%20jur%C3%addicos%20da%20multiparentalidade_compl_P_BD.pdf. Acesso em: 14 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Recurso Extraordinário 898.060/SC**, com repercussão geral, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.09.2016, publicado no seu Informativo n. 840.

(RE)PENSANDO O PARADIGMA MONOGÂMICO NO BRASIL: BREVES CONSIDERAÇÕES

Fernanda Daltro Costa Knoblauch¹

Resumo: O presente artigo tem por objetivo apresentar um breve estudo acerca da necessidade de se questionar o paradigma monogâmico face aos princípios constitucionais. Pela natureza qualitativa, a pesquisa aponta a necessidade de desconstrução do princípio da monogamia, justamente por sua inadequação sistemática com os princípios constitucionais balizadores das relações familiares. Para tanto, há que se considerar a aparente sedimentação do tema 'monogamia' na doutrina nacional, e o fato de que nenhum assunto deve ser dotado de imunidade às problematizações sociais e jurídicas. Faz-se relevante um estudo que apresente o percurso que consagrou a monogamia como elemento delimitador das relações de conjugalidade, bem como a necessidade de se encontrar novas interpretações que mantenham o Direito alinhado à realidade social. Confrontada com os Direitos Fundamentais e os princípios constitucionais, verificou-se que argumentos como religião ou tradição não podem continuar sendo levantados com a intenção de se negar o reconhecimento às relações não monogâmicas, situações fáticas com claros efeitos jurídicos, sobretudo em um Estado que se diz laico. Entendeu-se que reconhecer direitos familiares, sucessórios e patrimoniais às relações não-monogâmicas não é negar a existência e a importância da monogamia como característica de longa duração dentro do ordenamento brasileiro, mas sim ampliar o leque da proteção constitucional à uma outra categoria de família, que também é merecedora de sua própria regulação.

Palavras-chave: Monogamia; Direitos Fundamentais; Dignidade Da Pessoa Humana.

Abstract: This article aims to present a brief study about the need to question the Monogamy Paradigm in face of constitutional principles. Due to its qualitative nature, the research points to the need to deconstruct the Principle of Monogamy, precisely because of its systematic inadequacy with the constitutional principles that guide family relationships. To this end, one must consider the apparent sedimentation of the theme 'Monogamy' in national doctrine, and the fact that no subject should be endowed with immunity to social and legal problematization. It is relevant a study that presents the path that consecrated monogamy as a delimiting element of conjugal relations, as well as the need to find new interpretations that keep the law aligned with social reality. Faced with fundamental rights and constitutional principles, it has been found that arguments such as religion or tradition cannot continue to be raised with the intention of denying recognition to non-monogamous relations, factual situations with clear legal effects, especially in a state that says secular. It was understood that recognizing family, inheritance and inheritance rights to non-monogamous relations is not to deny the existence and importance of monogamy as a long-term feature within the brazilian order, but rather to extend the range of constitutional protection to another family category, which is also worthy of its own regulation.

Keywords: Monogamy; Fundamental Rights; Dignity Of Human Person.

¹Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade Baiana de Direito. Mestre em Família na Sociedade Contemporânea pela Universidade Católica do Salvador. Doutoranda em Direito Civil na Universidade de Coimbra. E-mail: fernandaknoblauch@gmail.com.

Introdução

O presente artigo tem por objetivo apresentar um breve estudo acerca da necessidade de se questionar o paradigma monogâmico face aos princípios constitucionais. Para tanto, há que se considerar a aparente sedimentação do tema ‘monogamia’ na doutrina nacional, e o fato de que nenhum assunto deve ser dotado de imunidade às problematizações sociais e jurídicas. A pergunta orientadora para esta pesquisa é a seguinte: “A regra da monogamia está alinhada à função constitucional da família que encontra no princípio da dignidade humana seu fundamento último?” (SILVA, 2013, p. 244).

Intenta-se debater se face à constitucionalização do Direito Civil ainda há que se falar na monogamia como elemento delimitador das relações de conjugalidade. Objetiva-se analisar a literatura, sobretudo jurídica, fazendo-se uma revisão na doutrina acerca do que se entende por monogamia, e de qual forma ela se tornou paradigma no ordenamento jurídico brasileiro.

Pela natureza qualitativa, a seguinte pesquisa aponta a necessidade de desconstrução do chamado princípio da monogamia, justamente por sua inadequação sistemática com os princípios constitucionais balizadores das relações familiares; encontrando, assim, a real posição do dogma monogâmico no ordenamento brasileiro.

Quanto às técnicas e procedimentos metodológicos, optou-se pela realização de pesquisa teórica, priorizando a análise da adequação da monogamia em face da proteção ofertada pela Constituição Federal de 1988 às entidades familiares. O procedimento de pesquisa aplica a tipologia jurídico-prospectiva, explorando premissas e condições relativas ao tema, fazendo-se necessária a utilização de dados primários e secundários, bem como de outras fontes jurídicas tradicionais.

1. A Natureza Histórica da Monogamia

O ponto de partida para esta análise é a averiguação da consolidação do paradigma monogâmico dentro das sociedades ocidentais, com especial atenção ao caso brasileiro. O que se objetiva verificar é que, de fato, a monogamia não é uma característica inata da espécie humana; muito pelo contrário, pode-se verificar que os padrões comportamentais médios adotados pelos indivíduos expostos ao convívio social são variáveis, determinados, principalmente, pelas condições às quais os agrupamentos sociais estão submetidos desde sua conformação primária.

Tomando por base os estudos biológicos conduzidos por Barash e Lipton (2007), pode-se perceber que a opção pela monogamia não se dá em virtude de aspectos biológicos, tendo em vista que, após extensa análise, os autores concluem que: “Não há evidências, nem

da biologia, nem da primatologia ou da antropologia, de que a monogamia é ‘natural’ ou ‘normal’ para os seres humanos. Há, em vez disso, muitas evidências de que as pessoas há muito tempo tendem a ter vários parceiros sexuais.” (BARASH; LIPTON, 2007, p. 40).

A opção pela monogamia nas sociedades ocidentais está relacionada a outros aspectos, de natureza sociológica e cultural, que foram aprendidos e naturalizados ao longo da história, tomando por base as mais diversas experiências de conjugalidade. Seguindo o caminho apontado por Engels (2016), entende-se que é preciso que se compreenda a conjugalidade monogâmica, consubstanciada nas famílias ocidentais, como um fenômeno cultural essencialmente histórico, fortemente influenciado pela relação dos homens com os meios de produção e com a conformação da economia social. Para o autor, a monogamia “baseia-se no predomínio do homem; sua finalidade expressa é a de procriar filhos cuja paternidade seja indiscutível; e exige-se essa paternidade indiscutível porque os filhos, na qualidade de herdeiros diretos, entrarão, um dia, nas posses dos bens de seu pai.” (ENGELS, 2016, p. 66).

Neste ponto, verifica-se que a opção social pela monogamia pode ser encarada como uma opressão ao sexo feminino, sobretudo pelo fato de que, historicamente, pode-se correlacionar o casamento monogâmico como sendo uma forma socialmente legitimada de opressão de gênero, como aponta Bourdieu (1990). Até os dias atuais, pode-se perceber que o adultério e a infidelidade masculina são vistos com uma certa tolerância, enquanto a reprodução destes mesmos comportamentos pelas mulheres ainda é motivo de escárnio e repúdio; a força punitiva, religiosa ou estatal, sempre voltou as punições mais severas e rigorosas às mulheres que eram acusadas da prática da infidelidade, ou mesmo da “libertinagem”. O que se pode concluir é que o sexismo é uma marca cruel das sociedades monogâmicas, sendo a condição feminina constantemente reduzida e oprimida pelo sistema.

Percebida a natureza histórica da monogamia, indaga-se o percurso que a sedimentou como característica de longa duração nas sociedades ocidentais. Inegável a influência da Igreja Católica neste processo, tendo em vista que ela alçou a monogamia ao status de um de seus principais dogmas religiosos, prevalecendo por séculos. Por meio do Concílio de Trento e dos Decretos Tridentinos, a Igreja cuidou de regular e normatizar o livre exercício da sexualidade, impondo o casamento monogâmico como única prática legítima da sexualidade, de forma a assumir o posto de uma das principais instituições sociais, junto ao Estado.

Os cânones e o decreto tridentinos são especialmente relevantes por pelo menos três razões. Primeiro, porque transformaram o casamento em um contrato solene. [...] Segundo, porque regulamentaram de forma detalhada o matrimônio, avocando à

Igreja a exclusividade de sua realização. E, por fim, porque os cânones e o decreto tornaram-se a grande referência para a regulação do casamento nos países católicos e em suas colônias do Novo Mundo, com notórios reflexos posteriores na legislação civil. (SILVA, 2013, p. 69).

Nos países em que a religião católica sagrou-se como uma das principais instituições, a exemplo de França, Itália, Portugal e Espanha, nos quais era evidente a confusão entre Estado e Igreja, percebeu-se a influência do Decreto Tridentino (e do Direito Canônico) na elaboração das respectivas legislações civis. Com as navegações e o processo de colonização da América do Sul, não é de se estranhar que as sociedades que ali se formaram tenham sido erigidas sob a égide da dogmática cristã, como é o caso brasileiro, objeto central desta análise.

2. O Paradigma Monogâmico no Brasil

Após este breve percurso histórico, busca-se compreender um pouco mais acerca da situação brasileira, que absorveu institutos, costumes, dogmas religiosos e regulações de seus principais colonizadores ao mesmo tempo que, em virtude da distância geográfica e da dificuldade de comunicação, quedou-se inerte às transformações sociais europeias, permanecendo estanco em alguns costumes já superados por seus colonizadores luso-ibéricos.

Um exemplo disso é a peculiaridade do concubinato no Brasil, que, para além do sentido tradicionalmente conhecido à época na Europa (casamento não-formalizado), também pode ser contextualizado na Colônia como o exercício da dominação dos Senhores e patriarcas sobre as classes oprimidas. Entretanto, o mesmo concubinato ganhou outro aspecto nos substratos sociais mais humildes, que não possuíam condições de legitimar sua convivência como o sacramento do matrimônio, configurando-se, desta forma, como uniões entre iguais para além dos rigores formais impostos pela Igreja, aperfeiçoando-se, assim, como o mais comum modelo familiar do Brasil Colônia, como esboçam Corrêa (1994), Vainfas (1997), Torres-Londoño (1999), Prado Júnior (2000) e Silva (2013).

Atento à esta configuração, e ainda sob forte influência eclesiástica, o legislador não só elaborou o Código Civil de 1916, mas também incluiu no Código Penal Brasileiro de 1940 dois tipos penais especificamente destinados à tutela do sistema monogâmico: o art. 235, que tipifica a bigamia, e o art. 240, que tipificava o adultério. Nota-se evidente uma proteção ao sistema monogâmico introduzido no Brasil pela colonização europeia, bem como a característica histórica de que o Direito de Família nacional, mesmo após o Código Civil de 2002, que veio a substituir o de 1916, é construído ainda sob o lastro da figura do matrimônio.

Ainda sobre o Código Civil de 2002, interessante notar a tendência de equiparação entre os institutos do casamento e da união estável; utiliza-se, de forma supletiva, normas referentes ao casamento no regramento das uniões, ignorando a existência de traços distintivos essenciais entre ambos. Esta opção, que preza pela simplificação das soluções judiciais nos processos civis familiares e sucessórios, em detrimento da resolução dos reais problemas nas relações entre os seres humanos é sintoma de que, muito embora a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, busque romper com a hegemonia das relações matrimonializadas, ao consagrar a pluralidade das formas familiares, isto não se verifica totalmente.

Tomando por base o art. 226, da CF/88, pode-se afirmar que o casamento não deve mais ser encarado como o único paradigma das formas familiares, ante a existência de tantas outras formas de conjugalidade que ainda buscam pelo pleno reconhecimento jurídico e social, a exemplos das relações homoafetivas, livres, simultâneas ou mesmo poliafetivas. Desta forma, para além de incorreta a manutenção do status do casamento monogâmico como forma superior do exercício da sexualidade e da autodeterminação na constituição das relações afetivas, verifica-se o absurdo na transposição de seus limites e restrições às demais formas de conjugalidade não matrimonializadas.

Mais grave ainda é a atribuição doutrinária, e por muitas vezes jurisprudencial, de um caráter principiológico à monogamia, verificado que a mesma é resquício de uma construção histórica sexista, dogmaticamente legitimada como uma ferramenta de controle social religioso, assimilada pelo Direito Civil sob influência do Direito Canônico, responsável pela criação de lugares de não-direito, aos quais diversas mulheres, “concubinas”, são relegadas.

[...] tomar o princípio jurídico da monogamia como um ‘dever-ser’ imposto pelo Estado a todas as relações familiares é algo que entra em conflito com a liberdade que deve prevalecer naquela que é uma das searas da vida na qual os sujeitos travam algumas das mais relevantes relações no tocante à formação de sua subjetividade e desenvolvimento de sua personalidade. (RUZYK, 2005, p. 197).

Desta forma, defende-se que, por mais sedimentada que uma temática pareça estar dentro de um ordenamento jurídico, não há tema que seja dotado de uma imunidade que o isente de ser debatido e problematizado em seus aspectos sociais e jurídicos. Pode-se debater a monogamia e sua aparente hegemonia diante de um conjunto de normas e princípios constitucionais que devem reger, também, as relações civis. O acolhimento da monogamia como única forma legalmente protegida de se constituir relações conjugais acaba por evidenciar que o Direito também pode ser utilizado como ferramenta de exclusão social,

posto que marginaliza todos aqueles que optam viver por conformações familiares conjugais se distanciam do ideal apontado pela figura do matrimônio monogâmico (e da união estável monogâmica, que embora tenha se originado da própria noção de concubinato, atualmente é regida de forma quase similar ao casamento).

3. Repensando o Paradigma Monogâmico

Opção ante a utilização do Direito como ferramenta de exclusão social, é preciso que se repense o mesmo com atenção aos novos anseios sociais no tocante ao processo emancipatório feminino, à luta pela igualdade de direitos e à consagração da pluralidade das formas familiares. A sedimentada (mas não tão respeitada) laicização do Estado, bem como a verificação da necessidade de limitação do poder estatal nas relações de intimidade são elementos que devem ser ressaltados na verificação da adequação de um alegado princípio da monogamia com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da igualdade, da pluralidade, da liberdade e da democracia; dentre tantos outros que também decorrem da positivação dos Direitos Fundamentais.

O princípio da dignidade humana (art, 1º, III, da CF/88) tem por função proteger a própria condição de “ser humano”, não se limitando a proteger apenas uma dimensão, ou um ângulo, da própria humanidade, como fazem os demais princípios constitucionais. É real “cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.” (TEPEDINO, 2001, p. 48). Como princípio, alcança duas dimensões; na primeira, o Estado, para além de reconhecer e respeitar a dignidade inerente das próprias pessoas (e sua autonomia), deve oferecer meios para que essa dignidade seja promovida e efetivada; na segunda, é simultaneamente limite para o exercício dos poderes externos, como também fundamento da própria República. A manutenção da monogamia com status de princípio afronta a dignidade das pessoas que optam por formar e conduzir suas relações conjugais segundo um paradigma não-monogâmico.

Neste cenário, entende-se que a formação da família de maneira digna é direito humano a ser respeitado e protegido pelo Estado, sobretudo, como meio de permitir o desenvolvimento pessoal e social a cada membro da família, sem qualquer discriminação, em relação ao formato ou forma de constituição da entidade familiar, hetero, homo ou poliafetiva. (VIEGAS, 2017, p. 131).

Pode-se destacar o princípio da solidariedade como um dos principais corolários da dignidade. Ele deve ser entendido como um dever jurídico imposto a todos os cidadãos, bem como o comando constitucional de respeito às diferenças; esta interpretação possibilitaria a coexistência de relações monogâmicas e não monogâmicas em um mesmo ordenamento,

sendo todos percebidos com igual dignidade e regidos por regramentos atentos às suas especificidades. A manutenção da monogamia com status principiológico dificulta a legitimação de outras realidades sociais existentes, das pessoas que constituem suas relações alheias ao paradigma monogâmico. Por ausência de previsão normativa e por conta de elevada carga de preconceito, são gerados lugares de exclusão e a marginalização dos envolvidos que, muitas vezes, deixam de ter acesso à direitos básicos decorrentes da própria relação.

A escolha em não reconhecer as relações não-monogâmicas como família, ou mesmo em considerar a legislação atinente ao casamento como centro do Direito das Famílias e usá-la como base para as demais relações é voluntária, uma opção de natureza jurídico/normativa feita pelo Estado, podendo ser revista ante a evolução da sociedade e dos costumes.

Em virtude da consagração constitucional da igualdade como direito fundamental (art, 5º, I, da CF/88), não deve haver funcionalização de papéis dentro de uma relação. A igualdade de gêneros, para além de mera igualdade formal, deve ter seu conteúdo material reafirmado diariamente. A monogamia sempre foi utilizada como ferramenta de dominação, posto que desde seu surgimento sempre foi obrigatória apenas para as mulheres, sendo o casamento monogâmico espaço de despotismo e submissão. “A predominância da regra da monogamia tem-se prestado a intensificar a desigualdade e fundamentalmente, a marginalização da mulher em situação de vulnerabilidade socioeconômica.” (SILVA, 2013, p. 296).

Para além da igualdade de gênero, deve-se pensar também na igualdade entre as diversas formas familiares. Não se pode provar que nas relações não-monogâmicas há uma maior propensão à uma desigualdade entre os consortes; tal pensamento se dá no lugar comum oriundo do preconceito propagado contra as uniões plúrimas. “Tal preceito se mostra importante para o reconhecimento da família poliafetiva, que não pode ser discriminada apenas pela escolha de um arranjo familiar fora dos padrões convencionais esperados.” (VIEGAS, 2017, p. 139). A desigualdade de gêneros, e a violência decorrente desta, pode existir em qualquer família, e deve ser combatida, inclusive com a possibilidade, e dever, de intervenção estatal nos casos mais graves.

O princípio da pluralidade familiar (art. 226, da CF/88) prega que existem diferentes formas de se constituir família, e que todas essas formas devem ser igualmente reconhecidas e protegidas, por serem espaço de realização pessoal de seus membros. Está intimamente relacionado à proteção da intimidade e da vida privada (art. 5º, X, da CF/88). Assim, não se pode mais falar “na família” como elemento abstrato e generalizador frente às mudanças sociais trazidas pela Constituição Federal de 1988, devendo-se proteção às famílias, no plural.

Nos dias de hoje, o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando compromissos mútuos. (DIAS, 2010, p. 49).

Conquanto não há mais um modelo único, também não se pode continuar a enxergar uma hierarquização dos tipos familiares; o princípio da pluralidade faz com que não se possa mais atribuir um caráter paradigmático ao casamento frente às demais entidades familiares. Correlacionando isto com a monogamia, tem-se ainda mais evidente de que esta não pode mais ser tida como princípio dentro do ordenamento brasileiro, posto que sua aplicação indistinta a todos os núcleos familiares é ferramenta de exclusão de diversos tipos de família que optam pela não-adoção do paradigma monogâmico.

Por liberdade, pode-se entender como a propriedade que o homem tem sobre si mesmo. A primeira noção que se tem quando se trata de liberdade é justamente a contratualista, muito ligada às questões patrimoniais; no entanto, é preciso que se enxergue a liberdade por outro viés, focado na personalidade e nos direitos inerentes à esta. A repersonalização do Direito Civil retirou boa parte de seu cunho eminentemente patrimonialista, de proteção da propriedade privada, e transferiu esta importância para a proteção dos indivíduos, de sua dignidade. A conjugação dos princípios constitucionais origina uma moderna concepção de autonomia privada, como instrumento de promoção da personalidade nas situações existenciais.

A ampliação da autonomização do direito de família levou o ordenamento jurídico à ampliação de possibilidades de escolha para que as pessoas decidam como irão constituir um vínculo familiar, a fim de prover sua felicidade pessoal. Essa liberdade de escolha ou autodeterminação integra o conjunto de direitos da personalidade, enquanto direito existencial do ser humano. (ALVES, 2010, p. 141).

Pretender aplicar o paradigma monogâmico à todas as situações de conjugalidade é ignorar a realidade social existente, as individualidades e peculiaridades de cada família em si considerada; é violação da esfera da intimidade e da comunhão de vida instituída pela família, em evidente afronta à proteção dada pelo Código Civil de 2002, por meio do art. 1.513, que se alinha com as disposições constitucionais.

Mais ainda, percebe-se que fatores como a globalização, a abertura das fronteiras e o multiculturalismo vem interferindo diretamente nas relações entre Estado e sociedade, alterando a percepção que o povo tem das leis, do governo e do próprio Direito. Há um

maior entendimento no sentido de que o povo possui poder, e é a sociedade quem deve ditar as leis que a vão reger. Ainda assim, mesmo em se considerando que a codificação teve pretensão de completude, o Direito não possui a capacidade de regular, de forma prévia, todas as interações humanas. Vive-se uma maior sociabilidade do Direito e da Política, que precisam se adaptar a uma sociedade complexa e plural. O princípio democrático foi ressignificado, e questionar o caráter absoluto da monogamia no Direito das Famílias é uma consequência lógica desta maior abertura, tanto para debates quanto para críticas; pugnando-se pelo respeito à diversidade.

