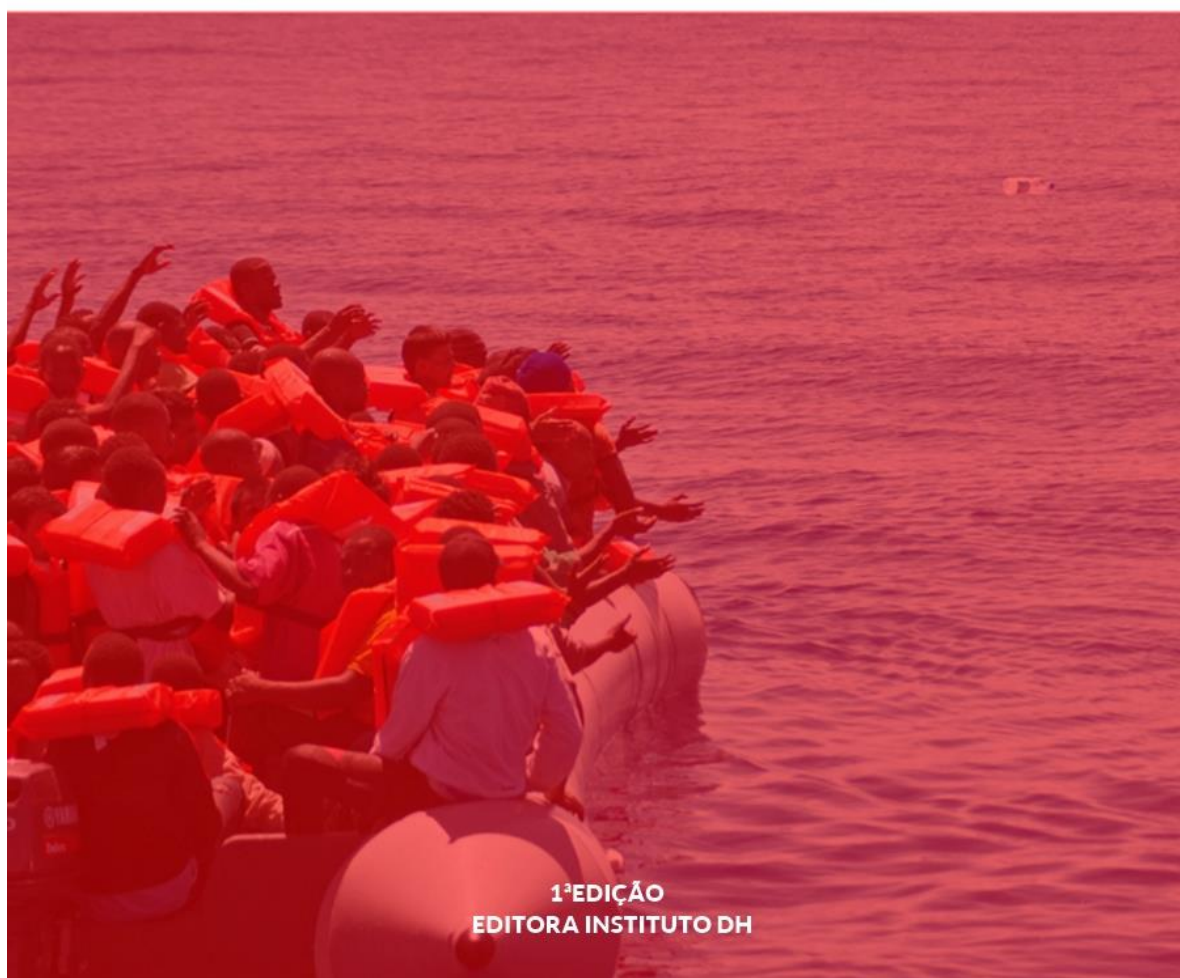


ORGANIZADORES
João Batista Moreira Pinto
Lara Marina Ferreira



Anais do II Seminário Nacional

**DIREITOS HUMANOS COMO
PROJETO DE SOCIEDADE:**
PERSPECTIVAS E DESAFIOS



1ª EDIÇÃO
EDITORA INSTITUTO DH

Organizadores:
João Batista Moreira Pinto
Lara Marina Ferreira

ANAIS DO II SEMINÁRIO NACIONAL DIREITOS HUMANOS
COMO PROJETO DE SOCIEDADE:
Perspectivas e Desafios

1ª Edição

Belo Horizonte/MG
Editora Instituto DH
2018

S471 Seminário nacional Direitos Humanos como projeto de sociedade: perspectivas e desafios. (2.:2018 : Belo Horizonte, MG) / João Batista Moreira Pinto, Lara Marina Ferreira (organizadores).
Anais 2º Seminário realizado pela Editora Instituto DH
16 e 17 de Agosto, 2018.

Disponível em: <https://institudh.org/editora/publicacoes/>

ISBN 978-85-85321-02-4

1. Direitos Humanos - Eventos. 2. Pesquisa. 3. Seminários. I. Pinto, João Batista Moreira. II. Título.

CDU 342.7(063)

Sumário

PARTE I - EXPERIÊNCIAS CONTRA-HEGEMÔNICAS NO CAMPO DOS DIREITOS SOCIAIS E CULTURAIS 6

1. DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS E DIREITOS HUMANOS – SUAS CONEXÕES PARA PROTEÇÃO DA PESSOA NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Regina Vera Villas Bôas e Alan Faria Andrade Silva 6

2. O DANO EXISTENCIAL NA CATEGORIA DE MOTORISTA DE CAMINHÃO: AS DIVERGÊNCIAS SOBRE A EFICÁCIA DA LEI 13.103/15 E A IMPORTÂNCIA DO TEMPO DE VIDA COMO SENSO DE DIGNIDADE.

Ulisses Espártacus de Souza Costa, Flávio Henrique Rosa e Pedro Andrade Matos..... 19

3. DESAFIOS DO PLANEJAMENTO URBANO: A QUESTÃO DA OCUPAÇÃO EM ÁREAS DE RISCO

Clayton Douglas Pereira Guimarães..... 35

PARTE II - AS DISPUTAS NAS ESTRUTURAS DO ESTADO E COM RELAÇÃO ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS 47

4. DESAFIOS ATUAIS PARA A REFORMA PSIQUIÁTRICA BRASILEIRA: AS DISPUTAS NAS ESTRUTURAS DO ESTADO COM RELAÇÃO ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS E A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO

Daniela Tonizza de Almeida e Vanessa Andrade Barros..... 47

5. A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO ATÉ A 12ª SEMANA DE GESTAÇÃO

Isabela Graciana de Sousa Canhoni, Talita Guimaraes Coelho e Daniela Oliveira Gonçalves..58

PARTE III - AS CONTRADIÇÕES E DESAFIOS DOS DIREITOS HUMANOS NA REALIDADE PRISIONAL BRASILEIRA

Erro! Indicador não definido.

6. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: POSSÍVEL DIMINUIÇÃO DO ENCARCERAMENTO EM MASSA?