Conclusão

Afirma-se que o Direito é, antes de tudo, um saber prático. O texto puro da lei não se identifica com a norma, posto que é pela interpretação que a norma se expressa; assim, entende-se que os textos legais só ganham sentido quando interpretados, convertendo-se, portanto, em norma. O intérprete não pode se abster de sua responsabilidade no que se refere à construção e reconstrução do Direito, e nem pode realizar sua interpretação de forma arbitrária ou desconectada da realidade ou do texto legal.

Mesmo assim, não se pode afirmar que existe uma única interpretação correta ou possível dos fatos e da lei, mas é essencial que a atividade interpretativa seja orientada pelos Direitos Fundamentais e pelos princípios constitucionais, sobretudo pela dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República. O Direito não pode se afastar da realidade social que o cerca, deve ele manter-se atualizado por seus intérpretes.

Argumentos como religião ou tradição não podem continuar sendo levantados com a intenção de se negar o reconhecimento às relações não monogâmicas, situações fáticas com claros efeitos jurídicos, sobretudo em um Estado que se diz laico. Desta forma, e respondendo ao objetivo proposto, entende-se que reconhecer direitos familiares, sucessórios e patrimoniais às relações não-monogâmicas não é negar a existência e a importância da monogamia como característica de longa duração dentro do ordenamento brasileiro, mas sim ampliar o leque da proteção constitucional à uma outra categoria de família, que também é merecedora de sua própria regulação.

Referências

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família mínimo:** a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARASH, David P.; LIPTON, Judith Eve. **O Mito da Monogamia** – Fidelidade e Infidelidade entre Pessoas e Animais. Rio de Janeiro: Record, 2007, 322 p.

BOURDIEU, Pierre. **La Domination Masculine**. In: Actes de la recherche en sciences sociales. V. 84, p. 2-31, septembre, 1990.

BRASIL. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil de 1916** – Lei 3.071 de 1º de janeiro de 2016 – Revogado pela Lei n. 10.406 de 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 26 set. 2018.

_____. **Código Civil**. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. **Código Penal**. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 26 set. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

CORRÊA, Marisa. Do Feminismo aos Estudos de Gênero no Brasil: um exemplo pessoal. In: **Cadernos Pagu, n. 16. Campinas, 2001**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n16/n16a02.pdf>>. Acesso em: 14 out 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. De acordo com o novo CPC. 11. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, 752 p.

ENGELS, Friedrich. Tradução: KONDER, Leandro. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. 2. ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2016, 223 p.

FLYVBJERG, Bent. **Making Social Science Matter: Why social enquiry fails and how it can succeed again**, Reino Unido: Cambridge University Press, 2001, 204 p.

JATOBÁ, Clever. **Pluralidade das Entidades Familiares: os novos contornos da Família contemporânea Brasileira**. 2ª ed. rev., ampl. e atual., de acordo com o novo CPC – Lei 13.105/2015. Rio de Janeiro: Publit, 2016, 186 p.

LUTERO, Martin. **Do Cativo Babilônico da Igreja**. São Paulo: Martin Claret, 2011, 168 p.

PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo: Colônia**. São Paulo: Brasiliense; Publifolha, 2000, 464 p.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, 250 p.

SILVA, Marcos Alves da. **Da Monogamia – A sua Superação como Princípio Estruturante do Direito de família**. Curitiba: Juruá, 2013, 364 p.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 519 p.

TORRES-LONDOÑO, Fernando. **A outra Família: concubinato, Igreja e escândalo na colônia**. São Paulo: Loyola, 1999, 216 p.

TRACY, Sarah J. **Qualitative Research Methods: Collecting evidence, crafting analysis, communicating impact**. Hoboken, New Jersey: Wiley-Blackwell, 2013, 368 p.

VAINFAS, Ronaldo. **Trópico dos Pecados: Moral, Sexualidade e Inquisição no Brasil**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, 363 p.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Famílias Poliafetivas – uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea**. Belo horizonte: D'Plácido, 2017, p. 358.

DIREITO À DESCONEXÃO: UM NOVO DIREITO FUNDAMENTAL DO TRABALHADOR

Talita Corrêa Gomes Cardim¹

Resumo: Com a significativa alteração dos meios de trabalho em razão do desenvolvimento da quarta revolução industrial, através da introdução de meios de tecnologia digitais, tais como, *notebooks*, *tablets*, celulares, acesso remoto, entre outros, o trabalhador permanece conectado todo o tempo e em qualquer lugar que se encontre. Já não existem mais barreiras e limitações para a prestação da atividade laboral. Com este novo advento, os trabalhadores não mais conseguem se desligar completamente do trabalho após o encerramento da jornada diária, culminando ainda em doenças e acidentes de trabalho. Atualmente, os meios de produção exigem urgência de resposta, extrema disponibilidade e conexão, mesmo nos períodos que deveriam ser dedicados ao descanso físico e psicológico. Surge assim, a urgente necessidade de reconhecer e regulamentar o direito à desconexão do trabalhador como um direito fundamental, ou seja, o direito dos trabalhadores de se desconectarem do trabalho após o seu período normal, garantindo o cumprimento a direitos e normas já existentes que, contudo, tem sido constantemente desrespeitadas, principalmente os direitos fundamentais e sociais do trabalhador. Esta regulamentação somente será possível através da ampla discussão em meio acadêmico, sempre enriquecedora, para que se crie a consciência da necessidade de cumprimento deste direito fundamental, bem como para que se regulemente através do poder legislativo.

Palavras-chave: direito à desconexão; direitos fundamentais; tempo de trabalho; novas tecnologias;

Abstract: With the significant change in the means of work due to the development of the fourth Industrial Revolution, through the introduction of digital technology media, such as notebooks, tablets, mobile phones, remote access, among others, the worker stays connected all the time and anywhere. There are no longer barriers and limitations for the provision of labor activity. With this new advent, workers are no longer able to completely disconnect from work after the end of the daily journey, culminating in illnesses and accidents at work. Nowadays, the means of production require urgency of response, extreme availability and connection, even in periods that should be devoted to physical and psychological rest. Thus, the urgent need to recognize and regulate the right to disconnect as a fundamental right, that is, the right of workers to disconnect after their normal period of work, guaranteeing compliance with rights and existing norms which, however, have been consistently disrespected, especially the fundamental and social rights of the worker. This regulation will only be possible through the broad academic discussion, always enriching, to create awareness of the need to ensure this fundamental right, as well as to regulate through the legislative power.

Keywords: right to disconnect; fundamental rights; working time; new technologies;

¹ Advogada especializada na área Trabalhista Empresarial. Graduada no curso de Direito pela FMU; Pós Graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Damásio de Jesus; Pós Graduada em Direito Material e Processual do Trabalho pela FGV. Mestranda em Direito do Trabalho e das Empresas pelo ISCTE – Instituto Universitário de Lisboa- Portugal. Endereço eletrônico: talita_cardim@hotmail.com

Introdução

As novas tecnologias da informação revolucionaram o mundo do trabalho, dando início a quarta revolução industrial, também conhecida como indústria 4.0², a revolução cibernética, o que garante novas formas de organização no trabalho.

As atuais exigências no mercado de trabalho são completamente diversas daquelas que existiam quando da criação de Leis trabalhistas. Assim, o direito a desconexão do trabalhador jamais tinha sido objeto de discussão, porque até então não era possível laborar fora do local da prestação de serviços.

A realidade atual impõe extrema conexão ao trabalho, todos os dias da semana por período integral. Em recente pesquisa verificou-se que mais de um em cada três trabalhadores admitem que utilizam todos os dias uma ferramenta de trabalho fora do seu horário normal. Quem nunca esteve em sua residência no período de descanso e sem sequer perceber, estava conectado em seu trabalho, lendo e redigindo relatórios ou respondendo e-mails?

O direito à desconexão é de preocupação mundial e em razão deste fenômeno que atinge todos os países, o presente estudo se faz de extrema importância e necessidade para que se entenda a urgência de regulamentação deste “novo”³ direito fundamental do trabalhador, que vem sendo descumprido sob diversos pretextos. Nas palavras de Jorge Luiz Souto Maior:

A pertinência situa-se no próprio fato de que ao falar em desconexão faz-se um paralelo entre a tecnologia, que é fato determinante da vida moderna, e o trabalho humano, com o objetivo de vislumbrar um direito do homem de não trabalhar, ou, como dito, metaforicamente, o direito a se desconectar do trabalho. Esclareça-se que o não-trabalho aqui referido não é visto no sentido de não trabalhar completamente e sim no sentido de trabalhar menos, até o nível necessário à preservação da vida privada e da saúde, considerando-se essencial esta preocupação (de se desligar, concretamente, do trabalho) exatamente por conta das características deste mundo do trabalho marcado pela evolução tecnológica.⁴

² O termo "indústria 4.0" foi criado em um evento realizado na Alemanha no ano de 2011, chamado Hannover Messe. Há inúmeros autores que descrevem a nova revolução industrial e seus impactos no ambiente de trabalho, como Geraldo Tessarini Junior.

³ Embora não seja novo, apenas agora vem sendo tratado como um direito fundamental próprio. Almeida, Almiro Eduardo de, Severo; Valdete Souto. Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho- 2.ed.-São Paulo: LTR, 2016, pág. 37.

⁴ Importante realizar a leitura completa do artigo para que se entenda os paradoxos das novas tecnologias x vida privada. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, SP, n. 23, p. 296-313, jul./dez. 2003, fonte: https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho..pdf, acesso em 03/10/2019 às 11h26.

Surge a necessidade de alargar a tutela aos trabalhadores no direito do trabalho eis que estamos atualmente diante de uma crise reguladora. Justifica-se a presente discussão em razão das novas plataformas digitais e sua aplicação no âmbito do trabalho.

I - Surge um novo direito fundamental do trabalhador. Garantias constitucionais.

O que está em causa não é o tempo de trabalho, mas sim o que acontece após o horário de trabalho, o que se faz dele. Um enorme progresso como os meios tecnológicos deverá vir acompanhado de medidas protetivas aos trabalhadores.

O direito a desconexão do trabalho envolve o direito de trabalhar, uma garantia social do ser humano que deve ser respeitada, mas também o direito de desconectar-se do trabalho ao encerrar sua jornada.⁵

Para que um direito seja reconhecido como fundamental, é preciso que esteja previsto na Constituição de um país. Os direitos fundamentais estão acima de legislações infraconstitucionais. O direito ao descanso está ligado ao direito ao repouso e ao lazer, que são garantidos constitucionalmente praticamente na totalidade dos países iberoamericanos.

No artigo 8º da Convenção Européia de Direitos do Homem⁶, há previsão do Direito ao respeito pela vida privada e familiar: “Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”. A preocupação com o direito a limitação da jornada e obviamente com o direito a desconexão está previsto também em diversas Convenções da OIT, como as de número 14, 30, 47 e 106.⁷

Por exemplo, a constituição de Portugal tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana e a vida é o bem maior. É previsto ainda em seu artigo 58, o direito ao trabalho, bem como seu Código do Trabalho garante no artigo 170, 1 o respeito ao repouso do trabalhador: “O empregador deve respeitar a privacidade do trabalhador e os tempos de descanso e de repouso da família deste, bem como proporcionar-lhe boas condições de trabalho, tanto do ponto de vista físico como psíquico”, sendo uma contraordenação grave a violação desta regra.

Na Constituição espanhola, há ainda previsão expressa deste direito fundamental em diversos artigos como o 10.1 e 2, 18.1 e 4, 43.1⁸.

⁵ Almeida, Almiro Eduardo de, Severo; Valdete Souto. Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho- 2.ed.-São Paulo: LTR, 2016. Pág. 10.

⁶ https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf

⁷ Pode-se verificar a que se tratam na página 26, Almeida, Almiro Eduardo de, Severo; Valdete Souto. Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho- 2.ed.-São Paulo: LTR, 2016

⁸ De los Derechos y Deberes Fundamentales: Artículo 10 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las

A Carta Social Europeia também aborda a temática dos “direitos laborais”, sendo que em seu artigo 2º assegura o exercício efetivo do direito a condições de trabalho justas, devendo as partes fixarem a duração do tempo de trabalho e um descanso semanal.

Este direito fundamental do trabalhador é previsto nas diversas cartas magnas aqui citadas, além de muitas outras, na forma de garantia da dignidade da pessoa humana, limitação da jornada, direito a saúde, segurança no trabalho e lazer. Ora, de nada serve uma previsão constitucional e infraconstitucional que garanta direitos fundamentais se na prática a tornarmos lei morta.

A realidade demonstra que há uma grande dificuldade da sociedade atual em compreender o descumprimento de direitos fundamentais do trabalhador como sendo uma grave violação. Isso porque, a nova revolução industrial e a escassez de vagas de trabalho fizeram com que se trate como normal o descumprimento destes direitos constitucionais.

Inclusive, existem diversas decisões nos Tribunais do Brasil tratando como “mero descumprimento” a inobservância de direitos fundamentais, que comprova a inversão de valores e descumprimento das previsões constitucionais⁹, o que não poderá ser admitido, eis que na realidade configura grave ofensa a estes direitos.

II – Novas formas de trabalho

Quando códigos do trabalho em todos os países foram criados, havia a proteção e regulamentação de atividades que não existem mais, bem como não era possível prever em tal época a era digital. É preciso que haja a modernização da legislação, para que as novas tecnologias venham para auxiliar e não para limitar a liberdade do trabalhador durante seus intervalos para descanso.

Trata-se de analisarmos a nova realidade. Os códigos trabalhistas devem cumprir sua função de forma eficaz e assim regular e proteger as novas relações de trabalho.

Atualmente, o trabalhador permanece conectado em tempo integral mesmo afastado do local de trabalho, surgindo novas formas de labor como o teletrabalho, regulamentada em diversos países, como Brasil e Portugal.

libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España” Artículo 18 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus dereArtículo 43 1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar. <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>, acesso em 27/09 às 17:09

⁹ Pode-se verificar decisões vide pág. 93, Almeida, Almiro Eduardo de, Severo; Valdete Souto. Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho- 2.ed.-São Paulo: LTR, 2016.

A ausência de desconexão ocorre quando o empregador exige a conexão do trabalhador em período integral e quando o próprio empregado por receio de perder o emprego se permite permanecer conectado. Com a conexão extrema, alguns dos direitos que foram objeto de lutas no passado, aos poucos foram deixados de lado de forma consciente. “Os trabalhadores não podem perder a vida quando estão justamente a ganhá-la.”¹⁰

Fato é que o próprio trabalhador não mais se permite desconectar em razão da cultura de que se o mesmo permanecer desconectado, estará se recusando a prestar serviço e será substituído rapidamente, o que é denominado de “telepressão”.

O termo “telepressão” foi criado por Larissa Barber, professora do departamento de psicologia da Universidade do Norte de Illinois, Estados Unidos, em pesquisa de sua autoria que estudou a relação entre a obrigação de responder e-mails de trabalho a toda hora e o prejuízo da saúde do profissional.

A telepressão é a urgência em responder e-mails e mensagens que poderiam ser respondidas no dia seguinte sem qualquer prejuízo da atividade. Também há ligações de trabalho que poderiam ser realizadas no início do expediente no dia seguinte, contudo, instaurou-se uma cultura de não desconexão, na qual é preciso enviar e responder mensagens em tempo real.

É preciso deixar claro que aqui não se trata de defender direito de não trabalhar, pelo contrário, o trabalho é previsto constitucionalmente como uma garantia social e dignifica o homem! O trabalho é um direito fundamental e o que se prima pela proteção é ao direito da desconexão após o horário de trabalho. A intenção é apenas estabelecer limites.

III- Doenças modernas do trabalho. Síndrome de *Burnout*. Dano existencial

A saúde física e psicológica dos trabalhadores deve ser objeto de prevenção para que se evite e diminua a ocorrência de doenças e acidentes de trabalho. Não há dúvidas de que a superconectividade acarreta inúmeros problemas de saúde ao trabalhador e pesquisas em diversos países comprovam crescimento do número de acidentes de trabalho reflexos.

No artigo 7º, XXII da Constituição Brasileira, há garantia da redução de riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança, bem como é previsto em seu artigo 196 que a saúde é direitos de todos e dever do Estado.

Extensas jornadas de trabalho acarretam diversas doenças classificadas como laborais, como é o caso da Síndrome de *Burnout*, já reconhecida no Brasil, sendo registrada

¹⁰ Pág. 78, Oliveira, Matilde Figueiredo Oliveira. Do direito à desconexão no contrato de trabalho. Tese de mestrado, Lisboa, 2018. Acesso https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37336/1/ulfd136418_tese.pdf

no grupo V, do código internacional de doenças do trabalho no CID 10. Z73.0.¹¹ No mesmo sentido, a região da Madeira (Portugal), recomendou ao Governo que a síndrome de *Burnout* seja reconhecida como acidente de trabalho.¹²

A violação ao direito à desconexão retira o direito a convivência familiar, estudos, projetos de vida, entre outros. A frustração de um projeto de vida, em razão do descumprimento do direito à desconexão deste trabalhador implica diretamente no denominado dano existencial, do qual certamente deverá ser indenizado.

Importante ressaltar que no ano de 1998 a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu o dano existencial como uma lesão a direito fundamental à pessoa a qual se vê preterida de desenvolver em plenitude suas potencialidades.¹³

IV- Direito a desconexão no direito comparado

A França no ano de 2017 foi o primeiro país a regulamentar expressamente o novo direito fundamental do trabalhador, na Lei nº 2016-1088¹⁴, apelidada de lei “*El Khomri*”, não havendo precedentes no direito comparado.

Em seu artigo 55, prevê o direito à desconexão e a criação pela empresa de dispositivos para regular o uso de ferramentas digitais, garantir o respeito dos períodos de descanso e saída, bem como a vida pessoal e familiar do trabalhador¹⁵. Caso não se consiga chegar conjuntamente a regras que garantam o direito de se desconectar, o empregador terá de redigir, ele mesmo, uma regulamentação sobre a questão.

É preciso esclarecer que a nova regulamentação não impõe que sejam desligados equipamentos de trabalho imediatamente ao encerrar a jornada laboral, tampouco que seja instalado um programa de bloqueio de acesso ao sistema imediatamente quando atingir as horas diárias de labor previstas – em que pese empresas privadas em diversos países já adotarem tal procedimento, como a empresa Michelin, que realiza o bloqueio do e-mail das

¹¹ Recomenda-se a leitura completa da obra para melhor compreensão do tema. Valio, Marcelo Roberto Bruno. Síndrome de *Burnout* e a responsabilidade do empregador- São Paulo: LTr, 2018

¹² Resolução da Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira n.º 7/2018/M – Diário da República n.º 41/2018, Série I de 2018-02-27.

¹³ Melo, Sandro Nahmias; Rodrigues, Karen Rosendo de Almeida Leite. Direito à desconexão do trabalho: com análise crítica da reforma trabalhista: (Lei n. 13.467/2017)- São Paulo : LTr, 2018. Pág. 90.

¹⁴<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032983213&categorieLien=id>, acesso em 01.10.19 as 11h47, ver o artigo 55 da Lei.

¹⁵Em tradução livre: I.:7-os termos do exercício pleno do funcionário de seu direito de desconectar e a implementação da empresa de mecanismos para regular o uso de ferramentas digitais, a fim de garantir o respeito aos tempos de descanso e de licença, bem como a pessoa de vida e a família. Se não for alcançado qualquer acordo, o empregador desenvolve uma carta, após parecer do Conselho de empresa ou, na sua falta, dos delegados do pessoal. Esta carta define estas modalidades do exercício do direito de desconexão e também prevê a implementação, para os funcionários e pessoal de gestão e gestão, de atividades de formação e sensibilização sobre a utilização razoável dos instrumentos.

21h00 às 07h00 e durante os finais de semana - mas que cada empresa se adequa, preferencialmente por meio de negociações, qual será a forma mais viável para que se cumpra o direito a desconexão.

A regulamentação pioneira no direito europeu, não esgota ao tema e ainda necessita de aprimoramento na media em que não prevê penalidade em caso de descumprimento, mas é importante que se tenha dado este primeiro passo, para que assim a legislação de outros países possam seguir o exemplo e seja aprimorado o debate acerca da matéria.

A Espanha certamente caminha para o seu reconhecimento. Como exemplo jurisprudencial pioneiro, a decisão da Audiência Nacional no ano de 1997, declarou nulas cláusulas contratuais que obriguem os trabalhadores a manterem uma conexão ininterrupta, por intermédio dos seus telefones.¹⁶

Neste sentido, diversas empresas já deram passos importantes, como a alemã Volkswagen que desde 2011, garante através de um acordo coletivo de trabalho, a empregados que não sejam gerentes, o bloqueio de acesso ao e-mail corporativo no celular entre às 18h15 e 07h00. Na França, a empresa Orange, tem acordo com os empregados para que não estes não usem o e-mail fora do horário de trabalho.

É permitido interromper este bloqueio em casos de emergências, analisando caso a caso. Novamente importante enfatizar que não se luta pelo direito absoluto de não trabalho em períodos de descanso, mas sim de garantias e limites a este tempo de desconexão.

Essa é a razoabilidade que deve ser observada, garantindo a conciliação entre a vida profissional e privada do trabalhador como ser humano e todos os seus direitos fundamentais.

Conclusão

A introdução de novas tecnologias no ambiente de trabalho gerou um conflito entre direitos fundamentais, tais como o do desenvolvimento, o do meio ambiente laboral sadio e do lazer e descanso. O avanço tecnológico é uma realidade que não deve ser impedida, contudo é necessário regular as novas condições de trabalho para que não prejudiquem o trabalhador.