Samara Lopes..... 73

7. A COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS AO PRESIDIÁRIO SOB A ÓTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Caio César do Nascimento Barbosa e Priscila Ladeira Alves de Brito 89

8. VIOLAÇÃO À SAÚDE NA REALIDADE PRISIONAL BRASILEIRA E OBSTÁCULOS DIANTE DO ASPECTO RESSOCIALIZADOR: REFLEXOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO SÉCULO XXI

Caio César do Nascimento Barbosa e Giovanna Duarte Silva 100

9. A COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS AO PRESIDIÁRIO SOB A ÓTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Caio César do Nascimento Barbosa 111

PARTE IV - O DIREITO E O JUDICIÁRIO COMO ESPAÇOS DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS Erro! Indicador não definido.

10. O PERFIL DISCRICIONÁRIO DO STF NOS CASOS DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Junior da Mata Sousa, Keyze Bruna Santos e Erika Tayer Lasmar 122

11. A VIOLAÇÃO ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS: UM ESTUDO REFERENTE ÀS ENCHENTES RECORRENTES EM BELO HORIZONTE

Luiza Ribeiro da Silva Santos, Túlio Coelho Alves e Priscila Ladeira Alves de Brito 133

PARTE I
EXPERIÊNCIAS CONTRA-HEGEMÔNICAS NO CAMPO DOS DIREITOS SOCIAIS E
CULTURAIS

**DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS E DIREITOS HUMANOS –
SUAS CONEXÕES PARA PROTEÇÃO DA PESSOA NA SOCIEDADE
BRASILEIRA**

DERECHOS TRANSINDIVIDUALES Y DERECHOS HUMANOS – SUS
CONEXIONES CON LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA HUMANA EM LA
SOCIEDAD BRASILEÑA

Regina Vera Villas Bôas¹

Alan Faria Andrade Silva²

RESUMO

O artigo percorreu um panorama conceitual, disponível em plataforma virtual, sobre direitos transindividuais, difusos, coletivos, individuais homogêneos, direitos fundamentais e direitos humanos, buscando neles relações intrínsecas para proteção e o próprio direito da Pessoa Humana na coletividade brasileira. Perpassando pelos ensinamentos dos doutrinadores e a própria legislação nacional.

Palavras chaves: direitos transindividuais, difusos, coletivos, individuais homogêneos, direitos humanos e direitos fundamentais.

RESUMEN

El artículo tiene la intención de pasar por un panorama conceptual, disponible en plataforma virtual, sobre los derechos homogéneos, difusos, colectivos, individuales, los derechos fundamentales y los derechos humanos, buscando relaciones intrínsecas para la protección y el derecho de Persona humana en el colectivo brasileña. A través de las enseñanzas de las doctrinas y de la propia legislación nacional.

¹ Doutora e Mestre em Direito Civil e em Direito Difusos e Coletivos pela PUC-SP. Professora e Pesquisadora nos Programas de Graduação e de Pós-graduação lato stricto sensu na PUC-SP e no Programa de Mestrado em Concretização dos Direitos Sociais, Difusos e Coletivos no Centro Universitário Salesiano de São Paulo. Avaliadora do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais.

² Mestrando em Direito pela PUC-SP e Advogado.

Palabras clave: derechos transindividuales, difusos, colectivos, individuales, homogéneos, derechos humanos y derechos fundamentales.

INTRODUÇÃO

O presente artigo traçou um panorama conceitual sobre direitos transindividuais, difusos, coletivos, individuais homogêneos, direitos fundamentais e direitos humanos, através de Autores brasileiros e latino-americanos, para buscar a conexão entre eles, para assim facilitar a compreensão como projeto de sociedade e sendo o Direito para o Poder Judiciário meio de implementação dos Direitos Humanos, através da aplicação do ordenamento jurídico brasileiro ao caso concreto.

Para tanto, ao pesquisar os assuntos, percebeu-se uma vasta bibliografia e artigos disponíveis no sítio eletrônico do Consórcio BDJUR - Rede de Informações Digitais do Poder Judiciário, formada por órgãos do Poder Judiciário, englobando a esfera federal e estadual, e por outras instituições públicas provedoras de informação jurídica. O consórcio integra, num único portal, os repositórios digitais das instituições participantes, como: Câmara dos Deputados, Senado Federal, Superior Tribunal de Justiça, Conselho da Justiça Federal, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Tribunal de Justiça do Ceará, Tribunal Regional do Trabalho 1ª Região e Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região³.

Diante disso, esta pesquisa primou por uma análise bibliográfica, buscando artigos e trabalhos de autores da área, utilizando estes para produção e crítica do conhecimento, seja ele em forma de artigo científico ou produção de monografias, através da internet ou rede internacional de comunicação. Ademais, pode-se dizer que este trabalho é todo *on line*, pois se utilizou dos repositórios digitais da do BDJUR e de aplicativos (serviços online e software, como o Documento Google) disponíveis da Empresa Google na internet. Ademais houve a necessidade da utilização de alguns livros para pesquisa, os quais estão na referência bibliográfica.

Assim, é mister compreender a nova forma de produção científica, sem deixar de levar em consideração a produção acadêmica já existente sobre os direitos transindividuais sob a

³ Brasil. Superior Tribunal de Justiça (STJ), RESOLUÇÃO N. 14, DE 3 DE AGOSTO DE 2005. Disponível em: <<https://consorciobdjur.stj.jus.br/vufind/>>. Acesso em: 29 de agosto de 2017.

perspectiva dos direitos humanos e como eles estão conectados, pela mesma base comum, o Ser Humano, na individualidade e na coletividade.

1. TRANSINDIVIDUAIS (DIFUSOS E COLETIVOS)

Ao estudarmos os direitos difusos e coletivos ou até mesmo os individuais homogêneos, é preciso compreender as dimensões que os veiculam, inicialmente a lei, no caso o Código do Consumidor com a Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990.

O presente artigo não se prende às determinações doutrinárias ou até mesmo ao que o Código estabeleceu por positivar interesses ou direitos, mas de certa forma, aproxima mais da tese de Hugo Nigro (2011) e Teori Zavaski (2009), por querer retratar primeiro a existência do direito material transindividual ou metaindividual. Marcus Vinícius Amorim de Oliveira (2000) leciona que o conceito de transindividual na lei do consumidor, quer dizer que tais interesses transcendem, estão além do individual. Chegando a afirmar que o caráter ultraindividual não decorre de qualquer relação exata com o quantitativo numérico dos sujeitos envolvidos, mas das circunstâncias da hipótese fática *sub examine* suportar a abstração ou mesmo a total desconsideração subjetiva de seus titulares enquanto núcleo irradiador de direitos e obrigações. Nesta toada, assim é o pensamento de Bedaque (2009) que também afirma que o direito transindividual ou metaindividual (coletivo em sentido *latu*), basta que determinado acontecimento da vida o faça surgir.

1.1 Direitos Difusos

Para Rizzato Nunes (2016), os chamados Direitos Difusos, quanto ao sujeito, são aqueles cujos titulares não são determináveis, ou seja, os detentores do direito subjetivo que se pretende reger e proteger são indeterminados e indetermináveis. Em relação ao sujeito passivo, ele estabelece que sejam todos aqueles que devem respeitar os direitos difusos direta ou indiretamente.

Por fim, pode-se concluir que os Direitos Difusos são aqueles em que há ausência de vínculo associativo, tendo em vista o bem protegido é difuso ou diluído - de difícil identificação de titularidade individual, mas sim coletiva - porque possui alcance abstrato de pessoas, com potencial abrangência conflituosa e ocorrência de lesões disseminadas em massa. E os Interesses Difusos são aqueles cuja circunstância de fato abrange um número indeterminado de pessoas, podendo um grupo determinado de pessoas demandar, sendo os efeitos abrangidos por um número indeterminado de pessoas.

1.2 Direitos Coletivos

Seguindo na mesma toada de Rizzatto Nunes (2016), assim leciona, o sujeito ativo será indeterminado, mas determinável, que para verificação da existência de um direito coletivo não há necessidade de apontar concretamente um titular específico e real, pois o titular é facilmente determinado, a partir da verificação do direito em jogo.

No mesmo sentido, a relação jurídica existente em relação aos direitos coletivos, o mesmo Autor menciona haver duas relações jurídicas-bases, primeira quanto em relação aos titulares (sujeito ativo), que estão ligados entre si por uma relação jurídica. E a segunda, serão aquelas em que os titulares (sujeito ativo) estão ligados com o sujeito passivo por uma relação jurídica. Já quanto ao objeto, ele será indivisível, o bem jurídico protegido não pertence a nenhum indivíduo em particular, mas a todos em conjunto e simultaneamente; e os Interesses Coletivos serão aqueles decorridos de um grupo, categoria ou classe que pretendem alguma proteção em conjunto.

1.3 Direitos Individuais Homogêneos

Primeiramente, há que se fazer uma ressalva quanto aos Interesses Individuais Homogêneos, pois estes não se enquadram em direitos transindividuais, tendo em vista que o direito envolvido é divisível, algo contrário dos Difusos e Coletivos, no qual o objeto é indivisível. Mas aquele encontra-se dentro dos direitos coletivos como subespécie deste, no sentido *latu senso*.

Assim, os Direitos Individuais Homogêneos serão aqueles que possuem origem comum, mas podem ser divisíveis, e os Interesses Individuais Homogêneos serão aqueles que poderão ser tutelados conjuntamente tendo em vista a origem comum (NUNES, 2016).

2. DIREITOS HUMANOS

2.1 Localização do conceito de Direitos Humanos

Os Direitos Humanos, assim também chamados de Direitos Fundamentais neste trabalho, são aqueles inerentes ao ser humano (MARTINS, 2009), isto porque a concepção dos

Direitos Humanos está intrinsecamente ligada à condição humana (GARCÍA MÉNDEZ, 2004), ou seja, o ser humano é a base, o ponto de partida para compreender a dimensão deste direito que nasce com a Pessoa. Assim, podemos dizer que, desde que uma pessoa é pessoa, já é detentor de Direitos Humanos (POMPEU, 2010).

2.2 Dimensão dos Direitos Humanos

A compreensão da conceituação dos Direitos Fundamentais e Direitos Humanos como algo semelhante, ou até mesmo com a mesma conceituação, está dentro da logística empreendida na dinâmica do constitucionalismo transnacional, o qual também se vincula a dinâmica da dimensão dos direitos humanos (TEIXEIRA, 2013). Nesta toada tem como característica principal a defesa de direitos transindividuais, reconhecidos como direitos da solidariedade e da fraternidade, ou ainda direitos dos povos.

2.3 Direitos Transindividuais como Direitos Humanos

Carlos Henrique Bezerra Leite com Paola Marcarini Boldrini e Bruno Gomes Borges (2011), pretendem atribuir aos Direitos ou Interesses Metaindividuais/Transindividuais como direitos fundamentais, os quais estariam no rol das cláusulas pétreas da Constituição Federal, por abranger o direito a fraternidade e/ou solidariedade, garantindo os direitos da coletividade como a paz, a comunicação, o meio ambiente, patrimônio comum, etc., definidos pela busca do bem da sociedade, de forma indeterminada, abrangendo o gênero humano e pela luta do fim da sociedade individualista. Assim, podemos compreender que o Direito e a o Judiciário são espaços de implementação do Direitos Humanos, quando é reconhecido ou constituído um desses Direitos em suas decisões proferidas.

3. FUNDAMENTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 A Constituição e os Direitos Transindividuais

O indivíduo ou a pessoa humana é objeto principal de proteção da Constituição Federal de 1988, pois diferentemente das constituições anteriores, a atual Carta Magna, após regravar sobre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, elenca inúmeros direitos e

garantias ao indivíduo e a coletividade, para tanto basta observarmos os artigos do Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Neste título é possível vislumbrarmos aquilo que se pensou nas dimensões dos Direitos Humanos acima descritos por Carlos Henrique Bezerra Leite, ou seja, podemos ver os direitos de primeira dimensão nos incisos do artigo 5º - como a liberdade individual - Dos Direitos e Deveres Individuais; os direitos de segunda dimensão nos artigos 14º ao 17º - como direito ao voto - Dos Direitos Políticos; e por fim, os direitos de terceira dimensão nos artigos 6º ao 11º - como educação e trabalho - Dos Direitos Sociais.

Numa feliz coincidência, podemos observar que de certa forma a análise feita por Décio Azevedo Marques de Saes (2001) sobre a cidadania política no Brasil em crítica a tese de Marshal, é bem correta. Pois para este a cidadania política se dá de certa forma com a conquista de direitos civis, depois os direitos políticos e por fim os direitos sociais, os quais constituem o tripé da cidadania política do indivíduo na sociedade. Entretanto, para Décio no Brasil se deu de forma diversa, pois em sua análise observa que primeiro houve a conquista dos direitos civis, depois os direitos sociais e por fim os direitos políticos - os quais foram plenamente constituídos na atual Carta Maior de 1988.

Este pensamento em paralelo ao pensamento das dimensões dos direitos humanos, constitui de forma histórica a conquista dos direitos pela Sociedade Brasileira, que na atual Constituição conseguiu positivar primeiro os direitos e garantias fundamentais, onde estão colecionados os direitos de primeira, segunda e terceira dimensão. Mas para tanto, também podemos compreender que tais direitos não são de certa forma linear entre si, mas normas que se complementam ou interagem para garantir tanto ao indivíduo como a coletividade, direitos e garantias - como bem podemos observar no próprio nome - TÍTULO II DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS - CAPÍTULO I DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS.

Ademais ao longo do título II, podemos observar que não somente os indivíduos estão protegidos, mas que de certa forma uma coletividade, ou seja, um número de pessoas não determináveis ou determinadas, mas que estão ligadas a uma base jurídica. Então, podemos ver o início dos Direitos Transindividuais na própria Constituição de 1988, postos como Direitos Fundamentais.

Para doutrina é pacificado que os direitos fundamentais estão colecionados no próprio título II e são revestidos de cláusulas pétreas, ou seja, não podem ser abolidos (art. 60, § 4º da CF), tendo em vista seu caráter fundamental ao indivíduo e a coletividade, aquilo que é próprio da Pessoa Humana.

Depois ao longo da própria Constituição podemos observar a utilização do termo interesse da coletividade ou a própria palavra coletiva, dando caráter de indeterminabilidade ou indeterminável, como por exemplo: art. 30, inciso V (transporte coletivo); art. 114, § 2º (... , ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica).