O lado positivo das novas tecnologias são as novas formas de flexibilização, como a de ser possível o trabalho a distância e facilitar as formas de comunicação que antigamente se limitavam apenas a reuniões presenciais.

¹⁶ Página 98, Oliveira, Matilde Figueiredo Oliveira. Do direito à desconexão no contrato de trabalho. Tese de mestrado, Lisboa, 2018. Acesso https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37336/1/ulfd136418_tese.pdf

Mas também há pontos negativos, como ausência de separação entre a vida pessoal e a profissional do trabalhador, que permanecem ligados a celulares e *notebooks* nos períodos destinados ao seu descanso, férias, horários de intervalo intrajornada e interjornada, descanso semanal e feriados.

A dignidade da pessoa humana, princípio constitucional amplo, se sobrepõe a outros princípios. Deste princípio, decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, do qual constitui projeção o direito ao desenvolvimento profissional, situação que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais também pelos empregadores.¹⁷

O objetivo das Constituições em diversos países iberoamericanos ao limitar a jornada de trabalho foi para conferir ao trabalhador tempo para seu lazer e descanso, prevenindo doenças e garantindo outros direitos fundamentais, que não pode ser descumprido sob o argumento do uso de novas tecnologias. São direitos inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis.

Estamos diante de um tema polêmico, sendo clara a necessidade de maior reflexão crítica e discussão acadêmica sobre o tema, dada a importância dos direitos humanos inseridos na categoria de direitos fundamentais que devem ser invioláveis. O direito à desconexão é um limite ao excesso de conectividade ao trabalho, garantidor de sadia qualidade de vida ao trabalhador, sendo assim um direito fundamental.

Se o direito do trabalho não acompanhar as novas formas de trabalho, qual é a sua função? Não estaria sendo cumprida e por isso é necessário ampla discussão para que se leve a novas regulamentações. Nas palavras de Walter Savage Landor, “o retardamento da justiça é uma injustiça”.

Referencias

Almeida, Almiro Eduardo de, Severo; Valdete Souto. Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho- 2.ed.-São Paulo: LTR, 2016

Melo, Sandro Nahmias; Rodrigues, Karen Rosendo de Almeida Leite. Direito à desconexão do trabalho: com análise crítica da reforma trabalhista: (Lei n. 13.467/2017)- São Paulo : LTr, 2018.

Souto Maior, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, SP, n. 23, p. 296-313, jul./dez. 2003.

Valio, Marcelo Roberto Bruno. Síndrome de Burnout e a responsabilidade do empregador- São Paulo: LTr, 2018

Oliveira, Matilde Figueiredo Oliveira. Do direito à desconexão no contrato de trabalho. Tese de mestrado, Lisboa, 2018.

¹⁷ Leitura do acórdão na página 101, Almeida, Almiro Eduardo de, Severo; Valdete Souto. Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho- 2.ed.-São Paulo: LTR, 2016.

O DIREITO TRABALHISTA E OS REFLEXOS DOS DIREITOS HUMANOS NA ESFERA DA QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

Caroline Lima dos Santos e Erica Pereira Toledo¹

Resumo: Com o advento da Quarta Revolução Industrial as relações humanas estão cada vez mais sensíveis e suscetíveis as mudanças decorrentes do uso contínuo e de certa forma substituta que vem sendo a tecnologia. Torna-se evidente que os impactos desta nova Revolução Industrial advêm também mudanças na economia, política e o que colocaremos em foco neste trabalho: o trabalhador e o direito fundamental dos direitos humanos. Não há como se falar em Revolução Industrial, sociedade e direito sem relembrar o seu âmago e o primórdio que surgiu o Direito do Trabalho, parte crucial, haja vista a exploração do trabalhador na indústria e a alta produtividade de uma até então nova indústria sem a mínima visão da pessoa humana e seus direitos básicos, vislumbrando apenas o início da mais nova forma de capitalismo. Similarmente o surgimento do Direito do Trabalho entrelaçou-se com o Direito Constitucional, uma vez que o princípio da dignidade da pessoa humana estaria intrínseco neste direito. É de amplo conhecimento que toda Revolução Industrial foca nos avanços e grandes mudanças para o mercado e para a sociedade, o direito possui um papel crucial de relembrar a parte mais sensível da relação: O trabalhador e como este está inserido nesta nova Revolução, se os direitos deste estão resguardados ou se até mesmo este possui condições humanas e dignas para o seu efetivo trabalho. Uma vez que a Quarta Revolução Industrial demonstra a inversão de valores onde a tecnologia necessita do homem e não mais o homem necessita da tecnologia deve-se observar todos os direitos fundamentais e trabalhistas de qualquer das relações investida no Direito Constitucional e no Direito do Trabalho. O presente trabalho vem para vislumbrar e entender como pode-se solucionar conflitos de uma relação até então recente, e evidentemente séria, uma vez que determinados postos e nichos de trabalho desenvolvem atividades análogas ao escravo além do estado não estar resguardando os seus direitos fundamentais.

Palavras-Chave: Dignidade da pessoa humana, Quarta Revolução Industrial, Direitos Humanos, Tecnologia, Aplicativas, Direito do Trabalho.

Introdução

O progresso da tecnologia, as mudanças climáticas, demográficas e o comércio internacional, estão redefinindo os processos de produção e mercado de trabalho em todos os países de modo que esta não consegue se adequar e seguir na mesma velocidade que a tecnologia avança. Com isso surge-se o trabalho informal.

Primeiramente devemos considerar os princípios e diretrizes presente na “Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no Trabalho” trata-se dos avanços da economia:

¹ Caroline Lima dos Santos, Pós-Graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Mackenzie, São Paulo, Bacharel em Direito pela Universidade Anhembi Morumbi. Advogada. Erica Pereira Toledo, Pós Graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Damásio e Compliance e Integridade Corporativa pela Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, Bacharel em Direito pela Universidade Anhembi Morumbi. Advogada.

Caroline Lima dos Santos e Erica Pereira Toledo
“Considerando que o crescimento econômico é essencial, mas insuficiente, para assegurar a equidade, o progresso social e a erradicação da pobreza, o que confirma a necessidade de que a OIT promova políticas sociais sólidas, a justiça e instituições democráticas;”²

O grande desafio dos últimos tempos será considerar as mudanças nos meios de trabalho em conformidade com os avanços econômicos e tecnológicos, não abarcando mais os números de pessoas desempregadas, mas sim o número de pessoas suficientemente supridas pelo seu trabalho informal ou com respaldos jurídicos de contratação.

Vejam sobre outra perspectiva tal questão. A OIT discriminou que nos dias atuais em todo o mundo possuímos 159 (cento e cinquenta e nove) milhões de desempregados e 730 (setecentos e trinta) milhões em trabalhos informais³. Porém a principal questão ao que tange os direitos e a dignidade da pessoa humana para com seu trabalho é deixada de lado.

Evidente que a tecnologia tende a avançar cada vez mais, não possibilitando muitas vezes a adequação profissional do trabalhador, onde não se torna necessário a sobrecarga de trabalho que nos dias atuais são análogos ao escravo, sendo estes aqueles com menor qualificação profissional e assim menos oportunidade de emprego.

Para isso é necessário que o Poder Executivo esteja presente regulamentando e vistoriando todas as empresas que utilizam de tais meios e fim de assegurar o bem estar e mais uma vez a dignidade de seu povo, havendo a necessidade de implementação de órgãos dirigentes necessários para a devida fiscalização.

Leva-se a entender assim que políticas públicas devem ser implementadas não apenas para sanar o desemprego, mas sim para suprir as questões dos trabalhos informais, que a cada ano cresce devido ao crescimento da tecnologia e o espaço que esta se concentra no mercado de trabalho.

Um dos grandes exemplos para os trabalhos informais até então citados são os entregadores de aplicativos, onde estes não possuem o mínimo de direitos resguardados, uma vez que trabalham de forma informal ou como esses aplicativos tangem de forma “independente” sem a necessidade de revestimento jurisdicional.

Muito se discute a importância de novas qualificações para inserir os novos nichos de trabalho, porém conforme abordado estes, mesmo sem a devida qualificação, deverá ser

² DECLARAÇÃO DA OIT SOBRE OS PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHO, 1998

³ ILO - INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION. WHAT WORKS PROMOTING PATHWAYS TO DECENT WORK. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms_724049.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

resguardado. Apresentando assim soluções para efetivas qualificados e resguardos jurídicos para aqueles que não a possuem.

1. Evolução Histórica

Desde o início das relações sociais, não importando em qual momento da humanidade, podemos identificar um fator determinante, qual sejam as relações de trabalho, seja no plantio, no comércio, na indústria e na pecuária, a mão de obra humana, o trabalho humano sempre existiu.

Quando surgiu na Inglaterra a primeira evolução industrial (em 1765), deu-se início a mecanização dos processos, fomentado pela invenção de máquinas a vapor de forma a expandir o trabalho humano. No período da implementação da descoberta de fontes de energia e criação de novos inventos, podemos registrar a transição para a segunda revolução industrial, a partir de 1890. Já a terceira revolução industrial, inicia-se pós guerra, onde inevitavelmente a descoberta de uma energia com potência ainda maior, é registrada através da energia nuclear e da inversão dos produtos eletrônicos, computadores e telecomunicação, na área industrial e o chamado modelo Toyotismo, que vem substituir o sistema Fordismo prevalecente em meados de 1970.

Enfim adentremos a indústria 4.0, podemos destacar seu grande diferencial não são as novas tecnologias viabilizarem que as indústrias sejam mais eficientes, e sim, o surgimento da sustentabilidade, onde os Estados passam a somar forças, não só no intuito de auferir maiores lucros, mas também de garantir novas fontes de energia alternativa, a exemplo da eólica e a solar.

As nuances das relações de trabalho, é facilmente representada pela condição socioeconômica de um País, pois ante a dificuldade econômica, surge as políticas de austeridades, que com o intuito de diminuir o desemprego e fomentar a economia, criam-se uma flexibilização exacerbada do trabalho assalariado. A exemplo da reforma trabalhista da Espanha em 2012, que com o intuito de amenizar os efeitos da crise financeira de 2008, flexibilizaram direitos trabalhistas, aumentando de forma significativa a precariedade dos empregos, é o mesmo que ocorre atualmente no Brasil, com a chamada Reforma Trabalhista, lei promulgada em 2017 que além de não gerar postos de trabalho, como argumentado, aumenta a precarização de trabalho, além do trabalho informal.

Com o rápido e crescente avanço tecnológico, podemos analisar que uma das inúmeras consequências trazidas por essa nova tecnologia, é a substituição da força do

Caroline Lima dos Santos e Erica Pereira Toledo trabalho humano, pelos autos programas tecnológicos, comprometendo assim os princípios e normas trabalhistas sopesados durante todo o longo da história.

2. Dignidade da Pessoa Humana

Pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana de fato possui várias definições em visões de grandes autores de forma divergente. Conforme Noberto Bobbio, os direitos humanos não nascem todos de uma vez, nem de uma vez por todas.⁴ Já para a grande filósofa Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução.⁵ Para o jurista Luigi Ferrajoli, os direitos humanos simbolizam a lei do mais fraco contra a lei do mais forte, na expressão de um contra poder em face do absolutismo, advindo do Estado, do setor provado ou até mesmo da esfera doméstica.⁶

Torna-se cristalino que a dignidade da pessoa humana deverá ser observada como ponto principal de qualquer relação. O ato digno da pessoa humana trata-se de bem intangível ao qual não poderá ser modificado e nem ao menos perdido. Há o que se lembrar que a barbárie do totalitarismo ocasionou na estrondosa ruptura do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que este princípio não fora visto como valor e fonte de todo e qualquer direito, tal época marcou o grande ponto da Segunda Guerra Mundial e a cultura antissemita.

De modo a ressaltar todos os direitos fundamentais feridos durante tal período a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 vem respaldar todos os direitos antes feridos pela sociedade de modo a ressaltar os direitos fundamentais inerentes ao homem. Para isso verifica-se em seu preâmbulo o seguinte texto legal:

“Considerando que, na Carta, os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declaram resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla;”⁷

Conforme demonstrado, a dignidade da pessoa humana deverá ser observada como ponto principal de qualquer relação seja de direito, seja interpessoal, seja na visão do coletivo,

⁴BOBBIO, Noberto, **Era dos Direitos**, p. 32

⁵ Hannah Arendt. **As origens do Totalitarismo**, ver também Celso Lafer A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, p. 134

⁶FERRAJOLI, Luigi, **Dirittifondamentali – Um dibattito teóric**, a cura diErmannoVitale, Roma, Bari, Laterza. 2002, p. 338.

⁷ Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

respaldando-se assim como direito adquirido e imutável, não podendo este ser suprido por qualquer outro direito a que este não pertença.

3. A Efetividade dos Direitos Humanos frente ao Direito do Trabalho inserido na Quarta Revolução Industrial e sua Efetiva Evolução ou Retrocesso

Com efeitos da explicação acima sobre os direitos humanos há o que se notar que a cada revolução industrial os avanços econômicos e tecnológicos dos dias atuais, causam certa interferência e interrupção aos direitos humanos possuindo certas ressalvas e manifestações de transgressão nestes direitos. Não se trata apenas de resguardar os direitos humanos fundamentais inerentes ao trabalhador, mas sim ter a possibilidade de conciliar seus direitos fundamentais em conformidade com o crescimento econômico e tecnológico.

Adentrando no seguinte quesito a “Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais do trabalho” alerta sobre o referido tema, descrevendo claramente a necessidade de ambas as partes:

“Considerando que, com o objetivo de manter o vínculo entre progresso social e crescimento econômico, a garantia dos princípios e direitos fundamentais no trabalho reveste uma importância e um significado especiais ao assegurar aos próprios interessados a possibilidade de reivindicar livremente e em igualdade de oportunidades uma participação justa nas riquezas a cuja criação têm contribuído, assim como a de desenvolver plenamente seu potencial humano;”⁸

A aplicação do princípio fundamental dos direitos humanos não se encontra na principal escala das relações de trabalho e sim a faixa econômica. Para que isso ocorra, medidas públicas devem ser implementadas, uma vez que o Estado é o principal protetor dos direitos constitucionais e fundamentais dos direitos humanos, além de levar em consideração que o trabalhador é a parte hipossuficiente da relação, necessitando assim que seus direitos sejam resguardados e protegidos de forma mais assertiva e estruturada.

Deste modo entende-se que a transgressão aos direitos humanos inseridos na relação de trabalho são sociológicos, haja vista o entendimento do todo em relação aos seus próprios direitos; jurídicos uma vez que não há ordenamento ou norma que resguarde de forma efetiva

⁸ DECLARAÇÃO DA OIT SOBRE OS PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHO, 1998

Caroline Lima dos Santos e Erica Pereira Toledo tal princípio e além disso político, uma vez que o Estado não implementa medidas públicas efetivas para o seu resguardo.

Devido ao grande avanço tecnológico é visível que a falta de medidas públicas realizadas pelo governo, irão transgredir os direitos fundamentais dos direitos humanos, uma vez que o direito não acompanha com a mesma agilidade e ao mesmo tempo que avança a tecnológica, não sendo possível assim a sua efetiva adequação. Há o que se notar referente aos avanços que muito se pública e identifica que tais avanços trouxeram grande taxa de desemprego, porém os altos níveis de informalidade são exorbitantemente maiores.⁹

Em conformidade com a Organização Internacional do Trabalho a dignidade do trabalhador vai além de mera aquisição a um emprego, mas sim um trabalho decente que este possa desfrutar de uma vida digna. Comparado ao atual período onde grandes direitos foram conquistados pode-se dizer que há certo retrocesso, uma vez que a liberdade e autonomia laboral possibilidade horários de trabalho extrapolastes com a premissa de possuir trabalho informal.

4. O contrato de trabalho como garantias aos direitos fundamentais/sociais.

Parte central de toda disciplina define o conceito de contrato, em atos jurídicos, isso é um ponto pacífico. O que podemos entender que esses não poderiam negociar, dispor de garantias e direitos fundamentais.

De forma simples os contratos nada mais são do que a manifestação de vontade das partes. Se analisarmos pela ótica mercantil, poderemos concluir, que é um negócio jurídico perfeito, porém, sabemos que esse poderá apresentar defeitos durante sua vigência. Dito isso, o que podemos dizer sobre as modalidades de contratos trabalhistas que vem sendo implementadas, onde o trabalhador detém uma suposta autonomia de negociar suas condições de trabalho. No Brasil a exemplo disso foi a última reforma trabalhista, lei 13.467/17 que propiciou ao empregado negociar junto ao empregador diretamente seu contrato de trabalho, o “acordado sobre o legislado”.

Cumprir dizer que a relação contratual trabalhista, não se pode igualar com a mercantil, vez que essa visa garantir os bens essenciais à pessoa, como saúde, moradia, emprego, esse por desenvolver direito sociais, desde sua origem, deveriam passar por uma análise antes da sua aplicabilidade, a fim de assegurar os direitos fundamentais, e o empregado ante a sua insuficiência dispor de direitos que deveriam ser indisponíveis.

⁹ ILO - INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION. WHAT WORKS PROMOTING PATHWAYS TO DECENT WORK. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--dgreports/--inst/documents/publication/wcms_724049.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

Conforme já exposto, existe uma grande dificuldade em acompanhar as inovações tecnológicas, contudo, os argumentos econômicos, não deveriam ser utilizados para anular direitos, introduzir novas práticas contratuais híbridas, aumentando os contratos independentes, individuais ou outras formas atípicas de contrato, o que denotasse de grande insegurança jurídica e social.

Nesse contexto, podemos assinalar que o direito trabalhista precisará desenvolver uma gestão de risco preventiva para que a precarização que as novas tecnologias têm apresentado nas relações de trabalho não se sobreponha as garantias e direitos fundamentais.

Conclusão

Analisa-se que o referido trabalho possui os desafios de encontrar soluções tangíveis e efetivas para proteger os direitos humanos do trabalhador, resguardando a possibilidade de avanços tecnológicos, porém de forma que este avanço não fira os direitos adquiridos e essenciais dos trabalhadores e da sociedade como um todo.

Nos dias atuais, a tecnologia primeiramente é criada e utilizada para posteriormente ser estudado quais são os seus respaldos jurídicos, sociológicos e os frutos dos seus resultados. Temos como exemplo o aplicativo Uber, onde fora utilizado sem prévia análise qual seria o enquadramento da relação trabalhista do colaborador ou prestador de serviço de motorista com o referido aplicativo, onde nos dias atuais ainda não há entendimento consolidado de qual a relação correta entre as partes.

É de fundamental importância o reconhecimento que as plataformas digitais já estão absorvendo postos de trabalho, assim se faz necessário que os núcleos jurídicos analisem ou viabilizem previamente a utilização e aplicabilidade destas plataformas de modo efetivamente iniciarem seu uso a fim de assegurar e garantir os principais direitos já resguardados e adquiridos pelo trabalhador.

Conforme explanado não há a possibilidade do indivíduo se qualificar na mesma velocidade dos avanços tecnológicos, acarretando assim o grande número apresentado, e aparentemente visíveis em nossa sociedade, de desemprego e trabalhos informais, situação ao qual estagna e retroage questões dignatórias e de trabalho.

De forma a diminuir tais impactos será necessário a implementação de medidas públicas advindas do Estado de modo a incentivar a qualificação profissional. Para isso é necessário o entendimento de viabilização monetária concomitante com normas assecuratórias para assim prosseguir o sistema econômico de consumo.

Para isso possuímos três pilares essenciais necessários para os avanços orgânicos da tecnologia com as relações humanas de trabalho, a antecipação de elaboração de normas preventivas para a criação de novas tecnologias que previnem o desenvolvimento e a sua utilização inseridas nas relações de trabalho, garantias públicas assecuratórias e jurídicas, de modo a resguardar o direito do indivíduo e incentivo público de viabilização de políticas públicas educacionais de modo a qualificar melhor o indivíduo para que este tenha condição de acompanhar os avanços tecnológicos,

Tais medidas assegurarão a inserção e manutenção do indivíduo no mercado de trabalho e assim resguardar seus direitos fundamentais, possibilitando os avanços tecnológicos advindos da Quarta Revolução Industrial. Vale ressaltar que tal medida pretender prevenir os efeitos do sucateamento tanto tecnológico quanto na relação trabalhista, onde a falta de trabalho refletirá as relações sociológicas.

Por fim, entende-se que tais medidas assegurarão em um futuro próximo as garantias fundamentais dos trabalhadores possibilitando que os grandes avanços tecnológicos não sejam realizados de forma abrupta a fim de excluir as questões dignatórias das relações de trabalho.

Bibliografia

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. 5ª Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2001

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 11ª Edição. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Moderna, 2010.

FERRAJOLI, Luigi, **Dirittifondamentali – Um dibattito teórico, a cura di Ermanno Vitale**, Roma, Bari, Laterza. 2002

GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. **Direito Internacional dos Direitos Humanos Pós-1945**, 2ª Edição, São Paulo, Juruá, 2007.

HOBBS, Eric J.. **A Era das Revoluções: Europa 1789-1848**. 13ª Edição. São Paulo, Editora Paz e Terra, 2001.