Mais adiante, podemos também encontrar o início da utilização da expressão “Difusos e Coletivos”, no art. 129, inciso III (promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos); e art. 134 (... coletivos). Não obstante, como esclarecido acima a compreensão destes direitos já estavam imbuídos no título II da mesma Carta Política, dando assim o início de uma nova compreensão sobre direitos, que não são totalmente privados e nem muitos menos públicos, rompendo com o antigo ensinamento sobre os direitos divididos em duas escolas, público e privado.

Por fim, como temos uma constituição prolixa, no sentido de tentar regradar sobre diversos temas da vida humana e da coletividade podemos esbarrar em diversas expressões como interesse coletivo; transporte coletivo; serviço coletivo e até mesmo a expressão sociedade para abranger o maior número de indivíduos, senão vejamos: art. 173 (...a relevante interesse coletivo); art. 225 (Todos têm direito ... e à coletividade o dever ...); art. 227, inciso II (...serviços coletivos) e § 2º (... transporte coletivo); art. 230 § 2º (...transportes coletivos urbanos); art. 244 (... veículos de transporte coletivo). Mas todas com o intuito de abranger além de um indivíduo e pretendendo garantir a proteção de direitos a uma coletividade não determinada (direitos transindividuais).

3.2 Regramento infraconstitucional dos Direitos Transindividuais

Dentro da dinâmica do ordenamento infraconstitucional brasileiro podemos encontrar diversas leis que protegem determinado grupo de pessoas, não em número, mas de certa forma, grupo de pessoas que possuem características semelhantes perante os demais membros da sociedade brasileira, como: as crianças e os adolescentes, a pessoa idosa, pessoa portadora de deficiência, família e a mulher, negro e o índio. Em paralelo a estas leis, também existem leis com vocações mais processuais ou instrumentais que garantem a tutela desses grupos perante o Estado e nas três esferas que representam seus poderes, sejam perante o Legislativo, Executivo e Judiciário.

As principais leis processuais que possuímos dentro da tutela dos direitos transindividuais, ou seja, que abrange mais de um indivíduo, são as Leis da Ação Civil Pública - ACP, Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor - CDC, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Tanto uma como a outra possuem regra e procedimentos de tutelas transindividuais à determinados grupos, configurando um microsistema de proteção aos direitos difusos e coletivos.

Ademais a ACP, tem características mais processuais do que o CDC, pois este além de estabelecer regras procedimentais, também possui regras de proteção aos consumidores em face da relação de consumo estabelecida e traz os conceitos de difusos, coletivos e individuais homogêneos, estabelecendo marco regulatório da conceitualização legal dos direitos transindividuais.

Após alguns anos o ordenamento jurídico brasileiro ganhou outras duas leis muito importantes na tutela dos direitos transindividuais, sejam eles difusos ou coletivos, por mais que as leis mencionam somente o termo “coletivo”, pode-se dizer que o bem jurídico pretendido em qualquer das demandas, estarão acobertados os interesses transindividuais de um grupo indeterminado tendo em vista o efeito erga omnes das decisões proferidas. Assim o Mandado de Segurança - MS, Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, prevê também o Mandado de Segurança Coletivo - MSC, que permite às organizações sindicais, entidades de classe ou associação legalmente constituída, impetrar MS em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos. A própria lei traz os termos “coletivos”, “os transindividuais”, “individuais homogêneos”, que com isto também reforça a conceituação trazida pelas leis da ACP e CDC.

Nesta toada, a Lei do Mandado de Injunção - MIC, Lei nº 13.300, de 23 de julho de 2016, também prevê a proteção dos direitos transindividuais, porém sobre outra ótica, pois ela trata de procedimentos estabelecidos perante o Poder Judiciário, para que este determine ao Poder Legislativo legislar sobre norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Para tanto, o rol de legitimados ativos da ação é mais abrangente, como: o Ministério Público, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e a Defensoria. Na MIC também encontramos os termos “coletivo”, “coletividade indeterminada”, “grupo”, “classe”; para dar maior abrangência além de um indivíduo.

Estudado algumas normas com natureza mais processual, também podemos destacar algumas normas com maior caráter de natureza material ou com o intuito de proteger um

determinado grupo social com características semelhantes que os unem, que visam proteger os Direitos Humanos ou Fundamentais num grau mais específico. Como a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e Adolescente - ECA, tal lei visa a proteção integral à criança e ao adolescente, além de estabelecer direitos fundamentais, conceitos e princípios, também rege sob as penalidades aos atos cometidos por menores de 18 anos, formas de adoção, organização de algumas instituições públicas e sobre normas de proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos.

Outra norma que também visa proteção de determinado grupo de pessoas é o Estatuto do Idoso, Lei nº 10.714, de 01 outubro de 2003, tal lei além de estabelecer normas de proteção à pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, prevê regras de proteção judicial dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis ou homogêneos da pessoa idosa.

Nesta toada de leis específicas para proteção de determinados grupos, temos a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 - Lei de apoio às pessoas portadoras de deficiência alterada pela Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015 - Estatuto da Pessoa com Deficiência, a qual está destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. Tal Lei tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, de acordo com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da CF, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Ambas as leis acima estão em vigor, mas o Estatuto possui caráter de norma de direitos fundamentais, de forma mais expressa devido ao procedimento de ratificação do tratado internacional de Direitos Humanos, contudo tais leis visam a proteção de mais de um indivíduo, tornando para este trabalho a interpretação de norma de direitos transindividuais, sejam pela forma implícita, ou seja pela forma explícita por conter termos e regras típicos dos direitos difusos e coletivos, como o art. 3º da Lei 7.853, alterado pelo art. 98 do Estatuto, o qual prevê que as medidas judiciais destinadas à proteção de interesses coletivos, difusos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis da pessoa com deficiência poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela União, pelos Estados, pelos Municípios, pelo Distrito Federal, por associação constituída há mais de 1 (um) ano, nos termos da lei civil, por autarquia, por empresa pública e por fundação ou sociedade de economia mista que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção dos interesses e a promoção de direitos da pessoa com deficiência.

Seguindo o pensamento acima de proteção de grupos, também podemos encontrar na Lei nº 11.340, de 07 agosto de 2006 - Lei Maria da Penha, que a priori visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, mas por outro lado protege a família e a mulher. Em tal lei vamos encontrar nitidamente o termo transindividual no art. 37, da seguinte forma: “A defesa dos interesses e direitos transindividuais previstos nesta Lei poderá ser exercida, concorrentemente, pelo Ministério Público e por associação de atuação na área, regularmente constituída há pelo menos um ano, nos termos da legislação civil”. Com isto, vemos que a lei concede a outrem o direito de defesa, no caso em tela da lei, a mulher e a família, para restabelecer a ordem social de bem estar e paz almejada pela norma.

Por outro lado, percebe-se que a lei traz consigo em uma palavra - transindividuais - aquilo que está pacificado pela doutrina, como gênero das espécies difuso e coletivo, esta sutileza é de grande importância no mundo jurídico, pois demonstra a consolidação da matéria estudada neste artigo.

No nosso ordenamento jurídico também podemos encontrar na Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010 - Estatuto da Igualdade Racial, que trata da proteção da população negra e de início vê as expressões difusos e coletivos no art. 1º, vejamos: “destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica”. Assim, podemos observar a nítida relação entre Direitos Humanos e os Direitos Transindividuais, pois como se observa nesta norma, temos a promoção tanto da igualdade racial como a promoção da vida da pessoa humana negra em relação à toda sociedade onde ela está inserida. Na norma, podemos encontrar direitos fundamentais da pessoa negra e até mecanismos de promoção à igualdade, passando pelas instituições públicas e privadas, até ao financiamento das iniciativas de promoção de igualdade.

Por fim, podemos também incluir a população indígena, tendo em vista que faz parte da história de nosso país e hoje encontra proteção, seja pela Constituição e demais leis infraconstitucionais, como a Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, conhecida como Estatuto Índio, mas nela podemos encontrar a palavra comunidade para identificar mais de um indivíduo, assim como a Carta Maior que também utiliza a mesma palavra.

Passados por esta gama de proteções de Direitos Humanos e Direitos Transindividuais, podemos encontrar aquilo que Bobbio (2004) fala do processo de conversão da generalização para especificação, ou seja, mudança gradual da proteção dos direitos do sujeitos ou do homem (no sentido genérico do homem), para proteção mais específica da pessoa humana, como ele próprio observa na Declaração dos Direitos da Criança (1959), Declaração sobre a Eliminação

da Discriminação à Mulher (1967), Declaração dos Direitos do Deficiente Mental (1971), temas estudados por ele.

Mas para isto Bobbio, também parte da análise e interpretação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ou seja, ela foi a propulsora em iniciar a proteção da pessoa humana como gênero e depois houveram declarações para proteção das situações específicas em que a pessoa humana se encontrava e que necessitava de proteção. Assim, também podemos encontrar nos tratados internacionais a proteção dos direitos transindividuais, ou seja, a proteção de determinados grupos de pessoas humanas. Somente a título de informação, podemos encontrar na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, no artigo XVIII, a palavra coletivamente, no artigo XXVI - 2 o termo grupos e no artigo XXX a expressão grupo, contribuindo assim para dinâmica da proteção de mais de um indivíduo.

4. CONCLUSÃO

Diante de todo exposto, podemos compreender a relação entre os Direitos Transindividuais e dos Direitos Humanos, como meio no qual o Direito consegue conceder parâmetros de proteção à Pessoa Humana, cabendo ao Judiciário reconhecê-los em suas decisões.

Atribuir aos Direitos ou Interesses Transindividuais como Direitos Humanos, é abranger o Direito a Fraternidade e/ou Solidariedade, garantindo os direitos da coletividade brasileira como a paz, a comunicação, o meio ambiente, patrimônio comum, etc., definidos pela busca do bem da sociedade, de forma indeterminada, abrangendo o gênero humano e pela luta do fim da sociedade individualista. Para tanto, o ordenamento jurídico brasileiro, além possuir uma Constituição que positivou tais princípios, também possui leis infraconstitucionais que protegem o ser humano na sua especificidade.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Andrade; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo**. 5. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOLDRINI, Paola Marcarini; FONSECA, Bruno Gomes Borges da; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Os direitos fundamentais metaindividuais como cláusulas pétreas = The fundamental rights metaindividuais as entrenchment clause. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 18, p. 155-165, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/49807>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

BOLQUE, Fernando César. **Interesses difusos e coletivos**: conceito e legitimidade para agir. *Justitia*, São Paulo, v. 61, n. 185/188, p. 174-200, jan./dez. 1999. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/23701>>. Acesso em 06 jun. 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 570-572

DELGADO, José Augusto. Interesses difusos e coletivos: evolução conceitual. Doutrina e jurisprudência do STF. **Revista de Processo**, [s.l.], v. 25, n. 98, p. 61-81, abr./jun. 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/1893>>. Acesso em 06 jun. 2017.

DORNELLES, João Ricardo W. Sobre os direitos humanos, a cidadania e as práticas democráticas no contexto dos movimentos contra-hegemônicos. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 6, p. 121-153, jun. 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/24597>>. Acesso em: jun. 2017.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Origem, sentido e futuro dos direitos humanos: reflexões para uma nova agenda. SUR: **Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 1, n. 1, 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/18297>>. Acesso em: jun. 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. As três dimensões dos direitos humanos e o novo conceito de cidadania. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região**, João Pessoa, v. 12, n. 9, p. 104-108, 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/18247>>. Acesso em jun. 2017

MARTINS, Rui Decio; SPARAPANI, Priscilia (Coord.). **Direitos humanos**: um enfoque multidisciplinar. 1. ed. São Paulo: Suprema Cultura, 2009. p. 7-8. Disponível: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/56310>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Interesses coletivos e difusos**. *Justitia*, São Paulo, v. 54, n. 157, p. 41-54, jan./mar. 1992. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/23377>>. Acesso em : 06 de jun. 2017.

MOYN, Samuel. O futuro dos direitos humanos. SUR: **Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 11, n. 20, p. 61-69, jun. 2014. Disponível: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/90682>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**, 12.^a ed., SP: RT, 2016.

NUNES, Rizzato. **As ações coletivas e as definições de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Direito do Consumidor**. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/98586>. Acesso em: 06 de jun. 2017.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. O problema da legitimação de agir e os interesses difusos e coletivos. Themis: **Revista da ESMEC**, Fortaleza, v. 3, n. 1, p. 287-296, 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/18656>>. Acesso em: jun. 2017.

PEREIRA, Julia Lafayette; VELHO, Rafael Rott de Campos; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A efetividade dos direitos humanos de terceira geração: a análise de um caso venezuelano. **Revista eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 2, n. 3, nov. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/18240>>. Acesso em 06 jun. 2017.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições = Human rights and dialogue between jurisdictions. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 19, p. 67-93, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/49939>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

POMPEU, Mirian Porto Mota Randal. A evolução histórica dos direitos humanos. Themis: **Revista da ESMEC**, Fortaleza, v. 8, n. 2, p. 107-118, ago./dez. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/39326>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

SAES, Décio Azevedo Marques de. **A questão da evolução da evolução da cidadania política no Brasil**. Estud. av. vol.15 no.42 São Paulo May/Aug. 200. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142001000200021>Acesso em 02 nov. 2017.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Köche, Rafael. Um direito sem Estado? Direitos humanos e a formação de um novo quadro normativo global = Law without the state? Human rights and the formation of a new global regulatory framework. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 87-100, 2013. Disponível: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/71765>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

VIEIRA, Fernando Grella. **A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos e a posição do Ministério público**. Justitia, São Paulo, v. 55, n. 161, p. 40-53, jan./mar. 1993. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/22289>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo – Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.