ILO - INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION. **WHAT WORKS PROMOTING PATHWAYS TO DECENT WORK**. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/--inst/documents/publication/wcms_724049.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

KOWARSKI, Clarissa Maria Beatriz de Carvalho Brandão. **Direito Internacional da concorrência: o antitruste no comércio Internacional. Tese de Doutorado em Direito Internacional**. Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2010.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: São Paulo: Companhia das Letras, 2007

LEITE, L. M. L. **O Papel do Estado na promoção do Trabalho Decente e dos Objetivos de Desenvolvimento. Futuro do Trabalho no Brasil: Perspectivas e Diálogos Tripartites**, Brasil, v. 1, n. 1, p. 23-24, dez./2005.

LOBATO, Marthius Sérgio Cavalcante. **O Valor Constitucional para Efetividade dos Direitos Sociais nas Relações do Trabalho**. – São Paulo. Editora LTR.

OHCHR. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf.

O Direito Trabalhista e os Reflexos dos Direitos Humanos na Esfera da Quarta Revolução Industrial

ONU. **Carta da ONU 1945**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/>>.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo, Saraiva, 2012.

**TRABALHO ANÁLOGO À ESCRAVIDÃO NA SOCIEDADE
CONTEMPORÂNEA: ASPECTOS SOB A ÓTICA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Taísa de Sousa Ferraz¹

Resumo: O presente artigo aborda o trabalho análogo à escravidão na sociedade contemporânea, que é um tema que apresenta grandes desafios do ponto de vista social, econômico e jurídico. Apesar da abolição da escravatura ter ocorrido no Brasil em 1888, o trabalho escravo ainda é um problema presente no território brasileiro e em vários países do mundo. O que se pretende mostrar é que a escravidão moderna ocorre de maneira globalizada, e é caracterizada por tipos diferentes de exploração do trabalhador, como o trabalho forçado, a servidão por dívida, as condições degradantes, a jornada exaustiva, a exploração sexual proveniente do tráfico de pessoas, entre outros. A vulnerabilidade socioeconômica das vítimas contribui para que elas sejam o alvo de grupos criminosos que aliciam pessoas com a finalidade de exploração a um baixo custo. Além disso, a terceirização precária também se manifesta como um fator que favorece o desencadeamento de trabalho análogo à escravidão. Todo esse cenário revela uma situação de trabalho ilegal, que fere o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como viola os direitos fundamentais, os direitos humanos e o valor social do trabalho. Sendo assim, faz-se necessária uma atuação preventiva e repressiva do Estado para o efetivo combate ao trabalho análogo à escravidão na sociedade contemporânea.

Palavras-chave: Trabalho análogo à escravidão; exploração de trabalhadores; violação aos direitos fundamentais; combate ao trabalho escravo.

Abstract: This article deals with the work similar to slavery in contemporary society, which is a subject that presents great challenges from the social, economic and legal point of view. Despite the abolition of slavery in Brazil in 1888, slave labor is still a problem in Brazil and in many countries around the world. The aim is to show that modern slavery occurs in a globalized manner and is characterized by different types of worker exploitation, such as forced labor, debt bondage, degrading conditions, exhaustive working hours, sexual exploitation from trafficking of people, among others. The socioeconomic vulnerability of victims contributes to their being targeted by criminal groups that entice people for the purpose of exploitation at low cost. In addition, precarious outsourcing also manifests itself as a factor that favors the onset of slave-like labor. This whole scenario reveals an illegal work situation that violates the principle of human dignity as well as violates fundamental rights, human rights and the social value of work. Thus, a preventive and repressive action by the state is necessary for the effective fight against slavery-like work in contemporary society.

Keywords: Labor similar to slavery; exploitation of workers; violation of fundamental rights; combat to slave labor.

¹ Graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade FUMEC – Belo Horizonte/MG. Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Instituto Damásio de Direito/Faculdade Ibmecc – São Paulo/SP. Advogada. E-mail: tsferraz@hotmail.com

Introdução

Na sociedade contemporânea, observa-se que tutelar o trabalho digno tem se mostrado uma tarefa com muitos obstáculos, tendo em vista os elevados índices de trabalho análogo à escravidão, problema este que ainda está presente no Brasil. Por isso, o direito fundamental ao trabalho, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, conforme previsto no art. 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, continua a ser um tema de suma importância, que deve ser discutido e defendido por toda a coletividade.

No Brasil, a tendência à incorporação dos direitos trabalhistas emergiu com a Constituição de 1934, e foi estruturado efetivamente com a Constituição Federal de 1988 (CF/88), com o surgimento de um real Direito Constitucional do Trabalho.² Desde então, o Brasil passou a instituir direitos e garantias individuais e sociais fundamentais, além de adotar regras internacionais sobre proteção aos direitos humanos.

1. Legislação Brasileira

No ordenamento jurídico brasileiro, encontram-se diversos dispositivos legais que tutelam o trabalho digno, notadamente no art. 1º da CF/88, que dispõe sobre os fundamentos da República Federativa do Brasil e elenca a dignidade da pessoa humana (inciso III), bem como os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV). Por sua vez, o art. 3º da CF/88 prevê os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, em que se destacam: construir uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (inciso III). Já no art. 4º da CF/88, estão enumerados os princípios que regem as relações internacionais, e o inciso II assegura a prevalência dos direitos humanos. Em seguida, o consagrado art. 5º da CF/88, apresenta um rol de direitos e garantias fundamentais, sendo relevante citar o inciso III, que afirma que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. Ademais, salienta-se que o parágrafo 2º, do art. 5º, da CF/88 garante que outros direitos podem ser aplicados em virtude dos tratados internacionais em que o Brasil é signatário. Ainda no âmbito da norma constitucional, observa-se que o art. 170 da CF/88 prevê que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, com ênfase especial nos princípios da redução das desigualdades regionais e sociais (inciso VII) e da busca do pleno emprego (inciso VIII). Por fim, incumbe mencionar o art. 243 da CF/88, que dispõe que as propriedades rurais e urbanas em que forem detectadas a

² Conforme DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 64-65.

Trabalho Análogo à Escravidão na Sociedade Contemporânea: Aspectos sob a Ótica dos Direitos Fundamentais
exploração do trabalho escravo serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular.

No âmbito das normas infraconstitucionais, é importante ressaltar que o art. 149 do Código Penal Brasileiro, tipifica como crime a redução à condição análoga à de escravo. Portanto, vislumbra-se que a legislação brasileira possui diversas regras que visam a prevenção e a repressão do trabalho escravo.

2. Legislação Internacional

No plano de normas internacionais é importante citar que a Organização da Nações Unidas (ONU), desde a sua instituição (1945), tem aprovado Declarações e/ou Convenções Internacionais que também ostentam relevância para o Direito do Trabalho.³

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), é um documento marco na história dos direitos humanos. Elaborada por representantes de diferentes origens jurídicas e culturais de todas as regiões do mundo, a Declaração foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948.⁴ Por sua vez, a DUDH prevê regras que proíbem o trabalho escravo, notadamente nos artigos 4º e 5º.⁵

Outra legislação internacional que merece destaque é a Convenção nº 29 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil em 1957, que trata do trabalho forçado ou obrigatório. De acordo com o art. 2º da Convenção acima referida, ‘trabalho forçado ou obrigatório’ é o serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade.⁶

No mesmo patamar de relevância, cita-se a Convenção nº 105 da OIT, ratificada pelo Brasil em 1965, que aborda o tema da abolição do trabalho forçado.

Cabe destacar, também, a Convenção nº 189 da OIT, ratificada pelo Brasil em 2018, com entrada em vigor no dia 31/01/2019, que versa sobre trabalho decente para as trabalhadoras e os trabalhadores domésticos. Tal Convenção objetiva implementar medidas efetivas para garantir os direitos humanos e direitos fundamentais do trabalho, bem como a proteção contra abusos, assédio e violência no âmbito doméstico.

Ainda na esfera da legislação internacional, incumbe citar o Protocolo de Palermo (em vigor no Brasil desde 28 de fevereiro de 2004), que trata da prevenção e do combate ao

³ Conforme DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 67.

⁴ Dados disponíveis em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>.

⁵ Artigo 4º, DUDH: Ninguém será mantido em escravatura ou em servidão; a escravatura e o trato dos escravos, sob todas as formas, são proibidos. Artigo 5º, DUDH: Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

⁶ Art. 2º da Convenção nº 29 da OIT. Disponível em: <www.oitbrasil.org.br>.

Táisa de Sousa Ferraz
tráfico de pessoas, em especial, de mulheres e crianças, garantindo proteção às vítimas, de modo a resguardar os seus direitos fundamentais.

Diante de tais normas internacionais de proteção aos direitos fundamentais e aos direitos humanos, com ênfase na vedação ao trabalho em condições análogas à escravidão, juntamente com a legislação brasileira, verifica-se a reunião de elementos favoráveis para erradicar tais condutas criminosas e que são tão gravosas à dignidade da pessoa humana.

3. Trabalho Análogo à Escravidão no Brasil

O regime escravocrata no Brasil foi legitimamente abolido com a promulgação da Lei Áurea em 1888, porém, é inegável que na atualidade ainda subsistem situações degradantes e desumanas nas relações de trabalho, que violam os direitos fundamentais e sociais, os direitos humanos, bem como os direitos trabalhistas.

O jurista Jairo Lins de Albuquerque Sento-Sé, citado pela professora Lívia Mendes Moreira Miraglia, assim conceitua o trabalho escravo contemporâneo:

[...] trabalho escravo é aquele em que o empregador sujeita o empregado a condições de trabalho degradantes, inclusive quanto ao meio ambiente em que irá realizar sua atividade laboral, submetendo-o, em geral, a constrangimento físico e moral que vai desde a deformação do seu consentimento ao celebrar o vínculo empregatício, passando pela proibição imposta ao obreiro de resilir o vínculo quando bem entender, tudo motivado pelo interesse mesquinho de ampliar os lucros às custas da exploração do trabalhador.⁷

Nesse diapasão, o renomado sociólogo polonês Zygmunt Bauman, apresenta severa crítica em relação ao fato de o trabalhador ser tratado como mero objeto descartável:

Condições econômicas e sociais precárias treinam homens e mulheres (ou os fazem aprender pelo caminho mais difícil) a perceber o mundo como um contêiner cheio de objetos *descartáveis*, objetos para *uma só* utilização; o mundo inteiro – inclusive outros seres humanos. (...). Os mecânicos de automóveis de hoje não são treinados para consertar motores quebrados ou danificados, mas apenas para retirar e jogar fora as peças usadas ou defeituosas e substituí-las por outras novas e seladas, (...). Como na oficina mecânica, assim também na vida em geral: cada “peça” é “sobressalente” e substituível, e assim deve ser. Por que gastar tempo com consertos que consomem trabalho, se não é preciso mais que alguns momentos para jogar fora a peça danificada e colocar outra em seu lugar?⁸

⁷ MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira. *Trabalho escravo contemporâneo: conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: LTr, 2011, p. 131.

⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 186.

Dessa forma, percebe-se que as empresas buscam cada vez mais aumentar a produção e o lucro, fato este que faz crescer na mesma magnitude a precarização das condições de trabalho, de modo a violar o direito fundamental ao trabalho digno.

Gabriela Neves Delgado destaca a importância do trabalho digno:

A identidade social do homem somente será assegurada se o seu trabalho for digno. A explicação deve ser compreendida por meio da contradição permanente que se desenvolve na sociedade civil: ao mesmo tempo em que o trabalho possibilita a construção da identidade social do homem, pode também destruir a sua existência, caso não existam condições mínimas para o seu exercício.⁹

Sendo assim, o trabalho digno garante que o indivíduo possa ter uma existência digna na sociedade à luz dos direitos fundamentais e nos ditames da justiça social.

No Brasil, no período de 2003 a 2018, registra-se que 45.028 trabalhadores foram resgatados em situação de trabalho forçado.¹⁰ Porém, mesmo combatendo o trabalho análogo à escravidão, em outubro de 2016, o Brasil foi o primeiro país a ser condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), instituição judicial autônoma da Organização dos Estados Americanos (OEA), por não prevenir o trabalho escravo contemporâneo e o tráfico de pessoas.¹¹ Mesmo após essa responsabilização em âmbito internacional, o Brasil ainda figura como líder na América Latina em escravidão moderna. Segundo o Índice Global de Escravidão 2018 (em inglês: Global Slavery Index - GSI), o Brasil tem cerca de 369 mil pessoas em condições análogas à de escravo. Nesse sentido, os países latino-americanos com as maiores taxas de pessoas em situação análoga à escravidão são a Venezuela e o Haiti, ambos com uma taxa de 5,6 vítimas para cada 1 mil habitantes.¹²

Cabe salientar que o problema da escravidão contemporânea, conforme Leonardo Sakamoto¹³, abrange quatro elementos: trabalho forçado, servidão por dívida, condições degradantes e jornada exaustiva.

Nessa conjectura, ressalta-se que a vulnerabilidade socioeconômica facilita o aliciamento dos indivíduos por grupos de exploradores, de tal maneira que o trabalho escravo

⁹ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 207.

¹⁰ Conforme dados do Observatório da Erradicação do Trabalho Escravo e do Tráfico de Pessoas, disponível em: <<https://smartlabbr.org/trabalhoescravo/localidade/0?dimensao=perfilCasosTrabalhoEscravo>>.

¹¹ Dados disponíveis em: <<https://observatorio3setor.org.br/noticias/escravizados-brasil-e-lider-na-america-latina-em-escravidao-moderna/>>.

¹² Dados disponíveis em: <<https://observatorio3setor.org.br/noticias/povo-escravizado-brasil-e-lider-na-america-latina-em-escravidao-moderna/>>.

¹³ SAKAMOTO, Leonardo. “Por que o Brasil está desistindo de combater o trabalho escravo?”, in SOUZA, Adriana Augusta de Moura; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende; MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira, coordenadores. *Trabalho escravo contemporâneo – “Desafios e Perspectivas”*. São Paulo: LTr, 2018.

Taísa de Sousa Ferraz no Brasil está aliado a fatores como pobreza, desigualdade de renda, baixo nível de escolaridade, concentração da posse da terra, violência, entre outros.

Atualmente, o Brasil convive com uma dura realidade de enfrentamento ao trabalho escravo que está distribuído por todo o território nacional. De acordo com dados do Observatório da Erradicação do Trabalho Escravo e do Tráfico de Pessoas, o Pará é Estado brasileiro com maior concentração de indivíduos resgatados, contabilizando o total de 10.043 resgates. Em seguida, surge o Mato Grosso (4.394 vítimas resgatadas) e depois Goiás (3.944 trabalhadores resgatados).¹⁴ Registra-se, ainda, que quanto ao nível de escolaridade, o perfil das vítimas revela que 39% dos trabalhadores escravos no Brasil possuem até o 5º ano incompleto, 31% dos indivíduos são analfabetos, 15% possuem do 6º ao 9º ano incompleto e apenas 5% das vítimas possuem ensino fundamental completo (dados referentes aos anos de 2003 a 2018).¹⁵ Diante de tais estatísticas, verifica-se que a escolaridade é um fator protagonista perante o cenário do trabalho escravo no Brasil.

Outro fator que é relevante para o desencadeamento das situações de trabalho escravo é o fenômeno da terceirização. Leonardo Sakamoto¹⁶ assevera que a ampliação da terceirização para todas as atividades de uma empresa, é a possibilidade de usar pequenas empresas terceirizadas como um artifício usado por empresas maiores para tentar se eximir de responsabilidade pelos trabalhadores em situação análoga à de escravo.

Nessa linha de reflexão, cita-se um exemplo¹⁷ de terceirização precária vinculada ao trabalho escravo que ocorre com a migração dos bolivianos para trabalhar na indústria têxtil no Estado de São Paulo. É notório que a Bolívia é um dos países mais pobres da América Latina, então os aliciadores fazem propostas atraentes para os bolivianos que ficam encantados com a possibilidade de ter uma vida digna no Brasil. No entanto, isso configura uma armadilha que leva à exploração da mão de obra do boliviano que, além de ficar privado de sua liberdade, também passa a ter seus documentos retidos pelo empregador. Ademais, as condições de trabalho, de segurança e de higiene são precárias, entre outras ilegalidades. Tal fato demonstra uma situação de trabalho degradante, que fere a dignidade do indivíduo, o valor social do trabalho, além de violar os direitos humanos.

¹⁴ Dados disponíveis em: < <https://smartlabbr.org/trabalhoescravo/localidade/0>>.

¹⁵ Dados disponíveis em Observatório da Erradicação do Trabalho Escravo e do Tráfico de Pessoas: < <https://smartlabbr.org/trabalhoescravo/localidade/0?dimensao=perfilCasosTrabalhoEscravo>>.

¹⁶ SAKAMOTO, Leonardo. “Por que o Brasil está desistindo de combater o trabalho escravo?”, in SOUZA, Adriana Augusta de Moura; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende; MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira, coordenadores. Trabalho escravo contemporâneo – “Desafios e Perspectivas”. São Paulo: LTr, 2018.

¹⁷ Conforme TESTI, Amanda Eiras. *O trabalho análogo ao de escravos dos bolivianos no Brasil: uma breve análise acerca da ampliação da terceirização como fonte da precarização do trabalho após a Lei 13.429/2017*. Belo Horizonte: Revista Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região, v. 65, n. 99, 2019, p.165-190.

4. Trabalho Análogo à Escravidão no Âmbito Global

De acordo com dados da Assembleia Geral das Nações Unidas, em âmbito global, 40 milhões de pessoas foram vítimas da escravidão moderna em 2016, sendo que cerca de 25 milhões foram submetidas a trabalho forçado e 15 milhões foram forçadas a se casar.¹⁸ Essa estatística revela a existência de uma desigualdade mundial quando se trata de trabalho digno e da proteção aos direitos humanos, e mostra que a exploração ocorre por meio do trabalho forçado, além da exploração infantil e sexual, proveniente do tráfico de pessoas.

Na esfera global, a importação foi o principal fator da escravidão contemporânea, com os Estados Unidos figurando como maior comprador de produtos em risco de serem oriundos do trabalho forçado. Tal fato se deve ao consumismo exacerbado dos americanos em relação aos produtos eletrônicos, roupas, peixe, cacau e madeira nas categorias de maior valor de bens importados. Apesar de estar na lista dos países mais desenvolvidos do mundo, estima-se que os Estados Unidos ainda têm mais de 400.000 trabalhadores em situação de escravidão, sob a forma de trabalhado forçado.¹⁹

No ranking mundial, os dez países que lideram a escravidão moderna: são Coreia do Norte, Eritreia, Burundi, República Centro-Africana, Afeganistão, Mauritânia, Sudão do Sul, Paquistão, Camboja e Irã.²⁰ Conforme relatório do GSI²¹, a Coreia do Norte tem a maior preponderância de escravidão contemporânea no mundo, com uma em cada dez pessoas (2,6 milhões) obrigadas a trabalhar para o Estado. Salienta-se que os países que possuem regimes opressivos, estão mais propícios a impulsionar a escravidão moderna.

Por outro lado, os dez países que tomam mais medidas para combater a escravidão moderna são: Reino Unido, Holanda, Estados Unidos, Portugal, Suécia, Argentina, Bélgica, Espanha, Croácia e Austrália.²² Tais países possuem forte política de combate à escravidão, porém, são países que também têm políticas migratórias mais restritivas e discriminatórias.

Um exemplo de escravidão contemporânea na Europa é a exploração sexual forçada, que figura como a mais difundida na Alemanha. Segundo dados do governo alemão, os

¹⁸ Dados disponíveis em ONU Brasil: < <https://nacoesunidas.org/escravidao-moderna-afeta-40-milhoes-de-pessoas-mundo-trabalho-infantil-152-milhoes/>>.

¹⁹ Dados disponíveis em: < <https://www.globallslaveryindex.org/news/more-than-400000-modern-slaves-are-exploited-in-the-united-states/>>.

²⁰ Dados disponíveis em: < <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/592025-a-escravidao-moderna-ainda-acorreta-40-milhoes-de-pessoas-no-seculo-xxi>>.

²¹ Dados disponíveis em: < <https://www.globallslaveryindex.org/news/developed-nations-far-more-exposed-to-slavery-within-their-borders-than-previously-thought/>>.

²² Dados disponíveis em: < <https://www.globallslaveryindex.org/news/new-data-reveals-widespread-failure-by-governments-in-tackling-modern-slavery/>>.

Taísa de Sousa Ferraz
principais países de origem das vítimas são Bulgária, Romênia e a própria Alemanha, tendo sido registrado um aumento sensível do número de vítimas nigerianas.²³

Diante de tais exemplificações, vislumbra-se que a escravidão é um problema de dimensão global, presente em diversos países. Tal fenômeno se manifesta com a finalidade de explorar o ser humano e restringir os seus direitos fundamentais, submetendo-o a constrangimentos físicos e psicológicos, em prol da ampliação do lucro dos empresários.

5. Combate Ao Trabalho Escravo Contemporâneo

A escravidão contemporânea ainda se revela difícil de ser erradicada. Mesmo com uma legislação rigorosa, as grandes empresas persistem na exploração de trabalho forçado, desumano ou degradante, de modo a infringir as leis brasileiras e as regras internacionais.

Dessa forma, o combate à escravidão, exige uma forte fiscalização dos órgãos competentes, com a atuação dos auditores fiscais do trabalho em conjunto com o Ministério Público do Trabalho (MPT), que fica incumbido de, entre outras atribuições elencadas na Lei Complementar nº 75/1993, exercer o importante papel de promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos²⁴; bem como de instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos, sempre que cabíveis, para assegurar a observância dos direitos sociais dos trabalhadores.²⁵ Ademais, cumpre destacar que o MPT tem uma atuação respeitável no combate ao trabalho escravo contemporâneo, por meio da Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo (CONAETE).