**O DANO EXISTENCIAL NA CATEGORIA DE MOTORISTA DE
CAMINHÃO: AS DIVERGÊNCIAS SOBRE A EFICÁCIA DA LEI
13.103/15 E A IMPORTÂNCIA DO TEMPO DE VIDA COMO SENSO DE
DIGNIDADE**

THE EXISTENTIAL DAMAGE IN THE TRUCK DRIVER CATEGORY: THE
DIVERGENCES ON THE EFFECTIVENESS OF LAW 13.103 / 15 AND THE
IMPORTANCE OF THE TIME OF LIFE AS A SENSE OF DIGNITY

**Ulisses Espártacus de Souza Costa⁴
Flávio Henrique Rosa⁵
Pedro Andrade Matos⁶**

RESUMO

A relevância do tema para o presente artigo está vinculada ao colapso da Lei 13.103/15 na salvaguarda da vida e segurança dos caminhoneiros. Assim, através do método de pesquisa dedutivo, critica-se o cumprimento da Lei que é omissa em algumas diretrizes, principalmente ao outorgar a proteção efetiva dos motoristas quanto a sua jornada laborativa. Segundo a Confederação Nacional de Transportes em dados estatísticos do ano de 2017, 61,1% da circulação das cargas do Brasil foi escoada pelas rodovias, o que demonstra a importância desses profissionais. No entanto o Estado subtrai a importância dessa classe para a economia do Brasil.

Palavras-chaves: Lei do Caminhoneiro; Transporte Rodoviário de Cargas no Brasil; Jornada de Trabalho dos Caminhoneiros.

ABSTRACT

The relevance of the theme to this article is linked to the collapse of Law 13.103/15 in safeguarding the life and safety of truck drivers. Thus, through the deductive research method, it is criticized the compliance with the Law that is missing in some guidelines, mainly when granting the effective protection of the drivers as to their working day. According to the

⁴ Advogado especialista em direito corporativo e coletivo do trabalho, mestrando de Direito Ambiental da Escola Superior de Direito Dom Helder Câmara. . Bolsista FAPEMIG.

⁵ Bacharel em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Mestrando em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara.

⁶ Bolsista do Programa Nacional de Pós-Doutorado/CAPES na Escola Superior Dom Helder Câmara/Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável. Belo Horizonte – MG. Doutor em Relações Internacionais pela PUC Minas. Endereço eletrônico: <matooscv@hotmail.com.> ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1949-4138>. (AUTOR ORIENTADOR)

National Transport Confederation, in statistical data for 2017, 61.1% of Brazilian freight traffic flowed through the highways, which demonstrates the importance of these professionals. However, the State subtracts the importance of this class to the Brazilian economy.

Keywords: Law of the Truck Driver; Road Transport in Brazil; Workmen's Day of Work.

INTRODUÇÃO

De modo geral, quase todas as mercadorias de vital importância para economia e de sobrevivência da população são transportadas pelas estradas. Conforme dados do boletim informativo de fevereiro de 2017 da Confederação Nacional dos Transportes 61,1% das cargas do país circularam pelo modal rodoviário. Portanto, verifica-se uma dependência do transporte rodoviário e ausência de investimento por outras modalidades de transportes. (IBGE, 2017, p. 1).

Devido o transbordo das mercadorias ocorrer em grande parte pelo modal rodoviário, surgem vários problemas, desde a falta de infraestrutura, falência de planejamento pelo Estado, como ausência de amparo com a saúde desses profissionais. A segurança e os consideráveis índices de acidentes são outros fatores alarmantes. Mesmo sendo o meio mais utilizado no país, não há investimentos a médio e longo prazo pelo governo, e nem existência de políticas públicas para melhoria ou ampliações das condições de bem estar dos profissionais.

Ainda conforme dados disponibilizados pela Confederação Nacional dos Transportes no ano de 2017, “20,7% das cargas foram transportadas por ferrovias, 13,6% pelas hidrovias fluviais e marítimas, 4,2% pelo meio dutoviário e apenas 0,4% por via aérea”. (CNT, 2017, p.1). Claramente corroborando o transporte rodoviário como o meio principal do escoamento das mercadorias.

Latente é a ausência de condições adequadas de trabalho para esses profissionais, sendo submetidos à várias horas de volante, má alimentação, precarização da saúde. Além, da exposição a vários riscos. O conjunto das más condições, aliados a imposição dos contratantes e empregadores pela entrega em curto prazo, são a mistura perfeita para a total degradação dos meios de trabalho e, sobretudo para marginalização dos caminhoneiros que são abandonados a sua própria sorte.

O dano existencial pode ser subentendido como a violação de qualquer um dos direitos essenciais do homem, que ensejam alguma ação que cause prejuízo direto na sua vida pessoal,

podendo ser proveniente dos encargos da sua profissão, a qual garante sua subsistência pela remuneração, mas ao mesmo tempo é a causadora do fato danoso.

A partir do momento em que há prejuízo, o dano existencial do homem, conseqüentemente, esses malefícios se estendem à vida digna que todo cidadão deve ter, já que são institutos sinônimos, ainda que, por ação ou omissão, o indivíduo que causar dano à outra pessoa, for incumbido de repará-lo, já que é um princípio fundamental resguardado pelo Código Civil, sendo indenizado com a designação de dano moral. Contudo, é difícil acreditar em uma reparação eficaz, porque, diferentemente de outras modalidades de dano, essa não tem cunho econômico ou patrimonial, o que dificulta a mensuração do ressarcimento devido e pode levar à indenização a qualquer privação sofrida nas suas atividades existenciais.

Embasa-se o dano existencial em duas vertentes: uma tem relação com o prejuízo causado ao projeto de vida; a outra, à vida das relações. Em outros termos, é considerado dano existencial o que impossibilita a pessoa de desenvolver seus projetos de vida, como seu desenvolvimento pessoal, profissional, familiar, e tudo o que, de certa forma, restringe a liberdade de escolha do seu próprio futuro. Também se considera dano existencial o que causa prejuízo à vida de relação, isto é, os sacrifícios desprendidos pelo trabalhador como se restringir das relações familiares, sociais, afetivas, recreativas e demais relações das quais se encontra privado.

Conforme Severo (2009, p. 68), “aliado à dignidade humana está o tempo de vida do trabalhador destinado à função de suas atividades”. Os motoristas de caminhão são um belo exemplo de trabalhadores que sofrem constantemente com o fato de passarem dias, semanas e até meses fora do seu circuito social, privando-se da convivência com sua família, seus amigos, da sociedade e de tudo que lhe agrada, não desfrutando, por conseguinte, do seu direito ao lazer, garantido pelo art. 6º da Constituição Federal.

Um dos problemas que afeta grande parte dos caminhoneiros é uso de entorpecentes e anfetaminas, não raro são atribuídos a constante pressão psicológica vivenciada por tais profissionais, e a latente falta de amparo tanto das empresas, quanto por ausência de políticas públicas. Existem relatos de uso das mais variadas drogas por esses profissionais, desde remédios de uso prescrito, assim como anfetaminas, cocaína, maconha e crack.

Ante a realidade vivida pelos caminhoneiros brasileiros o governo propôs a Lei 13.103/15 (BRASIL, 2015), como tentativa de reunir condições mínimas desejáveis da metodologia do trabalho do motorista. Determinando horas de volante, descanso e regulamentando principalmente as formas de trabalho desses profissionais. No entanto, tal tentativa não passou de uma retórica legal, pois não existe uma mudança do quadro de

precarização da profissão dos caminhoneiros que possa contribuir para diminuição dos constantes problemas enfrentados pela categoria.

1 A RETORICA DA LEI, MAQUIAGEM AS PÉSSIMAS CONDIÇÕES DE TRABALHO DOS CAMINHONEIROS.

A Lei 13.103/15 (BRASIL, 2015) apenas regula a profissão do caminhoneiro e determina a forma como esses profissionais devem se organizar na execução de sua jornada de trabalho. No entanto, o Estado não presta qualquer suporte para essa classe. A fragilidade econômica alegada pelo Estado é um dos principais fatores para abandono dos caminhoneiros e investimento em infraestrutura.

O sucateamento das rodovias e paradas, a falta de segurança e principalmente a ausência de fiscalização por parte de órgãos do transporte expõem os profissionais do volante aos mais variados riscos. Os profissionais ficam a mercê do mercado que impõem as mais severas condições de trabalho, sendo a mais comum a pressão pela rapidez das entregas. E muitas vezes pela baixa circulação de algumas estradas essas não atraem o investimento de empresas privadas para parcerias público privadas. (CORREA; RAMOS, 2010).

A pressão imposta pelas empresas, assim como pelo mercado na fluidez ágil das mercadorias, aliadas a total falta de condições de trabalho e infraestrutura, muitas vezes levam os motoristas ao uso de drogas. Não há qualquer fiscalização por parte do Estado, tanto para amparar esses caminhoneiros doentes, quanto para coibir a ação dos empregadores. Sendo o mercado o termômetro regulador da profissão, impondo que o caminhoneiro simplesmente aceite as imposições dos empregadores ou do mercado para manutenção de sua profissão. (SILVA, 2016).

O sucateamento das rodovias é o maior entrave dessa concorrência desleal contra o tempo, fator que determina que o caminhoneiro permaneça por mais horas no volante. Rodando mais horas e em estradas sucateadas o consumo dos veículos aumentam, tornando o diesel o grande vilão do frete, tomando considerável parte do valor. Além de não alardear as necessidades enfrentadas por esses profissionais ao poder público. Pois, resistem às péssimas condições de trabalho.

Devido o significativo gasto imposto pelo diesel no valor do frete, os caminhoneiros são obrigados a utilizar veículos em péssimas condições de manutenção. Peças

recondicionadas, pneus recapados, além de outros itens de segurança em estado duvidoso fazem parte do dia a dia dos caminhoneiros, que expõem suas vidas e dos demais usuários das estradas a riscos de graves acidentes até mesmo a fatalidades.

O tempo a mais que motorista permanece ao volante é proibido por Lei. No entanto, é suportado pelo uso de drogas para transpor tais condições de precariedade. Iniciam para se manterem acordados, levando a total dependência psicotrópica. (JUNIOR, 2016). Os motoristas entram em uma espécie de piloto automático, pois sabem para onde ir. Mas, estão com o reflexo diminuído por estarem totalmente dopados. (MASSON, 2010).

A total ausência de infraestrutura das paradas faz com que os caminhoneiros as evitem, e ao arrepio da Lei permaneçam por horas a fio na madrugada, o que aumenta o risco de ocorrências de acidentes. As paradas não possuem higiene para banho, alimentação e principalmente a segurança da vida do caminhoneiro, da carga e do caminhão. Sendo o Roubo e o furto um dos problemas latentes da noite nos postos de gasolina.

Os acidentes estigmatizam os caminhoneiros como marginais, drogados, além de atribuir muitas outras práticas ilegais. Os preconceitos se estendem aos locais de cargas e descargas, bem como nos postos aos quais abastecem o caminhão. Também é o mesmo dilema enfrentado nas Centrais de Abastecimentos, nas quais os caminhoneiros têm que permanecer por horas esperando, sem qualquer condição de bem estar, sem banheiros públicos e locais de alimentação. (SILVA, 2016).

O Estado promove os caminhoneiros de vítimas para algozes, marginais do asfalto, que são levados a condições extremas. Reféns do capitalismo e do mundo das drogas. O valor baixo dos fretes, a alta do diesel, a cobrança excessiva de pedágios inclusive de eixo levantado, e pela utilização de estradas em péssimas condições, levam os caminhoneiros a pagar um custo muito caro, adoecendo no volante. (CORREA; RAMOS, 2010).

A ausência de fiscalização da “Lei do Caminhoneiro” e o desinteresse do Estado colocam em cheque um dos serviços mais importantes da economia interna, qual seja o trânsito das mercadorias. Fragilizam a classe que pela solidão da estrada fica enfraquecida, pois o destino igual de muitos desconhecidos os distanciam dos amigos e principalmente da família, fragilizando as suas relações a coleguismos de classe o que dificulta a unidade pela luta de seus direitos.

2 O DANO EXISTENCIAL NO DIREITO LABORAL

Desde os tempos remotos, as ciências e a filosofia questionam a existência humana. Como viveremos neste mundo? Como será o ciclo existencial de vidas humanas diante do desejado e o desconhecido? Mobilizados por projetos possíveis e impossíveis, os seres humanos possuem a capacidade de olhar para o futuro. De uma maneira ou outra, há um plano em relação a sua própria existência, ou seja, um projeto de vida.

Assevera Frota (2011, p.60) que “deflagrado por eventos que, por vezes, também repercutem no âmbito da integridade física, moral e psíquica, o dano existencial constitui espécie de dano imaterial ou não material que acarreta à vítima, de modo parcial ou total, a impossibilidade de executar, dar prosseguimento ou reconstruir o seu projeto de vida (na dimensão familiar, afetivo-sexual, intelectual, artística, científica, desportiva, educacional ou profissional, dentre outras) e a dificuldade de retomar sua vida de relação¹ (de âmbito público ou privado, sobretudo na seara da convivência familiar, profissional ou social)”.

Portanto, é assegurada ao ser humano a liberdade de escolha, o direito da pessoa de moldar sua vida e seu destino, o componente existencial da vida em sociedade e de todo indivíduo. O projeto de vida não se confunde com o mínimo existencial, com o indispensável para que se tenha uma vida em sociedade. Tem por objetivo perscrutar uma modificação verdadeira ao ser humano, um direito fundamental a ter uma vida digna, sublime e destina à evolução.

A partir do momento em que há prejuízo, o dano existencial do homem, conseqüentemente, esses malefícios se estendem à vida digna que todo cidadão deve ter, já que são institutos sinônimos, ainda que, por ação ou omissão, o indivíduo que causar dano à outra pessoa, for incumbido de repará-lo, já que é um princípio fundamental resguardado pelo Código Civil, sendo indenizado com a designação de dano moral. Contudo, é difícil acreditar em uma reparação eficaz, porque, diferentemente de outras modalidades de dano, essa não tem cunho econômico ou patrimonial, o que dificulta a mensuração do ressarcimento devido e pode levar à indenização a qualquer privação sofrida nas suas atividades existenciais. (FROTA, 2011).