Para combater o trabalho escravo, é necessária a atuação repressiva do Estado, bem como é importante a propagação de políticas públicas. No aspecto repressivo da escravidão, as fiscalizações realizadas pelo MPT e pelos auditores fiscais do trabalho são medidas essenciais. Além disso, a legislação brasileira determina a expropriação de terras para serem destinadas a reforma agrária, bem como prevê a concessão de seguro desemprego, amparo e proteção às vítimas expostas a situações de trabalho escravo.

No tocante às políticas públicas, é necessário abordar, sobretudo, a reinserção da vítima no mercado de trabalho, para que ela possa ter acesso ao trabalho digno, assim como resgatar sua cidadania nos ditames da justiça social. Nesse sentido, é indispensável a criação de programas sociais para o acolhimento das vítimas, e que elas sejam inseridas em cursos de alfabetização e de qualificação profissional. Também se torna imprescindível combater o

²³ Dados disponíveis em: < <https://www.dw.com/pt-br/como-a-escravid%C3%A3o-sobrevive-na-alemanha/a-45194882>>.

²⁴ Art. 83, inciso III, da Lei Complementar nº 75/1993.

²⁵ Art. 84, inciso II, da Lei Complementar nº 75/1993.

aliciamento e o tráfico de pessoas, conforme dispõe o Protocolo de Palermo, sendo que tal medida iria evitar novos casos de escravidão e contribuir para a efetiva erradicação do problema.

Nessa seara, o sociólogo espanhol Manuel Castells, ao conceder uma entrevista, destacou a importância da educação como forma de capacitar as pessoas, veja-se:

(...) a educação é decisiva para aproveitar as imensas oportunidades que a conexão permanente e o acesso a bases de dados oferecem. Isso pode se aplicar a todos os âmbitos da economia e da vida cotidiana. Mas essa mesma educação tem que mudar, isso é o mais importante, pelo fato de a educação ser, talvez, a instituição mais atrasada e conservadora em todos os países. Não se trata de educar só pela internet. Trata-se de uma educação que forme pessoas com capacidade mental autônoma de processar informação e aplicá-la a cada tarefa e projeto de vida.²⁶

Considerações Finais

O trabalho em condições análogas à de escravo ainda persiste na sociedade contemporânea, porém, com outros tipos caracterizadores de escravidão. A utilização da mão de obra escrava é um problema globalizado, que deve ser combatido e erradicado em todos os países, pois viola os direitos fundamentais, os direitos humanos e trabalhistas, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho. Sendo assim, exterminar o trabalho em condições análogas à de escravo devolve à vítima a sua liberdade, a sua existência digna e o seu direito fundamental ao trabalho digno.

Por fim, vislumbra-se que a escravidão moderna gera um prejuízo direto a toda a coletividade. Se os empregadores cumprirem a legislação brasileira e as regras da OIT, agirão com responsabilidade humanitária e social, além de proteger a sociedade trabalhadora. Ademais, contribuirão para um desenvolvimento sustentável da economia, pois o mercado não vai sofrer com a notória concorrência desleal gerada pelas empresas que utilizam mão de obra escrava.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **Trabalho escravo contemporâneo: conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: LTr, 2011.

²⁶ Entrevista com Manuel Castells disponível em: <<https://www.fronteiras.com/entrevistas/manuel-castells-a-comunicacao-em-rede-esta-revitalizando-a-democracia>>.

SAKAMOTO, Leonardo. **“Por que o Brasil está desistindo de combater o trabalho escravo?”**, in SOUZA, Adriana Augusta de Moura; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende; MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira, coordenadores. Trabalho escravo contemporâneo – “Desafios e Perspectivas”. São Paulo: LTr, 2018.

TESTI, Amanda Eiras. **O trabalho análogo ao de escravos dos bolivianos no Brasil: uma breve análise acerca da ampliação da terceirização como fonte da precarização do trabalho após a Lei 13.429/2017**. Belo Horizonte: Revista Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região, v. 65, n. 99, 2019.

CLÁUSULA DE BARREIRA NO DIREITO ELEITORAL E SUAS POLÊMICAS

Mayara de Lara Martins Carletti Lauri ¹

Resumo: O presente artigo teve como finalidade realizar uma análise acerca da “Cláusula de Barreira no Direito Eleitoral Brasileiro e suas Polêmicas”, visando discutir seus critérios, como afeta o sistema partidário, qual a proposta de reforma política aprovada no Congresso Nacional em 2017 e suas principais características com o Sistema Eleitoral da Espanha. Insta-se que embora a cláusula de barreira seja de fundamental relevância para aprimoramento da Democracia, todavia é primordial que os partidos obtenham lastro popular e desempenhem representatividade perante os cidadãos que os elegeram e não contemplem apenas grupos específicos. Nesse contexto, foi possível verificar que embora houvesse significativas mudanças com a cláusula de barreira no que refere os partidos políticos, ainda existem inúmeras controvérsias no que tange parâmetros para atingir a qualidade de nossa democracia eleitoral.

Palavras-chave: cláusula de barreira, partidos políticos, sistema eleitoral brasileiro

Introdução

Diante da crise política que o Brasil vem atravessando nos últimos tempos, mostrou-se a necessidade de uma reforma política profunda. Nesse sentido, o Senado aprovou a Proposta de Emenda à Constituição 36/16. Na Câmara, o tema vem sendo amplamente discutido em uma comissão especial, sendo um dos pontos mais polêmicos dessa reforma a “cláusula de barreira”.

Pelo fato de nosso país apresentar um número excessivo de partidos políticos, nota-se que essa aparente permissividade foi criada pela Constituição Federal de 1988, quando saímos de um regime ditatorial e os constituintes não quiseram impor nenhuma exigência quanto à representatividade e formação dos partidos no Parlamento.

Todavia, ao longo dos tempos, e com o surgimento de inúmeras agremiações começaram a aparecer sugestões para se criar a “cláusula de barreira”, como forma de coibir a proliferação de partidos.

Já a PEC 36/16 aprovada no Senado estipulou que, para ter acesso ao fundo partidário e ao tempo de rádio e TV, um partido precisaria obter, em âmbito nacional, 2% dos votos válidos, além de 2% dos votos válidos em pelo menos 14 unidades da federação, ou seja, apenas nove partidos teriam condições de ter representação no Congresso Nacional: PSDB, PMDB, PT, PSD, PSB, PDT, PP, DEM e PR.

¹ Mestranda em direito pela Universidade Nove de Julho – UNINOVE – São Paulo, Brasil. Pós-graduanda em Direito Eleitoral pela Faculdade Damásio, São Paulo, Brasil. Assessora Política do Prefeito da Cidade de Guarulhos, Estado de São Paulo, Brasil. E-mail: mayara_de_lara@hotmail.com

Cláusula De Barreira no Direito Eleitoral e Suas Polêmicas

Entre os argumentos a favor da cláusula de barreira, tem-se que um multipartidarismo exagerado, sem nenhum limite à criação de novos partidos criaria instabilidade, pois daria excessivo poder de barganha a legendas eleitorais, obrigando o Executivo a fazer concessões para poder governar.

Não obstante, outra das objeções é que a cláusula de barreira deixaria o sistema político à mercê dos grandes partidos. Além disso, a cláusula de barreira, a pretexto de combater a proliferação de legendas de aluguel, cometeria uma grande injustiça, pois retiraria do cenário político diversos partidos históricos e/ou ideológicos. Outrossim, tal mecanismo também comprometeria seriamente a representatividade e o multipartidarismo, previstos no artigo 1º da Constituição, em favor de uma promessa de estabilidade

Insta-se a cláusula de barreira no caso da Espanha, sendo o sistema eleitoral voto proporcional em lista fechada, com contagem de votos pelo sistema d'Hont, criado em 1878, o mesmo utilizado pelo Brasil para eleger deputados federais, estaduais e vereadores. Interessante ressaltar que além da lista fechada é facultativo, é que não existem eleições para o Senado, Prefeitura, Governos Estaduais e Presidência, isso porque há uma cláusula de barreira que impede o acesso ao parlamento dos partidos que recebem menos de 3% dos votos.

Diante do exposto o presente estudo problematiza: De que forma a Cláusula de Barreira no Direito Eleitoral Brasileiro pode vir a afetar o sistema partidário?

Assim diante de inúmeras discussões e polêmicas acerca dessa temática, principalmente no que refere posicionamento do legislativo e ordenamento jurídico pátrio, fica evidente que desde sua vigência – diversas foram às tentativas de sua revogação, eliminação e flexibilização.

1. Sistema Eleitoral Brasileiro

1.1 Conceito Fundamentais - Sistema Eleitoral

O sistema eleitoral constitui um conjunto de regras que define como o eleitor poderá fazer suas escolhas e de que forma os votos são contabilizados para serem transformados em mandato.

Segundo Nicolau (2010)² ressalta que tais regras tendem a impactar diretamente sobre o sistema político. Outrossim, os sistemas eleitorais abarcam considerável efeito na organização dos partidos e no comportamento dos representados e eleitores.

² NICOLAU, Jairo. Sistemas Eleitorais. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 2010.

Para o autor, existem inúmeras formas de classificação dos sistemas eleitorais, sendo o mais utilizado é o critério da fórmula eleitoral onde são divididos em representação proporcional e majoritária (NICOLAU, 2010).

No sistema majoritário os candidatos mais votados conquistam as cadeiras ou mandatos, e são organizados, a partir da maioria simples, dois turnos ou votos alternativos. Sua principal defesa é a proximidade geográfica com o eleitor. Já nos sistemas proporcionais, há uma maior diversidade política e aproveitamento dos votos não majoritários, sendo um sistema mais indicado para países com grandes clivagens étnicas, religiosa, regionais entre outros, estão divididos entre voto único transferível e sistema de lista. Existem também sistemas mistos, aos quais dividem as cadeiras entre votos majoritários e proporcionais.

Os distritos eleitorais constituem divisões territoriais que formam a unidade básica de uma eleição. É a unidade básica onde os votos são contabilizados para efeito de distribuição de cadeiras em disputa. Em geral, são estados, províncias ou regiões, possuem número de cadeiras em disputa. Em um sistema proporcional os distritos nunca são unitários, portanto, são plurinominais (NICOLAU, 2010).

Todavia, para melhor compreensão acerca do tema cláusula de barreira é preciso pensar como o sistema eleitoral afeta o sistema político, pois esse tende a afetar diretamente a fragmentação partidária e a governabilidade.

1.2 Cláusula de Barreira no Brasil

A normatização da cláusula de barreira no Direito Brasileiro teve surgimento com a Lei n. 1.164/50 a qual instituiu um novo Código Eleitoral, exigindo que os partidos mantivessem existência válida e obter, ao menos, o apoio de cinquenta mil eleitores, distribuídos por cinco ou mais circunscrições eleitorais, com o mínimo de mil eleitores em cada uma. A sanção pelo descumprimento era o cancelamento do registro (AGRA, NETO; 2017).³

Em 1965, diante do Ato Institucional n. 2 exigia a existência de cento e vinte deputados ou senadores eleitos, o que acabou por diminuir a quantidade de partidos políticos, estabelecendo um sistema bipartidário.

Com a Constituição de 1967, houve a exigência de que a agremiação obtivesse dez por cento do eleitorado votante na última eleição geral para a Câmara dos Deputados,

³ AGRA, Walber de Moura; NETO, Emiliane Priscilla Alencastro. A cláusula de barreira como instrumento de aperfeiçoamento da democracia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: <https://www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 10.out.2019.

Cláusula De Barreira no Direito Eleitoral e Suas Polêmicas distribuídos em dois terços dos Estados, com o mínimo de sete por cento em cada um deles, ou seja, dez por cento de Deputados, em, pelo menos, um terço dos Estados, e dez por cento de Senadores.

A EC n. 1/69 exigiu dos partidos a obtenção de cinco por cento do eleitorado que tivesse votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos, pelo menos, em sete Estados-membros, com o mínimo de sete por cento em cada um deles (AGRA, NETO; 2017).

Já a EC n. 11/78 exigia que os partidos obtivessem dez por cento do eleitorado que tivesse votado na última eleição geral, distribuídos em dois terços dos Estados-membros, com mínimo de sete por cento em cada um, além de dez por cento dos deputados em ao menos um terço dos Estados-membros e dez por cento dos senadores.

Em 1985, a Constituição de 1967/1969 foi alterada pela EC n. 25 que estabeleceu que não teria direito a representação no Senado e na Câmara o partido que não alcançasse apoio, expresso em votos, de três por cento do eleitorado em eleição para a Câmara em pelo menos cinco Estados-membros, com o mínimo de dois por cento do eleitorado de cada um deles. Nessa inovação, dispunha que os eleitos que não obtivessem os percentuais exigidos teriam seus mandatos preservados, desde que optassem, no prazo de sessenta dias, por qualquer partido remanescente (AGRA, NETO; 2017).

Já a Constituição de 1988 não trouxe cláusula de barreira. Todavia em 1995, o Congresso aprovou dispositivo na Lei n. 9.096, cuja cláusula de exclusão passaria a vigorar nas eleições de 2006, onde a regra condicionava que os partidos em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtivesse o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles, ou seja, o partido que não alcançasse o percentual não teria direito à indicação de titulares para as Comissões, nem direito à liderança ou cargos na Mesa Diretora, além de serem restringidos o tempo de propaganda eleitoral gratuita na mídia e acesso ao Fundo Partidário.

Todavia, o art. 13 da Lei n. 9.096/95, foi declarado, à unanimidade, inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, pois o argumento é que esse prejudicaria os partidos pequenos, a Corte Suprema entendeu que a exigência de um piso de cinco por cento de votos feriria o princípio da isonomia.

Evidencia-se que a Corte Constitucional assinalou que o modelo preconizado no Brasil não deixou espaço para atuação parlamentar das agremiações partidárias que não atingirem os percentuais exigidos, concluindo que o legislador pode estabelecer uma cláusula de desempenho que fixe, de forma proporcional, certo percentual de votação como requisito

para que o partido político tenha direito não só ao funcionamento parlamentar, mas à própria eleição de representantes, ficando, porém, assegurado a todos os partidos, com observância do princípio da igualdade de chances, o acesso aos meios e recursos necessários para competir no prélio eleitoral seguinte, incluindo o acesso ao rádio, a televisão e recursos do fundo partidário (AGRA, NETO; 2017).⁴

Em 2013, o Supremo Tribunal Federal reiterou o posicionamento pela constitucionalidade da cláusula, mencionando que: “A cláusula de barreira elege critério diferenciador de candidatos em perfeita consonância com os interesses protegidos pela Constituição”.

Já o Ministro Dias Toffoli, em 2015, quando na presidência do Tribunal Superior Eleitoral, também assinalou a constitucionalidade da adoção de cláusula de barreira, aduzindo a condição de que seja mantida a base proporcional, defendendo a instituição da cláusula de maneira gradual.

Nesse contexto, o legislador infraconstitucional instituiu algumas restrições que não podem ser classificadas como cláusula de desempenho, embora tenha o mesmo fator teológico, qual seja garantir legitimidade a representação popular (AGRA, NETO; 2017).

Importante ressaltar, que a minirreforma eleitoral de 2015, Lei n. 13.165, determinou que apenas fossem eleitos os candidatos proporcionais que obtivessem ao menos dez por cento de votos do quociente eleitoral, evitando-se, dessa forma, que candidatos sem expressão, que foram eleitos exclusivamente em virtude de uma calda eleitoral, ocupassem assento no parlamento.

Da mesma forma, o art. 7º, §1º, da Lei n. 9.096/95, sob redação conferida pela Lei n. 13.165, aumentou as exigências para o registro de partido político, ao determinar que só seja admitido o registro daquelas agremiações que tenham caráter nacional, considerando-se como tal aquele que comprove, no período de dois anos, o apoio de eleitores não filiados ao partido político, correspondente a, pelo menos, 0,5% (cinco décimos por cento) dos votos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, não computados os votos em branco e os nulos, distribuídos por um terço, ou mais, dos Estados, com um mínimo de 0,1% (um décimo por cento) do eleitorado que haja votado em cada um deles (AGRA, NETO; 2017).⁵

⁴ AGRA, Walber de Moura; NETO, Emiliane Priscilla Alencastro. A cláusula de barreira como instrumento de aperfeiçoamento da democracia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: <https://www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 10.out.2019.

⁵ AGRA, Walber de Moura; NETO, Emiliane Priscilla Alencastro. A cláusula de barreira como instrumento de aperfeiçoamento da democracia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: <https://www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 10.out.2019.

1.3 A Cláusula de Barreira e o Ordenamento Jurídico

A Problemática referente à cláusula de barreira em nosso País decorre do art.13 da lei 9.096/95 na qual partidos com um mínimo de 5% de votos apurados, não computados brancos e nulos deterão direito a funcionamento parlamentar nas respectivas casas legislativas. Olvida-se que a norma é rígida exigindo 5% de apoio mínimo para os partidos que desde sua vigência foram diversas as tentativas de eliminação, revogação e flexibilização até uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI) ajuizada no Supremo Tribunal Federal pelo Partido Comunista Brasileiro (PC do B) em 2006, no entanto, todas sem sucesso.

Na atualidade esse debate decorre pelo fato da proliferação partidária ser algo temerário, pois corrói os pilares da nova democracia brasileira, apesar do pluripartidarismo ser consagrado na Constituição o sistema majoritário proporcional, permitindo a existência de inúmeras agremiações partidárias que em determinados casos, visam apenas fraudar o quociente eleitoral que por si só deveria ser uma cláusula de barreira para partidos. Assim sendo, diante do atual momento político e econômico que vivenciamos, é primordial que se utilizem mecanismos capazes de barrar a multiplicação desenfreada de partidos, que buscam apenas interesses próprios.

Essa reflexão trouxe, inúmeros debates, uma vez, que o cidadão sobre qual candidato votou nas últimas eleições, seja deputado federal, estadual, senador, acaba por gerar impactos em diversos ramos da sociedade como, por exemplo: a saúde e educação, pois sem voz ativa desses não há como fiscalizar os feitos de seus eleitos.

Em recente consulta ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) ⁶ apontou-se a existência de 35 partidos registrados, nos quais 27 foram fundados a partir da década de 90, os quais não possuem longa história política, com uma gama de partidos que por vez confunde o eleitor com tantas siglas, sem que esses saibam se quer seu significado. A intenção do legislador constituinte, nesse sentido, foi a de democratizar o sistema de governo brasileiro, instituindo o sistema proporcional e a pluralidade partidária como forma de consagrar a democracia.

Nelson Jobim na Revisão Constitucional de 1993 apresentou um substitutivo ao Parecer nº 36 no qual se mantinha favorável a implantação da Cláusula de Barreira na Constituição, no qual sugeriu mudanças ao art. 17 §2 relativizando-o, a necessidade de o partido político comprovar o apoio de eleitores exigido em lei, visando acrescentar os §5 e

⁶ TSE – TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. TSE publica relação de partidos (2019). Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias.br>. Acesso em: 09.out.2019.

6§ ao aludido artigo nos quais viriam a rogar o seguinte: § 5º Somente terá direito a representação na Câmara dos Deputados o partido que obtiver o apoio mínimo de cinco por cento dos votos válidos, excluídos os brancos e os nulos, apurados em eleição geral e distribuídos em pelo menos um terço dos Estados, atingindo dois por cento em cada um deles. § 6º Somente o partido que cumprir o disposto no parágrafo anterior poderá registrar candidato a Presidente da República. O Substitutivo datava-se de 1994, e na época não houve consenso por parte dos parlamentares, capaz de aprovar a emenda constitucional (SENADO FEDERAL. PARECER n. 36/1994).⁷

1.4 Da Reforma Política na Câmara dos Deputados

O projeto que visa criar o denominado “Distritão” proposto pelo Deputado Vicente Cândido (PT-SP) cria um fundo de financiamento de campanhas, de R\$ 3,5 Bilhões de reais, em resposta a vedação de doações de pessoas jurídicas no julgamento da ADI 4650 do Supremo Tribunal Federal (SOUZA, 2017).⁸

Nesse novo modelo, serão eleitos os mais votados, no qual cada Estado ou Município vira um distrito eleitoral, ao qual possui similaridade com o modelo distrital alemão, no qual não leva em consideração aspectos culturais e sociológicos de ambos os países. Ressalta-se que tal modelo deva incorrer de maiores estudos e seus impactos, haja vista, as proporcionalidades territoriais de nosso país, além do contexto atual de crise e desemprego pelo qual passamos. A aprovação do projeto consiste ainda, no equilíbrio federativo no qual a atual Constituição Brasileira, prevê que nenhum estado terá menos que 8 deputados ou mais que 70, pois correríamos o risco de um desequilíbrio entre os entes federados. Por esse motivo a cláusula de barreira se faz necessária, para que os partidos tenham representatividade em igualdade de condições.

Já a criação de um novo fundo é temerária, pois sem nenhuma fiscalização haveria um descompasso com os ideais da sociedade. Todavia, se fosse criada uma Lei na qual o dinheiro, tanto de pessoas jurídicas como físicas, tivesse um teto fixado de valores e regras para fiscalização e auditoria, poderia se repensar sobre um começo, visto que tanto o cidadão

⁷ SENADO FEDERAL. Parecer n. 36/1994. Dispõe sobre o art. 17 da Constituição Federal de 1988 e sua revisão constitucional. Relator: Deputado Nelson Jobim. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/baseshist/asp/detalheDocumento.asp?codBase=6&codDocumento=29897&sgBase=REVI&q=C1%C3%A1usula+de+Barreira> acesso em: 12 jul. 2017.

⁸ SOUZA, Antônio Gabriel Oliveira. Sistemas Eleitorais e a Reforma Política (2017). Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI266521,101048-Sistemas+eleitorais+e+a+reforma+politica>. Acesso em: 11.out.2019.

Cláusula De Barreira no Direito Eleitoral e Suas Polêmicas
como o empresário, não teria tolhido seu direito de votar ou ajudar financeiramente o partido
que o representa (SOUZA, 2017).⁹

Outro fato, é que a decisão do Supremo Tribunal Federal, que proibiu o financiamento, de campanhas por pessoas jurídicas, apesar de ser inovador, trouxe entraves sobre a existência dos partidos nas eleições, pois sem financiamento, não há campanha. Nessa toada é primordial que se tenha consenso entre a sociedade e a classe política de no máximo 10% de doações legais de pessoas físicas via L.R por exemplo ou se cria um fundo legalizado de recursos, para evitar à bancarrota eleitoral.

1.5 Projetos de lei de iniciativa popular e a minirreforma eleitoral lei 13.165/2015

Na atualidade temos projetos de lei que merecem grande destaque, em especial aqueles onde o eleitor via redes sociais ou aplicativos permite, que ele assine digitalmente projetos de lei de forma rápida e segura (SOUZA, 2017).

Por exemplo, a proposta de lei de iniciativa popular denominada, ‘Voto Limpo’ idealizado pelo ex-juiz federal, Marlon Reis, é um dos projetos que estão na plataforma online, pois pede a cassação de parlamentar que angariar compra de votos ou apoio político, conforme expresso no art. 41-B a lei 9.504/97 que viria a rogar seguinte redação:

“Constitui ato de corrupção eleitoral, captar apoio político, a qualquer tempo, por meio de doação promessa, entrega ou oferta de bem ou vantagem econômica, sujeitando-se o infrator a pena de indeferimento do registro ou cassação diploma e todos os envolvidos a multa em valor correspondente ao dobro dos valores movimentados, observados o procedimento previsto no art. 22 da LC nº 64, de 18 de maio de 1990”

Evidencia-se que esse projeto se iniciou em decorrência do grande esquema corruptivo, apurado na Operação Lava Jato, onde parlamentares desviaram dinheiro para compra de apoio político e pagamento de líderes locais em troca de apoio, fragilizando a representação política do cidadão. Outro projeto que idealizado é o do Movimento Transparência Partidária, no qual o cidadão participaria dos pleitos eleitorais e fiscalizaria os recursos públicos, além de se ter uma renovação constante entre as direções dos partidos para se evitar concentração de poder.

1.6 Minirreforma Eleitoral Lei 13.165/2015

Sancionada em 27 de outubro de 2016, a Reforma Eleitoral, trouxe inúmeras mudanças no Código Eleitoral: Cassação de registro: O art. 28 §4 do Código Eleitoral, agora

⁹ SOUZA, Antônio Gabriel Oliveira. Sistemas Eleitorais e a Reforma Política (2017). Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI266521,101048-Sistemas+eleitorais+e+a+reforma+politica>. Acesso em: 11.out.2019.

prevê que as decisões do TRE'S que importem em cassação de registro, anulação geral de eleições, ou perda de diplomas, somente poderão ser tomadas com a presença de todos os seus membros e o §5 que em casos de impedimento de algum juiz, se convocará o suplente da mesma classe.

Outra novidade foi a do §7 do mesmo artigo, no qual valores do fundo partidário, poderão ser acumulados de acordo com as diretrizes da secretaria da mulher ou da fundação de pesquisa e de doutrinação e educação política; no qual poderão ser cumulados em diferentes exercícios, desde que em contas bancárias específicas para utilização de candidatas a campanhas eleitorais do partido, constituindo um avanço no que tange a participação e promoção feminina na política.

Vedação de doações de pessoas jurídicas nas eleições: A lei das eleições (lei nº 9.504/97) não prevê mais as doações de pessoas jurídicas, ou seja, segundo a legislação somente serão admitidos, recursos próprios dos candidatos doações financeiras, ou estimáveis em dinheiro de pessoas físicas, sendo aceitos recursos próprios das agremiações partidárias seja via fundo partidário doações de pessoas físicas efetuadas diretamente ao partido, comercialização de bens, serviços ou promoção de eventos de arrecadação, desde que seja identificada a sua origem; a legislação ainda estabelece que as legendas não poderão transferir para os candidatos, recursos de pessoas jurídicas ou utilizar seja direta ou indiretamente, posição também fixada no julgamento da (ADI 4650) .

Outrossim, o art. 18 da Resolução nº 23.463/2015, previu a possibilidade de pessoas físicas, realizarem o financiamento de campanhas eleitorais, o dispositivo destaca duas possibilidades, de se efetivar a doação ao partido. Seja via transferência bancária com identificação do CPF do doador, ou pela cessão ou doação de bens estimáveis em dinheiro, do doador devendo o mesmo, demonstrar que é proprietário do bem ou responsável direto algo inovador no qual o cidadão pode escolher o partido que sente legitimamente representado, e realizar doações a fim de se ver representado.

Considerações Finais

Ao término desse estudo foi possível verificar que embora houvesse significativas mudanças com a cláusula de barreira no que refere os partidos políticos, ainda existem inúmeras controvérsias, que atingem a qualidade de nossa democracia eleitoral. Outrossim, observa-se ainda que essas mudanças ocorreram no sistema partidário, porém, não refletiram maior proximidade entre representantes e seus eleitores. Neste contexto ainda é vista como um mecanismo de consolidação dos partidos políticos majoritários.

Cláusula De Barreira no Direito Eleitoral e Suas Polêmicas

Tal fato ficou evidente, uma vez nas eleições de 2017, os partidos deveriam ter alcançado uma bancada de pelo menos 9 deputados em 9 estados ou um mínimo de 1,5% dos votos, o que não ocorreu, pois, cinco partidos não alcançaram a cláusula e não conseguiram eleger nenhum deputado. Conclui-se que a emenda prevê uma restrição ainda maior nas próximas eleições, o que deixará partidos de menor porte fora da disputa.

Referências

AGRA, Walber de Moura; NETO, Emiliane Priscilla Alencastro. A cláusula de barreira como instrumento de aperfeiçoamento da democracia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: <https://www.univali.br/direitopolitica>. Acesso em: 10.out.2019.

NICOLAU, Jairo. Sistemas Eleitorais. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 2010.

SENADO FEDERAL. Parecer n. 36/1994. Dispõe sobre o art. 17 da Constituição Federal de 1988 e sua revisão constitucional. Relator: Deputado Nelson Jobim. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/baseshist/asp/detalheDocumento.asp?codBase=6&codDocumento=29897&sgBase=REVI&q=C1%C3%A1usula+de+Barreira> acesso em: 12 jul. 2017.

SOUZA, Antônio Gabriel Oliveira. Sistemas Eleitorais e a Reforma Política (2017). Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI266521,101048-Sistemas+eleitorais+e+a+reforma+politica>. Acesso em: 11.out.2019.

TSE – TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. TSE publica relação de partidos (2019). Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias.br>. Acesso em: 09.out.2019.

MIGRATION FLOWS AND THE BASIC CATEGORIES OF REFUGEES: THE IMPORTANCE OF INTERNATIONAL LAW PROTECTION

Thiago Giovanni Romero¹

Catharina Libório Ribeiro Simões²

Abstract: This article aims to address the new categories of refugees, “economic refugees” and “environmental refugees.” It consists in a dialogue search of these new categories about the guardianship system and refugee protection on international level, according to the 1951 Convention of Refugees and the Additional Protocol on the same subject in 1967. It will address the need for refugee legal concept enlargement, viewing new factual and social realities in the economic and climate change. The issue justification is in defining the approach brought by the 1951 Refugee Convention not to be extended to new categories, which are on the margins of human rights international protection. It was chosen to work in the construction of a deductive method, through literature review. Therefore, given the growth of migration flows across borders, the economic and “environmental refugees” must have minimum guarantees, supported by the human rights protection system.

Keywords: refugees; economic refugees; environmental refugees; human rights.

Introduction

In recent years, we are following the issue of human migrations and the discussion of the pertaining international law through international organizations. A particular kind of migration flows is here in dealt with, that spurred by climate change and economic disorder. These people, for international law, cross the borders of their original States seeking new horizons and guarantees, and are called refugees. In its classic concept, refugees are people who flee their homeland because of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.

As already implied, this article aims to address the emergence of new categories of refugees: “the economic and environmental refugees.” This due to the fact that the study of disintegration of countries and economic systems directly caused by climate change became a contemporary theme. It is worth pointing out that the movement of people across borders is a constant in the history of humanity; there have been reports of individuals who were journeying across States or territories because of various reasons, economic, personal, ideological slant or Security. Also, it is paramount to point out that refugees are treated as a threat by the internal States policies. However, arguably, those are protected by rights and

¹ Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP), Franca, Brasil. Email: thiago.romero@live.com.

² Mestranda no Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo (IRI/USP), São Paulo, Brasil. Email: catharinaliborio@usp.br.

guarantees inherent to the human condition, that is, the international human rights system urges for their protection.

The issue of the economic and “environmental refugee” is relevant because the classical concept of refugee contemplated by the 1951 Refugee Convention and its Additional Protocol does not address the above mentioned category of refugees. Therefore, there is a pressing need for these new categories of refugees to be singled out and inserted in the international legal corpus. The rationale for the admission of the category of “environmental refugees” is supported by perceivable climate change, the rampant use of natural resources and, especially, by the first refugee claim formulated to Supreme Court of Justice of New Zealand, pleading the refugee status for a national of Kiribati considering the various climate liabilities of that archipelago, which is believed to have covered by seawater over the next 40 years. As for the “economic refugees”, they would be those who could, at least in theory, remain in their countries of origin, but, dissatisfied with the local array of economic and/or survival opportunities, move to another region, in search of better life prospects or mere basic means of living (COSELLA, 2001, p. 24).

We are facing a new perspective on refugees on the international stage, where a lacking of definition both conceptual and legal is perceptible. In such perspective, both are necessary: a new cooperative tools which could optimize fundamental rights and positive economic outlooks for populations of countries suffering from major environmental danger and/or economic instability; and optimized humanitarian laws in countries seen as destination for populations in danger due to either climate change or lack of economic opportunities. In this work, we aim to discuss the classical definition of refugees, and advocate the importance of building a conceptual expansion representing the new categories: economic and “environmental refugees”.

1. The International Protection of Human Rights

Evolutionarily, when dealing with human rights protection, we remember the teachings of Hannah Arendt (1979, p. 23), that is to say, that human rights are not a given, but a human invention in a constant process of construction and reconstruction. There is little doubt about the rise of human rights internationalization, particularly from the end of the World War II, which shaped up the profile of the international protection system.

The UN General Assembly in 1948 has drafted the Universal Declaration of Human Rights, in so doing it introduced a contemporary conception of human rights, coated with

Thiago Giovanni Romero and Catharina Libório Ribeiro Simões features of universality and indivisibility. The advent of the 1948 Declaration defines the beginning of international law on human rights, that is, a process of true universalization for the formation of an international protection system, supported by the United Nations. In this context, the issue of refugees must be addressed subsidiarily to the field of human rights, since there is an interrelation between the right to refuge and the preservation of human life, expressed in the Declaration of 1948. It is remarkable as well that the system of protection for human rights is affected by international treaties, based on an ethical and security consensus shared by States. Therefore, the increasing participation of States parties in these treaties sets up a degree of alignment for the preservation of human life through human rights (PIOVESAN, 2001, p. 2).

Snapping up what was exposed by Trindade, Piovesan (2001, p. 4) mentions that the "international rights contained in human rights treaties just come to enhance and strengthen, never restrict or undermine, the protection degree of the rights enshrined in the constitutional legal plan" (author's translation). In this sense it is fair to conclude that international mechanisms for human rights protection require from States parties a redefinition within the concept of citizenship. After all, the State that ratifies an international treaty on human rights should maintain a parallel dialogue with its domestic legislation, in order to prevent contradictions that may harm the fundamental rights and guarantees of its own people, in regard of a better operation of the system of international protection.

On classical doctrine, it is noticeable the existence of three strands which assist the international protection of human rights: Human Rights, Humanitarian Law, and Refugee Law. However, this vision is currently segmented into disuse, as if seeking to extend the warranty standards to ensure the rights inherent to individual humans in all fields (TRINDADE; PEYTRIGNET; SANTIAGO, 1996, p. 30).

International Law is capable of ensuring the protection of human rights, in the internal and global environment, to every human being. In particular, it is remarkable that the security of the refugee law does not apply to all men, since it requires proof of extraordinary circumstances (SAADEH; EGUCHI, 1998).

Therefore, in a contemporary vision, the for respect human rights and abidance by, humanitarian law and refugee law are fundamental intertwined elements, existing within the system of international protection, seeking to establish a core guarantor: preservation of human life through ensuring fundamental rights of subsistence. As mentions Cançado Trindade (1997, p. 112, author's translation): "the human being passes to occupy, in our days, the corresponding central position, as both domestic and international law."

Under international law, the Universal Declaration of human rights of 1948, in its article 14 demonstrates the link between the institutes of asylum and refuge in "every person, in case of persecution, has the right to seek and enjoy asylum in another country.

However, Article 1 of the 1951 Refugee Convention wedges a more specific definition than that of the Universal Declaration of Human Rights of 1948, targeting a limitation to apply the characteristics of refugees only to the people who fear being persecuted for reasons of race, religion, nationality, social group or political opinion, when outside their country of origin and who cannot or will not avail themselves of the protection of such country. However, after the advent of an international instrument on the issue of refugees, the criticism concerns the time limitation that the Statute provides refugees with effect from January 1, 1951; the protagonists were the people that moved between the borders by force of Second World War (PINTO, 2009).

As mentioned above, the definition laid down by the 1951 Refugee Convention presented in addition to the temporal limitation, a geographical limitation, namely, it was supposedly restricted only to the context of recent events in Europe, post Second World War. Regarding the temporal limitation, we note that a change happened with the ratification and introduction of the Additional Protocol of 1967 relating to the status of refugees, which adjourned its use on the new population movements between countries. According to Pinto (2009), in 1960, there was a sharp growth in the flows of people, of which the process of decolonization of the African continent is an example, and this being the kickoff for the perception by the international community of its inability to understand that these people were then in need for international protection.

It appears that the members of these migration flow, to be supported by other countries, needed to meet the requirements imposed by the legal framework on refugees, according to article 1 of the Geneva Convention of 1951 (2001, p. 17-26). However, the new categories of economic and environmental refugees are not contemplated by this procedures, hence the importance of a broadening of the concept of refugee, so that these new category of refugees have their fundamental rights guaranteed through a legal instrument (status of refugees and the additional protocol). A broader view of the concepts brought by leading qualifications regarding refugees, the Geneva Convention of 1951 and Additional Protocols becomes indisputable, in the face of climatic factors, and the phenomenon of economic globalization. In this segment, we check the relevance of defending an extension of concepts on the basis of the Organization of African Unity Convention of 1969 and the Cartagena

Thiago Giovanni Romero and Catharina Libório Ribeiro Simões
Declaration of 1984, which added in their legal text other forms of persecution, such as: external aggression, occupation, foreign domination and events seriously disturbing public order (PINTO, 2009).

We have seen that the Cartagena Declaration and the Convention of the Organization of African Unity are pioneers on minimum rights to those who leave their home countries in search of a better life. These instruments are proof that recognition of new categories of refugees must not be merely found on fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinions, as has the 1951 Refugee Convention and its additional protocol.

2. The “Economic Refugees” and “Environmental Refugees”

The migratory flow of people across borders is common place at various times in history and are thus caused by a variety of factors, such as economic necessity, flight from armed conflicts, or even by persecution due to ideology (SOUSA; BENTO, 2013, p. 25).

Nowadays, it is difficult to differentiate the *status* of refugees and that of economic migrants, due to a general perception that there might be various violations to third generation rights, such as economic, social and cultural rights. It is known that these rights were long considered by States and international actors as mere aspirations and not human rights in their own right, according Liliana Jubilut and Silvia Apolynário (2010, p. 288).

For sure, before the growth of these new flows of migrants in search for guarantee of fundamental rights, the status of Refugees of 1951, brings in article 1 the definition of who is considered a refugee. According to Sousa and Bento (2013, p. 14), this definition given by article 1 of the Refugee Status is not able to fit in the new categories of people who leave their home countries, since this concept covers strictly those who in fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, social group or political opinions, not covering other motivations related directly to issues involving human rights of third generation, such as economic rights, access to health, water and education, to name a few.

The “economic refugees,” according to the definition of Paulo Borba Cosella (2001, p. 24, author's translation) is anyone who "sees himself faced with the total impossibility to satisfy its needs in the country which is vital. Paradoxically, the economic drive for a better life is what prods the economic refugee to leave their homeland, where they lack possibilities to exert such drive and are then thus driven out, searching for new economic spaces that might grant better opportunities to such economic drive thwarted by their origin country situation. Thus, reasons abound to the recognition of “economic refugees” as such, as individuals deprived of economic and social rights, human rights thesaurus, who has a right to accede better life standard and guarantees.

We conclude that the Refugee Convention does not support its crisp text in new categories of people, but that arguably need the international protection of their fundamental rights, as their countries of origin do not provide decent conditions subsist. Soon, these people except through the help of other countries in the implementation of human rights, which are the protagonists.

3. The “Environmental Refugees”

The terminology employed in the present article, "environmental refugee," appeared in 1970, through research developed by Lester Brown, a researcher at the World Watch Institute. In this study, Lester Brown releases an alarming warning to the international community, claiming that shortly, the populations of island countries could be forced to leave their homes, their countries due to sea level rise.

According to Marilu Dicher (2013, p. 2) a definition about who are the “environmental refugees” is a complex task, since it is important to settle the circumstances for which these people should be framed in this category, enabling the processes of identification and classification. In this respect, the concept coined by Essam El-Hinnawi (1985, author's translation) states that environmental refugees are “people who run away or leave your homeland as a function of life and security threats caused by environment, among them any physical, chemical and biological changes in the ecosystems or directly on natural resources that transform making an improper environment to maintain or reproduce human life.” The emergency of this category of refugees was effected due to drastic changes in the environment balance, it is since essential to the recognition and justification of causes for this type of migratory flow, which has been classified in three modes: natural, unnatural and provoked by person (SOUZA; MARQUES, 2013, p. 21).

Regarding the unnatural environmental disorder those are events that occur in their usual way, but whose effects are exacerbated by human intervention in the most diverse ecosystems (JACOBSON, 1998, p. 16). The disturbance caused by person consists in events that can be assigned exclusively to the activity of mankind on the planet (SOUZA; MARQUES, 2013, p. 26).

As briefly exposed, a significant group of scholars and researchers on the theme fans in favor of the recognition of the new category of "environmental refugee," even though the definition of such category moves away from the refugee definition lists in the 1951 Refugee Convention and its additional protocol of 1967, which founds the conceptualization of

Thiago Giovanni Romero and Catharina Libório Ribeiro Simões refugees on fears of persecution, inherent in the classical definition, associated with a pursuit is held by a State agent or a dominant regional group, under the definition employed by the African Union.

In this sense, there is no way to frame the terminology "environmental refugee" directly within the classical category, namely, protective instruments of international law in force, due to the absence of elements: founded fear of persecution; extraterritoriality (offset within the borders of the refugee's country), and the single factor, that of a person person who needs protection. The acceptance of the nomenclature "environmental refugees" by the international community is still shy, the subject has great social, political and economic value though, since for example, the International Organization for Estimated Migrations, in the year of 2009, avows that number of "refugees" for environmental *status* could reach around 200 million to 1 billion people in 2050 (IOM, 2009, p. 5)."

In the year 2013, a citizen of Kiribati wishing to move to New Zealand, distributed a lawsuit requesting refuge to the New Zealand Court, grounding his plead on his condition of "environmental refugee." New Zealand Court's response was to deny the request, justifying that there is no prevision in the international and national legal system for environmental refugee (DONNER, 2014, p. 334).

The case of Kiribati became an international landmark, specifically for demonstrating a tendency in the judiciary system of countries concerning recognition of the category of "environmental refugees". Thus, even with the denial of the plead, this request drew the attention of the media and international public opinion, causing the States and its authorities to consider positioning themselves about what happened in this case and its offshoots. In recent years Kiribati has been suffering from constant flooding, which forced its inhabitants to relocate to the main island of the archipelago, which soon settled a crisis of overpopulation, leading to the potable water pollution, reduction of quality of life and health, as well as a downsizing in the life expectancy of the population. Associated with this problem, the population of Kiribati began to live with the possibility of being forced to leave their homes due to the rising of sea level and increasing environmental degradation (GORAL, 2014, p. 14).

Therefore, the inhabitants of the islands of Kiribati are possible examples, real ones that migrants could be considered "environmental refugees", since they seek in other territories environmental safety and improvement in quality of life. As already mentioned, the concept of "environmental refugees" must be extended to contemplate new migratory movements, in particular those on account of climate change, which has caused significant impacts around the World (PINTO, 2009, p. 12). Moreover, the same impairment occurs about the classification of the "economic refugees", namely, that the classical concept of

refugee demands expansion, in view of the growing number of refugees who leave their countries of origin because of natural tragedies in search of rights assurance and guarantees, including the right to material survival and economic opportunity.

Conclusion

This article aims to bring the relevance on recognition of new refugee categories: economic and "environmental refugees." This is because the definition expressed in the legal framework on refugees states only about forced migratory flow between the borders, per criterion of persecution. To treat the theme of migration, within the limits of this research, it became clear that these were influenced by economic and environmental factors, generating debate about the expansion of the legal concept of refugee, i.e., spend to adopt a definition of the legal categories of "economic refugees" and "environmental refugees" and protection by international law.

It is known that the Institute's study of refuge became essential to demonstrate the evolution on the displacement of population throughout the history of humanity, as well as, questioning what the next steps that this Institute could trace to, effectively, continue to guarantee rights are. Remembering that the concept of the refuge has suffered over the years three magnifications. The first of them, initially, brought the international coding about who would be considered refugees, it was Europeans who were fleeing their countries of origin during the second world war, because they were being persecuted on account of their religion, race, nationality, political opinions and even, belonging to social groups. Then, the additional 1967 Protocol removed the temporal and regional Convention but promoted the maintenance of the characteristics concerning the allocation of refugee status. In a third moment, for compliance and concern of some regional organizations, there was an adaptation to the classic concept of the refuge, that because of the reality experienced by the world, but you can tell that this expansion has a range regional purposes and not always had reception. In this context, the so-called "economic refugees" and "environmental refugees" hardly will fall in the traditional definition, which no longer represents the confines of what occurred post World War II, and other international measures for its protection, that is, an extension of the classical concept of the Institute of the refuge.

The new categories deserve highlight, as the new flows are results of the rampant use of natural resources and climatic conditions, as well as the lack of economic support in the countries. To achieve the extension of the concept of refugee, it is necessary to balance the

Thiago Giovani Romero and Catharina Libório Ribeiro Simões legislation with the current reality of migration flows. Therefore, the *status* of economic and “environmental refugees,” arguably, deserves to be included in the Statute, in order to attend minimum rights inherent to man, as he preaches the international system of protection of the rights humans. It can be seen that the Geneva Convention should have a new additional protocol, covering economic and “environmental refugees,” aimed at providing an international recognition of support and solidarity. In other words, it is necessary a legal recognition of the current situation of these people, so they are considered refugees by international law.

Reference

ACNUR. *Convenção da Organização de Unidade Africana*, Cartagena, Colômbia, entre 19 e 22 de Novembro de 1984. A: <http://goo.gl/ZPbVzh>. Access in: 23 jun. 2019.

_____. *Declaração de Cartagena*. Available at: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf?view=1>. Access in: 23 jun. 2019.

CLARO, Caroline de Abreu Batista. *O aporte jurídico do direito dos refugiados e a proteção internacional dos “refugiados ambientais”*. In RAMOS, Andre de Carvalho, RODRIGUES, Gilberto e ALMEIDA, Guilherme Assis (org). 60 Anos de ACNUR: perspectivas de futuro. Sao Paulo, 2011.

COSELLA, Paulo Borba. *Refugiados: conceito e extensão*, IN: O Direito internacional dos Refugiados: Uma perspectiva Brasileira, Coordenadores: Nadia de Araujo e Guilherme Assis de Almeida. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

CUNHA, Ana Paula da. *O direito internacional dos refugiados em xeque: refugiados ambientais e econômicos*. Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v.8, n.8, jul/dez. 2008.

DICHER, Marili. *O termo “refugiado ambiental” e a problemática de sua definição*. 2013. Available at: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=dbe1a0a2c9bd9241>>. Access in: 23 jun. 2019.

DONNER; Simon. *Obstacles to climate change adaptation decisions: a case study of sea-level rise and coastal protection measures in Kiribati*. Sustainability Science 3, pp. 331-345, 2014.

EL-HINNAWI, Essam. *Environmental Refugees*. United Nations Environmental Program, Nairobi, 1985.

GORAL, Lana. *Climate Change and State Responsibility – Migration as a Remedy?* 2014.75f. Tese (Mestrado em Direito) – LundUniversity, 2014.

INTERNACIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. *Migration, Environment and Climate Change: assessing the evidence*. Geneva: IOM, 2009.

JACOBSON, Jodi L. *Environmental Refugees: a yardstick of habitability*. Worldwatch Paper 86. Washington, D.C.: Worldwatch Institute, 1998.

JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci. *A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração*. Revista de Direito GV, São Paulo, p. 275-294, jan-jun 2010.

PINTO, Anne Fernanda Rocha da Silva. *Refugiados ambientais*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 71, dez 2009. Available at: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6845>. Access in: 19 jun 2019.

PIOVESAN, Flávia Cristina. *Sistema internacional de direitos humanos*. I Colóquio Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, Brasil, 2001. Available at: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a_pdf/piovesan_sip.pdf>. Access in: 21 jun 2018.

SOUSA, Mônica Teresa Costa; BENTO, Leonardo Valles. *Refugiados econômicos e a questão do direito ao desenvolvimento*. *CosmopolitanLawJournal*, v. 1, n. 1, dez. 2013.

SOUZA, Carlos Eduardo Silva e; MARQUES, Taiana Cristina Marques. *Refugiados ambientais: realidade vivenciada e proteção necessária no cenário das mudanças climáticas*. *Revista Jurídica da Unic: Emam* - v. 1 - n. 1 - jul./dez. 2013. Available at: <http://emam.org.br/arquivo/documentos/a531c7cd-28a5-4552-8e62-999509e7ab91.pdf>. Access in: 21 jun. 2019.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. 1. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

_____; PEYTRIGNET, Gérald; SANTIAGO, Jaime Ruiz. *The three aspects of the international protection of human rights*. San José of Costa Rica: IIDH, International Committee of the Red Cross, the United Nations High Commissioner for refugees, 1996. Available at: <http://www.icrc.org/web/by-sitepor0.nsf/iwpList104/9A61705B9AD3183303256E7E00617187/>. Access in: 23 Jun 2019.

LAJE: INOVAÇÃO FUNDAMENTAL NA ORDEM JURÍDICA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Vito Francisco Giacon de Laurentis¹

Resumo: Este estudo convida à reflexão voltada à interpretação científica do incipiente fenômeno brasileiro do direito real de laje, distinto da propriedade sobre o solo e acessões, notadamente em vista do reconhecimento constitucional angariado na ordem jurídica interna para além de direitos reais, com aptidão ao fomento ordenado do desenvolvimento urbanístico, liberdade individual e igualdade material, *a fortiori* na qualidade de instrumento de regularização fundiária a ensejar equidade social de acesso à moradia, direitos fundamentais à expressão da personalidade em dignidade da pessoa humana, com evolução em âmbitos individual, social e econômico, indelével aos olhos da comunidade política internacional em matéria de direitos humanos.

Palavras-Chave: Direito real de laje; Superfícies solo cedit; Direito fundamental; Direitos humanos; Efeito Cliquet.

Abstract: This essay invites to the reflection on scientific interpretation of the Brazilian phenomenon brand new real estate right of attic or basement – literally nominated floor or roof slab – other than property over soil and its incorporating real estate, notably in view of its raised constitutional recognition in the legal system of Brazil beyond the framework of real estate rights, capable of fostering orderly urban development, civil rights as well as material equality moreover as land regularization instrument in order to permit social justice in regard to access to a living, fundamental rights to express personality in dignity of human person with evolution in individual, social and economic fields, indelible to the eyes of the international political community in matter of human rights.

Keywords: 'Lodge'; Real estate right of slab; Fundamental rights; Human rights; Cliquet Effect.

¹ *Master of Business Administration* pela Universidade Católica Portuguesa no Porto, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Universidade Católica de Angola, com alto patrocínio das Repúblicas Portuguesa, Federativa do Brasil e de Angola, internacionalmente acreditado pela AMBA e EFMD-EQUIS. Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. Bacharel em Direito, graduado com ênfase em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Civil e Empresarial e pós-graduando em Direito Notarial e Registral pela Faculdade Damásio. Extensões em diversas áreas acadêmicas, certificadas por renomadas instituições de ensino. Autor. *E-mail:* vitololaurentis@gmail.com.

Introdução

Em 22 de dezembro de 2016, o direito real de laje foi criado na ordem jurídica brasileira pela adoção da Medida Provisória nº 759, “inserido no rol do art. 1.225 do Código Civil de 2002, denominado Direito de Laje, sobremaneira útil à regularização fundiária de favelas”²³⁶, comunidades muito humildes sem infraestrutura básica comuns no Brasil²³⁷, a fim de:

[...] regulamentar a realidade social urbanística brasileira, conferindo, de alguma forma, dignidade à situação de inúmeras famílias carentes que vivem alijadas de uma proteção específica, dando maior concretude ao direito constitucional à moradia.²³⁸

Prorrogada a eficácia com lastro nos artigos 59, incisos III e V e 62, *caput* e §§ 3º, 4º, 7º e 12, da Constituição da República, o texto da Medida Provisória nº 759 foi aprovado com alterações em conversão à Lei nº 13.465, em 11 de julho de 2017, sob crivo do devido processo legislativo, com exame prévio de pressupostos constitucionais, controle de constitucionalidade, justiça e legalidade e demais deliberações de mérito em ambas as casas legislativas do Congresso Nacional, referendando com pormenores a relevância do direito real de laje²³⁹.

Naturalmente, a inovação na ordem jurídica reacende debates acadêmicos, em estímulo à maiêutica com vasta gama de proposições, convergências, dissidências, divergências, celeumas e demais manifestações orientadas à ciência da verdade, campo fértil em cujo solo é lançada a

²³⁶ BRASIL. Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 759, de 22 de dezembro de 2016. P.10.

²³⁷ FARIAS, Cristiano; EL DEBS, Martha; DIAS, Wagner. **Direito de Laje: do puxadinho à digna moradia**. 3. ed. rev. atual e ampl. Salvador. Ed. JusPodivm, 2019. P. 27: “Segundo dados oficiais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), mais de 11 milhões de pessoas (6% da população do País) vivem em mais de 6 mil favelas, espalhadas pelas urbes brasileiras, [...] Já em 1909, um periódico no Rio de Janeiro (‘Caretá’) utilizou, pela primeira vez escrita, a expressão ‘favela’ para aludir àquele fenômeno de aglomerados de construções detectadas na paisagem cultural e arquitetônica fluminense – e, de resto, em todo o país. [...] Com isso, a expressão terminou se notabilizando para designar habitações improvisadas, sem infraestrutura, muitas vezes em morros.”

²³⁸ RECURSO ESPECIAL : REsp 1.478.254/RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJ: 08/08/2017. **STJ**, 2017. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1478254&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=tr ue>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

²³⁹ Idem. **Ibidem**. PP. 45 e 46: “Ultrapassando o tímido tratamento emprestado pela Medida Provisória nº 759/16, o legislador de 2017, com mais realismo social, reconheceu maior amplitude ao direito real de laje, conferindo mais especificidade, como se pode notar da simples – e ainda que perfunctória – confrontação das redações (original e final) apresentadas [...].Um dos campos em que se verticalizou a disciplina da matéria foi o reconhecimento de diferentes possibilidades de concretização do direito lajeário.

Com essa perspectiva, foram reconhecidas, então, duas possibilidades de constituição do direito real de laje: através de construções verticais superiores (ascendentes) ou inferiores (descendentes).

Advirta-se, por oportuno, no entanto, que o direito de laje somente se caracterizará em construções verticais (ascendentes ou descendentes). Dessa forma, em se tratando de construções no plano horizontal do imóvel originário (construção-base), não se trata de laje.”

semente deste breve contributo à frutificação do “*direito vivo*”²⁴⁰, incessantemente enriquecido pelas vicissitudes da realidade social, historicamente influente nas ordens jurídicas²⁴¹.

1. Laje

Os significados de laje são inúmeros, à medida que a fugaz polissemia do vocábulo flutua com efemeridade entre diversos universos. Do politécnico ao popular.

Em contexto fúnebre, laje é a pedra lúgubre que cobre a sepultura.

Emprestada à arte, é epitáfio de desvalidos lapidado na obra-prima imortalizada em versos da biografia autorizada da crônica morte e vida à brasileira, *ipsis litteris*:

<p>— Essa cova em que estás, com palmos medida, é a cota menor que tiraste em vida.</p> <p>— É de bom tamanho, nem largo nem fundo, é a parte que te cabe neste latifúndio.</p> <p>— Não é cova grande, é cova medida, é a terra que querias ver dividida.</p>	<p>— É uma cova grande para teu pouco defunto, mas estarás mais ancho que estavas no mundo.</p> <p>— É uma cova grande para teu defunto parco, porém mais que no mundo te sentirás largo.</p> <p>— É uma cova grande para tua carne pouca, mas a terra dada não se abre a boca.²⁴².</p>
--	--

²⁴⁰ Expressão adotada pelo Professor Doutor Eduardo César Silveira Vitta Marchi em alusão à adequação do direito ao dinamismo da realidade social, em palestra **Tradição & modernidade: direitos reais e registraes em debate**, ministrada na data de 25 de novembro de 2019, na Sala Profa. Ada Pellegrini da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Largo São Francisco, Brasil.

²⁴¹ MARCHI, Eduardo C. Silveira *in* **Direito de Laje: da admissão ampla da propriedade superficiária no Brasil**. São Paulo: YK Editora, 2018. P. 79: “Salienta-se não haver, em princípio, qualquer necessidade de, em estudos sobre temas modernos de direito civil vigente, iniciar-se a abordagem sempre a partir do direito romano [...] O recurso, em artigos, e obras de direito civil moderno, ao exame das fontes jurídicas romanas parece só justificável em duas situações: ou como ‘instrumento de direito comparado’ [...], ou quando, no exame de algum conturbado ou complexo instituto jurídico moderno de origem romana, a discussão histórico-dogmática possa, eventualmente, a partir do exame da experiência jurídica dos antigos romanos, apresentar ainda ‘alguma utilidade’ [...] A ‘superfícies’, a experiência jurídica dos romanos, como ensina P. Bonfante, surgiu da necessidade de superar os ‘efeitos antieconômicos’ da concepção romana de domínio ou propriedade, para a qual, como já vimos, tudo quanto se incorporasse ao imóvel pertenceria, a título de acessão, ao proprietário do solo correspondente (‘superfícies solo cedit’).”

²⁴² MELLO NETO, João Cabral de. **Morte e vida severina**. 1. ed. Rio de Janeiro. Editora Alfabeta Brasil, 2017. PP. 12 e 13.

Na construção civil, designa estrutura de pedra ou concreto armado soto ou sobreposta em planos horizontais de projeção vertical ao solo, sob ou sobre acessão basilar.

Em terminologia arquitetônica “estrutura horizontal de pedra ou concreto armado, apoiada em vigas e pilares, que divide os pavimentos da construção.”²⁴³, massiva ou nervurada, protendida, comum, mista etc. *Slab*, no vernáculo anglossaxão.

Popularmente, a expressão remete à unidade imobiliária sob ou sobre estrutura de pedra ou concreto armado de acessão basilar em pavimento diverso, com acesso independente.

Tecnicamente, o objeto jurídico do direito real de laje está circunscrito ao espaço aéreo ou subsolo em projeção vertical ao solo público ou privado, com especialização objetiva em matrícula, sem contemplar outras áreas ou volumes, edificados ou não.

A capilaridade do termo “laje” foi determinante ao alvitre do *nomen juris* do direito real de laje²⁴⁴ sob os cânones de operabilidade, socialidade e eticidade do Código Civil benditos por Miguel Reale, para batizar a pedra angular da dignificação da moradia²⁴⁵ com eficiente profusão no seio social brasileiro, em aperfeiçoamento à ordem jurídica.

2. Regime Jurídico e Principais Características

Topograficamente, o direito real de laje está previsto nos artigos 1.225, inciso XIII, do Título II – Dos Direitos Reais, do Livro III – Do Direito das Coisas, da Parte Especial, e 1.510-A a 1.510-E, do Código Civil, além dos artigos 176, § 9º, da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 e 799, incisos X e XI, do Código de Processo Civil, com regulamentação no Decreto nº 9.310, de 15 de março de 2018, das regras da ordem jurídica da República Federativa do Brasil., não se furtando à sapiência de princípios, mandamentos nucleares²⁴⁶, normas que transcendem

²⁴³ PINHAL, Paulo. O que é laje? **Dicionário de Terminologias Eletrônicas Voltado à Internet**. Colégio de Arquitetos, 2009. Disponível em <<http://www.colegiodearquitetos.com.br/dicionario/2009/02/o-que-e-laje/>>. Acesso em 05 de nov. de 2019.

²⁴⁴ FARIAS, Cristiano; EL DEBS, Martha; DIAS, Wagner. **Direito de Laje: do puxadinho à digna moradia**. 3. ed. rev. atual e ampl. Salvador. Ed. JusPodivm, 2019. P. 44: “Apartou-se, assim, de outras terminologias utilizadas para designar o aludido direito real, como ‘direito de sobrelevação (que é a opção lusitana) ou ‘direito de implante’. Andou bem no ponto o legislador brasileiro. Como diz o sábio adágio popular, ‘a simplicidade é irmã da perfeição’. De fato, quanto mais clara a terminologia jurídica, melhor será a sua compreensão e aplicação. A opção, inclusive, mantém linha de harmonia clara com a diretriz da ‘operabilidade’, que é um dos paradigmas perseguidos pelo Código Civil de 2002, como se declara na própria Exposição de Motivos (ao lado da ‘socialidade’ e da ‘eticidade’ – que de certo modo estão presentes na regulamentação da laje).”

²⁴⁵ Idem. **Ibidem**. PP. 27, 28 e 44: “Assim se localizam os conhecidos ‘puxadinhos’, construções feitas em acréscimos, superiores ou inferiores, a imóveis já edificados, com a finalidade de ampliar o uso do solo, viabilizando o exercício do direito de moradia. Um mecanismo de aproveitamento do solo.[...]”

Ademais, não se pode negar que uma longa e histórica tradição brasileira revela uma inclinação social pela utilização da expressão ‘laje’ para designar o fenômeno do ‘puxadinho’.

Ou seja, são as construções verticais – superiores ou inferiores – que terminam servindo para viabilizar o direito à moradia, constitucionalmente assegurado (CF, art. 6º), em um país com tamanhas desigualdades regionais, sociais e econômicas.”

²⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

a técnicas de integração de lacunas previstas no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, espriando efeitos processuais para além do direito de preferência previsto no artigo 1.510-D, *caput* e §§ 1º e 2º, do Código Civil aos artigos 804 e 889 por interpretação analógica ao artigo 799, incisos X e XI, do Código de Processo Civil de 2016²⁴⁷, galgando *status* de fontes informadoras de direitos reais e registrais imobiliários: aderência, absolutismo, publicidade, especialidade, tipicidade, taxatividade, perpetuidade, desmembramento, força probante, primazia da verdade, legalidade, territorialidade, continuidade ininterrupta, prioridade e unicidade matricial.

Com amparo nos artigos 55 e 56, da Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, há aplicação do direito real de laje às relações jurídicas em geral, públicas ou privadas, inclusive para regularização fundiária de núcleos urbanos informais com jaez social, isenção tributária de abertura de matrícula e averbações nas matrículas de direitos reais de propriedade e, potencialmente, lajes, com remissões recíprocas, dispensa da apresentação de certidões negativas de débitos tributários federais e contribuições previdenciárias e de *habite-se*, por meio de demonstração de estabilidade física da unidade imobiliária autônoma lajearia e acesso independente a serem verificados pela municipalidade, conforme artigos 13, § 1º, inciso VII, da Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017 c.c. 53, § 2º, 54, inciso VII, 58, § 7º e 63, *caput* e §§ 1º a 3º, do Decreto nº 9.310, de 15 de março de 2018.

Observada a forma instrumentária essencial válida, o proprietário do solo e acessões pode transferir *ad aeternum* a titularidade exclusiva do direito real de laje sobre o espaço aéreo ou subsolo em projeção vertical, para uso, fruição, disposição e, decerto, oponibilidade *erga omnes*, mediante abertura de matrícula com especialização e lançamento de averbações em matrículas de direitos reais de propriedade e de eventuais lajes, com remissões, sem atribuição de fração ideal ou qualquer participação sobre quaisquer outras áreas ou volumes com ou sem edificação, apesar da aplicação supletiva de normas relativas a condomínio edilício ou de interesse local. Além de partilha convencional, restrita às despesas de conservação e fruição de partes que sirvam ao prédio e de serviços de interesse comum, permitidos atos unilaterais urgentes, vedada obra ou reparação em detrimento da segurança, linha arquitetônica ou conjunto estético da edificação, outorgado direito de prelação em alienação onerosa por adjudicação aos titulares de direitos reais de propriedade ou de lajes, da próxima ascendente à remota descendente.

²⁴⁷ Idem. **Ibidem**. PP. 192 e 193: “A tudo isso acrescenta-se que não é apenas o art. 799 do ‘Codex’ Adjetivo que se vocaciona à proteção dos interesses de terceiros. Explicitando a existência de um complexo de normas voltadas a assegurar direitos (creditícios e reais) de terceiros, nota-se que também é necessária a intimação, com pelo menos cinco dias de antecedência, acerca da data marcada para o leilão (CPC, art. 889, V), [...]”.

Com o desate do nó dado pela norma *superficies solo cedit*, que por gerações amarrou com firmeza o direito real de propriedade do solo e acessões aos respectivos espaços aéreo e subterrâneo aplainando-os na geometria euclidiana do sistema cartesiano, o direito real de laje logra a proeza de espelhar a tridimensionalidade imobiliária de direitos reais no fólio real, tornando o titular “[...] proprietário de um determinado espaço volumétrico acima de uma construção alheia, ou sob o seu subsolo, e da respectiva unidade imobiliária que lá deve construir [...] verdadeira propriedade volumétrica ou de plano imobiliário [...]”²⁴⁸, ascendente ou descendente²⁴⁹, a congregar iguais atributos ao direito real de propriedade, sujeitos a direitos reais sobre coisa imóvel alheia, por modos originário ou derivado, *inter vivos* ou *causa mortis*, em regra constituído por inauguração de matrícula exclusiva, com fulcro no vetor axiológico da unicidade matricial consagrado na Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.

Em breve síntese acerca da similitude entre ambos direitos reais sobre coisas imóveis, o direito real de propriedade está para os artigos 1.228 e 1.229 do Código Civil, como o direito real de laje está para os artigos 1.510-A, §§ 3º e 1º, do Código Civil. Trocando em miúdos, o direito real de laje foi criado da costela do direito real de propriedade para modernização da ordem jurídica, outrora homogêneos na norma *superficies solo cedit*, daí o genótipo com inúmeras similitudes, *v.g.* identidade de atributos, exclusividade, funções socioambiental e econômica, usucapião, inscrição em livro de registro geral, passagem forçada, servidão de passagem.

A despeito da perpetuidade e exclusividade asseguradas em matrícula, o direito real de laje sobre o espaço aéreo cuja edificação basilar tenha sido arruinada está sujeito à extinção específica condicionada sob cláusula suspensiva à reedificação da acessão em cinco anos, sem a qual o direito real de laje subsiste ao lustro de ruína, superando a extinção por ricochete da norma *res perit domino*, *v.g.* para fins probatórios de boa-fé, usucapião, desapropriação judicial.

3. Inovação

Ab initio, o direito real de laje induz à abertura de nova matrícula sobre espaços aéreo ou subterrâneo, com especialização objetiva autônoma, sem quaisquer direitos ou participação sobre solo, acessão, ou outra laje, irrompendo do âmago do direito real de propriedade. Não se resume, porém, ao punhado de semelhanças compartilhadas conforme os artigos 1.228, 1.229 e 1.510-A,

²⁴⁸ LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros públicos: teoria e prática. 10. ed. rev., atual e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. P. 1046.

²⁴⁹ FARIAS, Cristiano; EL DEBS, Martha; DIAS, Wagner. **Direito de Laje: do puxadinho à digna moradia**. 3. ed. rev. atual e ampl. Salvador. Ed. JusPodivm, 2019. P 45: “[...] foram reconhecidas, então, duas possibilidades de constituição do direito real de laje: através de construções verticais superiores (ascendentes) ou inferiores (descendentes).”.

§§ 1º e 3º, do Código Civil, mas o sinal distintivo do direito real de laje diz respeito ao rompimento com o legado milenar do brocardo *superficies solo cedit*.

Em cotejo, no Reino de Espanha, há superfície por cisão, vedada por sobrelevação, conforme Real Decreto Legislativo nº 7/2015, na República do Peru, o artigo 955 dá azo a distintos titulares de propriedades autônomas sobre solo, subsolo, ou sobressolo, na República Portuguesa, o artigo 1.526º dispõe que se aplicam os artigos 1.415º *et sequens* do Código Civil à constituição de direito de superfície sobre prédio alheio, e, na República Italiana o artigo 952, 2ª parte, do Código Civil, dispõe acerca de sobrelevação da superfície²⁵⁰, mediante transmissão autônoma de sucessiva superfície a terceiro²⁵¹.

O arrojamento *cutting edge* do direito real de laje impinge tridimensionalidade a direitos reais tradicionalmente planejados no sistema cartesiano tabular do fôlio real, modernizando a ordem jurídica com consequentes avanços sentidos nos campos individual, socioambiental, econômico e internacional. *Prima facie*, pertença está para acessoriedade no direito obrigacional, como laje está para acessão no direito real, dirimindo anacronismos, além de adir espacialidade.

O direito real de laje implica inauguração de matrícula²⁵², até então exclusiva a direito real de propriedade do solo e acessões, referentes a espaço aéreo ou subterrâneo sobre cujos iguais atributos pendem outros direitos reais inscritos, com especialização subjetiva e objetiva ascendente ou descendente²⁵³, na qual lançados atos de registro *lato sensu* conforme artigos 167 a 169 e 176, § 9º, da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, em consagração à especialização, unicidade matricial e primazia da verdade.

Dessa maneira, a autenticidade não se restringe à abertura matricular, plena identidade de atributos, relação entre objetos jurídicos e outras intrincadas semelhanças com o direito real de propriedade, mas subjaz discretamente na presunção *juris et de jure* de não acessão, *conditio sine qua*

²⁵⁰ TALAMANCA, M. *Instituzione di diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1990, P. 472. *Apud* MARCHI, Eduardo C. Silveira *in* **Direito de Laje: da admissão ampla da propriedade superficiária no Brasil**. São Paulo: YK Editora, 2018. P. 12: “Simples, pois nada mais é que a divisão da propriedade em sentido horizontal, ou seja, por planos horizontais ou andares. Consiste, pois, na porção horizontalmente delimitada de uma construção ou mesmo do espaço (aéreo) sobrejacente a um solo ou mesmo subjacente a ele (subsolo).

²⁵¹ MAZZEI, Rodrigo. *Direito de Superfície*. Salvador: Juspodivm, 2013. *Apud* FARIAS, Cristiano; EL DEBS, Martha; DIAS, Wagner. **Direito de Laje: do puxadinho à digna moradia**. 3. ed. rev. atual e ampl. Salvador. Ed. JusPodivm, 2019. P. 39.

PEREIRA, Agnaldo R. **O direito de superfície, ‘o direito de laje’ e o reflexo no Direito Urbanístico**. Disponível em <<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/28587/1/O%20DIREITO%20DE%20SUPERFICIE.pdf>>. Acessado em 10 jul. 2019.

²⁵² N.E.: Matrícula é o documento em que

²⁵³ FARIAS, Cristiano; EL DEBS, Martha; DIAS, Wagner. **Direito de Laje: do puxadinho à digna moradia**. 3. ed. rev. atual e ampl. Salvador. Ed. JusPodivm, 2019. P 45: “[...] foram reconhecidas, então, duas possibilidades de constituição do direito real de laje: através de construções verticais superiores (ascendentes) ou inferiores (descendentes).”.

*non à alforria do direito real de laje dos pesados grilhões da superficies solo cedit*²⁵⁴, absoluto para equidistante desvinculação do solo, sem o qual não há acessão à propriedade.

4. De Direitos Fundamentais a Humanos

A propriedade é, por excelência, o direito real *mater* sobre cujas faculdades pendem outros direitos reais, exclusividade sobre imóvel franqueada taxativamente somente ao direito real de laje, exibindo idênticas feições na relação de domínio *incontinenti* sobre “[...] o espaço aéreo ou o subsolo de terrenos públicos ou privados, tomados em projeção vertical, como unidade imobiliária autônoma”²⁵⁵, com oponibilidade *erga omnes ab solutum* norma *superficies solo cedit*, conforme o artigo 1.510-A, *caput* e §§ 1º e 3º, do Código Civil²⁵⁶, ambos elementos nucleares de direito constitucional fundamental individual de propriedade, balizada por funções social *e.g.* moradia em zona urbana, ambiental e econômica, , previstos nos artigos 5º, incisos XXII e XXIII, 170, inciso II, 182 e 225 da Constituição da República.

De acordo com a exegese do artigo 1.229 do Código Civil, perdura na ordem jurídica a definição clássica dada ao direito real de propriedade imobiliária, *in verbis*: “A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, [...]”, com inspiração nos revogados artigos 61, inciso III e 526 da ab-rogada Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Simplesmente parcela do objeto jurídico “*cuius est solum eius est usque ad coelum et ad inferos*”²⁵⁷ independente ao solo, tornou-se passível de exclusividade taxativa do direito real de laje, sem qualquer mazela à cláusula constitucional imutável, nem retrocesso, mas desenvolvimento de direitos humanos.

Com efeito, o direito de propriedade tem envergadura constitucional fundamental de liberdade individual em cujo núcleo duro há a essência de direitos reais, previsto no artigo 5º, inciso XXII, da Constituição da República²⁵⁸, com eficácia imediata em planos vertical e horizontal *tabula rasa* em contenção ao absolutismo do estado, dever negativo oponível *erga omnes* insculpido em cláusula pétrea, conforme o artigo 60, § 4º, da Constituição da República,

²⁵⁴ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática**. 10. ed. rev., atual e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. P. 1044: “Em outras palavras, esses institutos suspendem ou derogam o princípio da acessão.”

²⁵⁵ MARCHI, Eduardo C. Silveira *in* **Direito de Laje: da admissão ampla da propriedade superficiária no Brasil**. São Paulo: YK Editora, 2018. P. 26: “Na verdade, tudo somado, a verdadeira ‘fattispecie’ legal da nova figura jurídica do ‘direito real de laje’ não se acha no ‘caput’ do art. 1.510-A, mas sim, quanto à substância, em seu § 1º [...]”.

²⁵⁶ MARCHI, Eduardo C. Silveira *in* **Direito de Laje: da admissão ampla da propriedade superficiária no Brasil**. São Paulo: YK Editora, 2018. P. 26: “Na verdade, tudo somado, a verdadeira ‘fattispecie’ legal da nova figura jurídica do ‘direito real de laje’ [*sic.*] não se acha no ‘caput’ do art. 1.510-A, § 1º, mas sim, quanto à substância, em seu § 1º [...]”.

²⁵⁷ N.E.: Em tradução livre do idioma latim: “De quem for o solo, seu o é até o céu e até o inferno”, frase atribuída ao glosador Accursius no Século XIII, para dar infinita extensão vertical sob e sobre o solo ao exercício do direito da propriedade imobiliária.

²⁵⁸ N.E.: O artigo 5º da Constituição da República não foi escolhida à toa, que concentra grande número de direitos fundamentais em protesto ao ato institucional nº 05, em 13 de dezembro de 1968, que suspendeu direitos políticos no Brasil, o primeiro de muitos editados pelo governo de exceção, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm>, com último acesso em 03 de jan. 2020.

insuscetível de alteração tendente à supressão, nem sequer em sede de poder constituinte derivado reformador, nem tampouco por poderes constituídos, assegurando prevalência constitucional à propriedade do solo e acessões e do espaço aéreo e subsolo, antes ou depois do direito real de laje.

Não obstante a liberdade individual de propriedade cerrada em cláusula pétrea limitada à função social urbana de moradia, o direito real de laje perfaz direito social fundamental de segunda dimensão ao concretar, em pavimentos ascendente e descendente, o direito de acesso à moradia, com igualdade material, máxime em regularização fundiária social, imprescindível à honra, intimidade, vida privada, privacidade e demais direitos inerentes à expressão da dignidade da pessoa humana, conforme artigos 11 *et sequens* do Código Civil, 5º, *caput* e incisos I, X, XI, XXII e XIII, e 6º da Constituição da República, *bis* de direitos humanos negativo e positivo²⁵⁹, de defesa e a prestações, ambos sujeitos às limitações internas autênticas e impróprias²⁶⁰ e externas, restritos por proporcionalidade²⁶¹, seguramente com irredutibilidade dos núcleos duros de direitos e garantias fundamentais, *e.g.* funções socioambiental e econômica, usucapião deontológica e literalmente aplicadas sobre direito real de laje sem expressa previsão.

5. Efeito *Cliquet*

Galardão à modernização da ordem jurídica, qualquer progresso conquistado em direitos humanos vinculados a liberdades civis, individuais e à igualdade material, equidade social é caro não apenas à população, mas também à comunidade internacional, muito apreciado por lideranças mundiais, chefes de estados e representantes de organismos supranacionais sob a ótica da vedação ao retrocesso²⁶², com máxima efetividade e suficiente tutela, entrincheirados em núcleos duros de direitos fundamentais de propriedade e acesso à moradia, essencialmente direitos humanos imprescritíveis, indisponíveis e irrenunciáveis, conforme o artigo 2º, § 1º, da Lei 12.986, de 02 de junho de 2014, sujeitos a efeito *cliquet* e à primazia da norma mais favorável ao indivíduo, em unidade indivisível e interdependente *numerus apertus* sob tutela universal dos artigos XIII, XVII da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do sistema interamericano da Organização dos Estados Americanos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos,

²⁵⁹ N.E.: O jurista alemão *Georg Jellinek* classifica os direitos fundamentais segundo a relação entre estado e indivíduo em quatro status: (i) negativo; (ii) positivo; (iii) ativo; e (iv) passivo. No status negativo, o estado tem o dever de não fazer inerente aos direitos individuais, ao passo que, no status positivo, o estado tem o dever de fazer orientado à isonomia material, a exemplo de direitos sociais, culturais, de saúde, educação, transporte, lazer, moradia, alimentação, trabalho etc.

²⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

²⁶¹ N.E.: Robert Alexy, filósofo e jurista alemão defende o dever de ponderação *in* Teoria dos Direitos Fundamentais.

²⁶² N.E.: O princípio da vedação ao retrocesso, denominado efeito *cliquet* proíbe o retrocesso de direitos humanos conquistados na ordem jurídica.

com aceitação da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 10 de dezembro de 1998, conforme Capítulo Primeiro, artigos VIII, IX, XI e XXIII, da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, 21, 22, 52 *et sequens* da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, estatuto, regulamento e decisões exequíveis independentemente de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme artigos 109, inciso V, da Constituição da República.

Considerações Finais

Mutatis mutandis, a laje é conhecida no meio social desde as *tabernae*, construções civis estáveis em áreas públicas destinadas à atividade econômica, a exemplo das famigeradas casas bancárias *tabernae argentarii*, instaladas no *forum romanum*, locadas mediante contraprestação em *vectigal* ou *solarium*²⁶³, em cujo apogeu os dados de recenseamento romanos indicavam adensamento populacional de quinhentos mil a um milhão e quinhentos mil habitantes romanos nas *urbs*, com predominância de *insulae* sobre o que restara da *domus* romana térrea ocupada pela família²⁶⁴.

Com efeito, a inovação do direito real de laje alcança magnitude constitucional na modernização da ordem jurídica, uma vez que é elemento nuclear de direitos fundamentais cerrados em cláusula pétreia, internacionalmente resguardados sob efeito *cliquet*, mas somente há desenvolvimento socioeconômico em razão da acuidade da *conditio sine qua non* de não acesso ao solo do direito real de laje a primar pela verdade da tridimensionalidade imobiliária no sistema registral, para modernização de direitos reais na ordem jurídica²⁶⁵ adequada à fluidez da sociedade pós-moderna²⁶⁶, com notáveis progressos em liberdades individuais de propriedade,

²⁶³ MARCHI, Eduardo C. Silveira *in* **Direito de Laje: da admissão ampla da propriedade superficiária no Brasil**. São Paulo: YK Editora, 2018. PP. 79 a 115:

²⁶⁴ MASCHI, C.A. *Proprietà divisa per piani, superficie e l'estensione ai provinciali del principio 'superficies solo cedit', in Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, Napoli: Jovene, 1953. P. 146. *Apud* MARCHI, Eduardo C. Silveira. **A Propriedade Horizontal no Direito Romano**. 2. ed. São Paulo. Editora Quartier Latin, 2003. PP. 15 a 18: “[...] larghezza della facciata fra i 6 et i 12 metri, pianterreno com dua aperture, di cui una è l'entrata di una bottega, l'altra l'accesso ala scala dela casa, da tre a cinque piani, um appartamento per piano, illuminato da due finestre solitamente, eccezionalmente da tre. [...]”.

²⁶⁵ SILLANI, C. Tenella, *Il diritto di superficie e la propriet  superficiaria*. Disponível em <<http://elibrary.fondazione-notariato.it/articolo.asp?art=48/4805&mn=3>>. Último acesso em 12 out. 2019. *Apud* MARCHI, Eduardo C. Silveira *in* **Direito de Laje: da admissão ampla da propriedade superficiária no Brasil**. São Paulo: YK Editora, 2018. P. 13: “Complexa, já que, nessa divisão horizontal da propriedade imobiliária, as leis da física não se coadunam bem com as exigências do direito, ou, em outras palavras, as entidades materiais resultantes da separação (subsolo, solo, superfície inferior, construção-base, superfície superior, espaço aéreo) encontra sérias dificuldades prático-teóricas (apoio, acesso, natureza jurídica do espaço aéreo, do subsolo etc.) em seu enquadramento nos preceitos jurídicos.”.

²⁶⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro. Ed. Zahar, 2001. PP. 04 e 05: “Em certo sentido, os sólidos suprimem o tempo; para os líquidos, ao contrário, o tempo é o que importa. Ao descrever os sólidos, podemos ignorar inteiramente o tempo; ao descrever os fluidos, deixar o tempo de fora seria um grave erro. Descrições de líquidos são fotos instantâneas, que precisam ser datadas.

Os fluidos se movem facilmente. Eles ‘fluem’, ‘escorrem’, ‘esvaem-se’, ‘respingam’, ‘transbordam’, ‘vazam’, ‘inundam’, ‘borrifam’, ‘pingam’; são ‘filtrados’, ‘destilados’; diferentemente dos sólidos, não são facilmente contidos – contornam certos obstáculos, dissolvem outros e invadem ou inundam seu caminho. Do encontro com os sólidos emergem intactos, enquanto os sólidos que encontraram, se permanecem sólidos, são alterados, ficam molhados ou

inviolabilidade de domicílio, honra, privacidade e intimidade, justiça social, com concretização do direito fundamental de acesso à moradia, em fomento e dignidade da pessoa humana.

Referências Bibliográficas

- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Direito Constitucional, 6. ed., Coimbra, Almedina, 1993.
- DIP, Ricardo. Registro de Imóveis (princípios). São Paulo: Editora PrimVs, 2017. (Série registros sobre registros ; 1).
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. Vol. V. Direito das Coisas. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FARIAS, Cristiano; EL DEBS, Martha; DIAS, Wagner. Direito de Laje: do puxadinho à digna moradia. 3. ed. rev. atual e ampl. Salvador. Ed. JusPodivm, 2019.
- FIUZA, C.; COUTO, M. Ensaio sobre o direito real de laje como previsto na Lei 13.465/2017. *Civilistica.com: revista eletrônica de direito civil*, v. 6, n. 2, p. 1-21, 30 maio 2018.
- KÜMPEL, Vitor Frederico. Legislação Notarial e Registral. 2. ed. São Paulo. YK Editora, 2019.
- LOPES, José Reinaldo. O Direito na História: lições Introdutórias. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2019.
- JELLINEK, Georg, Teoria General del Estado, trad. esp. Fernando Rios, Buenos Aires, Editorial Albatroz, 1973.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros públicos: teoria e prática. 10. ed. rev., atual e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.
- _____. Manual de direito notarial: da atividade e dos documentos notariais. 3.ed.rev., atual e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.
- MARCHI, Eduardo. Direito de Laje: da admissão ampla da propriedade superficiária no Brasil. São Paulo: YK Editora, 2018.
- _____. A Propriedade Horizontal no Direito Romano. 2. ed. São Paulo. Editora Quartier Latin, 2003.
- MELLO NETO, João Cabral de. Morte e vida severina. 1. ed. Rio de Janeiro. Editora Alfabeta Brasil, 2017.
- STOLZE, Pablo; VIANA, Salomão. Direito Real de Laje – Finalmente a Lei! A Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, dentre várias providências, disciplinou, em definitivo, o direito real de laje, que, até então, era objeto da Medida Provisória nº 759, de 22 de dezembro de 2016. A Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual revistas.unifacs.br.

encharcados. [...] Essas são razões para considerar ‘fluidez’ ou ‘liqueidez’ como metáforas adequadas quando queremos captar a natureza da presente fase, nova de muitas maneiras, na história da modernidade.[...] referia-se ao tratamento que o autoconfiante e exuberante espírito moderno dava à sociedade, que considerava estagnada demais para seu gosto e resistente demais para mudar e amoldar-se a suas ambições - porque congelada em seus caminhos habituais. Se o ‘espírito’ era ‘moderno’, ele o era na medida em que estava determinado que a realidade deveria ser emancipada da ‘mão morta’ de sua própria história - e isso só poderia ser feito derretendo os sólidos (isto é, por definição, dissolvendo o que quer que persistisse no tempo e fosse infenso à sua passagem ou imune a seu fluxo). Essa intenção clamava, por sua vez, pela ‘profanação do sagrado’: pelo repúdio e destronamento do passado, e, antes e acima de tudo, da ‘tradição’ - isto é, o sedimento ou resíduo do passado no presente; clamava pelo esmagamento da armadura protetora forjada de crenças e lealdades que permitiam que os sólidos resistissem à ‘liquefação’. Lembremos, no entanto, que tudo isso seria feito não para acabar de uma vez por todas com os sólidos e construir um admirável mundo novo livre deles para sempre, mas para limpar a área para novos e aperfeiçoados sólidos, para substituir o conjunto herdado de sólidos deficientes e defeituosos por outro conjunto, aperfeiçoado e preferivelmente perfeito, e por isso não mais alterável.

TARTUCE SILVA, Flávio Murilo. Medida Provisória Introduce o Direito Real de Laje no Código Civil: <<http://professorflaviotartuce.blogspot.com/2016/12/medida-provisoria-introduz-o-direito.html>>, último acesso em 04 de jan. de 2020.