Destaca ainda Frota que:

Por dano existencial (também chamado de dano ao projeto de vida ou *prejudice d'agrément* — perda da graça, do sentido) compreende-se toda lesão que compromete a liberdade de escolha e frustra o projeto de vida que a pessoa elaborou para sua realização como ser humano. Diz-se existencial exatamente porque o impacto gerado pelo dano provoca um vazio existencial na pessoa que perda a fonte de gratificação vital. Por projeto de vida entenda-se o destino escolhido pela pessoa, o que decidiu fazer com a sua vida. O ser humano, por natureza, busca sempre extrair o máximo das suas potencialidades. Por isso, as pessoas permanentemente projetam o futuro e realizam escolhas no sentido de conduzir sua existência à realização do projeto de vida. O fato injusto que frustra esse destino (impede a sua plena realização) e obriga

a pessoa a resignar-se com o seu futuro é chamado de dano existencial. (FROTA, 2011, p.61)

O dano ao projeto de vida de acordo com Frota (2011) refere-se às alterações de caráter não pecuniária nas condições de existência, no curso normal da vida da vítima e de sua família. Representa o reconhecimento de que as violações de direitos humanos muitas vezes impedem a vítima de desenvolver suas aspirações e vocações, provocando uma série de frustrações dificilmente superadas com o decorrer do tempo. [...] Todos vivemos no tempo, que termina por nos consumir. Precisamente por vivermos no tempo, cada um busca divisar seu projeto de vida. O vocábulo “projeto” encerra em si toda uma dimensão O dano ao projeto de vida atinge as expectativas de desenvolvimento pessoal, profissional e familiar da vítima, incidindo sobre suas liberdade de escolher o seu próprio destino. Constitui, portanto, uma ameaça ao sentido que a pessoa atribui à existência, ao sentido espiritual da vida. (FROTA, 2011).

Na especialidade a que se refere esse artigo, o trabalho em si, a justa remuneração, a proteção do trabalho ao trabalhador justifica-se tornar importante o ajuste do tempo em seu ciclo existencial. No entanto, tais evidências são questionáveis uma vez que a sobre jornada que se impõe à classe, as modificações arbitrárias que sofreu a legislação em vigor pelo governo federal, não permite a esta categoria um ambiente intimo que o desconecte de seu trabalho por um curto período de tempo para usufruir, desfrutar da remuneração da qual lhe faz jus pelo seu labor configurando o dano existencial.

Contudo, a hiper-exploração da mão-de-obra visando tão somente lucro pelo patronato e conseqüentemente gerando frustração ao projeto de vida relacional à vida com terceiros, torna-se cada vez mais patente nas empresas. Surge na seara jurídica o direito de conexão uma vez que o empregador de um forma forjada ou por negligência impõe ao seu empregado a vias tecnológicas para controle e comunicação a qualquer tempo do dia ou da noite.

Embasa-se o dano existencial em duas vertentes: uma tem relação com o prejuízo causado ao projeto de vida; a outra, à vida das relações. Em outros termos, é considerado dano existencial o que impossibilita a pessoa de desenvolver seus projetos de vida, como seu desenvolvimento pessoal, profissional, familiar, e tudo o que, de certa forma, restringe a liberdade de escolha do seu próprio futuro. Também se considera dano existencial o que causa prejuízo à vida de relação, isto é, os sacrifícios desprendidos pelo trabalhador como se restringir das relações familiares, sociais, afetivas, recreativas e demais relações das quais se encontra privado (FROTA, 2011). Ou, ainda:

[...] Podem resultar em dano existencial os incidentes cuja repercussão seja de tamanha magnitude a ponto de inviabilizar relacionamentos de cunho familiar,

afetivo-sexual ou profissional (dano à vida de relação) e/ou fulminar metas e objetivos de importância vital à autorrealização (dano ao projeto de vida), resultando no esvaziamento da perspectiva de um presente e futuro minimamente gratificantes. O dano existencial deriva dos danos extrapatrimoniais ou imateriais, tendo na sua essência aspectos diversos dos demais danos, que podem ser considerados patrimoniais ou materiais. (FROTA, 2011, p. 66)

Conforme Severo (2009, p. 68), aliado à dignidade humana está o tempo de vida do trabalhador destinado à função de suas atividades. Os motoristas de caminhão são um belo exemplo de trabalhadores que sofrem constantemente com o fato de passarem dias, semanas e até meses fora do seu circuito social, privando-se da convivência com sua família, seus amigos, da sociedade e de tudo que lhe agrada, não desfrutando, por conseguinte, do seu direito ao lazer, garantido pelo art. 6º da Constituição Federal.

Essa privação não foi alterada com a nova legislação; pelo contrário, foi observada padronização da jornada de trabalho, que, em suma, deveria proteger o motorista do cansaço ao obrigá-lo a parar para descansar de tempo em tempo, porém não se avaliou que, dessa forma, a viagem ficaria mais duradoura e conseqüentemente poderia castigar o profissional, que permaneceria um tempo maior fora do seu convívio social. (FROTA, 2011).

Para os caminhoneiros, aplica-se o dano existencial tanto na questão de prejuízo às relações, já que por estar distante da família e amigos, deixa de desfrutar da companhia de quem gosta, bem como resta impossibilitado de realizar seus projetos de vida, sendo que depende da profissão para sua subsistência e, enquanto labora, não dispõe de tempo para o desenvolvimento do que fora anteriormente planejado, como viajar com a família, participar de algum evento que lhe agrade, entre outras situações. (FROTA, 2011).

Nessa categoria, ainda se encontram outros tipos de dano existencial, como é o caso do fator psicológico, levando-se em consideração que o motorista sofre constantemente pelo medo de ser assaltado ou por excesso de perigo, ao trafegar em estradas precárias nas quais, muitas vezes, não há o mínimo de segurança. Também se cita o risco iminente de acidentes, já que eles independem da perícia em conduzir o veículo, podendo o motorista de caminhão se envolver em acidentes pelo descuido de outros motoristas (FROTA, 2011).

Para Frota (2011, p. 69), “ao avaliar o dano existencial da categoria, nota-se que a maior dificuldade para combater se dá por conta do tempo em que o trabalhador fica afastado do seu convívio, já que as demais modalidades de dano existencial têm facilidade maior para se reduzir. A Lei nº 13.103/2015 deixou, portanto, muito a desejar nesse tocante, acarretando ainda mais problemas para os motoristas, que, por serem subordinados, e em sua maioria comissionados, ficam à mercê do cumprimento de horários estabelecidos pela transportadora, pois, caso contrário, não são remunerados”.

O fator central do embate está relacionado ao dano existencial ao motorista, junto com vários outros elementos que acrescentam divergências sobre a eficácia da lei, como a falta de locais apropriados para a alocação dos caminhões para descanso, já que com o limite da duração da jornada acarretará uma aglomeração de veículos nos locais já existentes, colocando em xeque a estrutura que as estradas brasileiras disponibilizam para as alterações previstas. Essa medida tem por objetivo assegurar o conforto e a segurança para o descanso do motorista, o que nesse caso não teria grande eficácia. (FROTA, 2011).

No entanto, apesar de se notar uma alteração para a melhoria da classe, permeiam dúvidas se a lei irá realmente outorgar proteção efetiva aos motoristas quanto a sua jornada laborativa, já que se faz omissa em alguns aspectos, o que pode dificultar seu cumprimento e causar dano existencial ao motorista. (FROTA, 2011)

Dessa forma, pretende-se reconhecer os efeitos causados pelas Leis nº12.619/2012 e nº 13.103/2015 à jornada de trabalho dos motoristas de caminhão, apontando a importância do tempo de vida e o aumento do dano existencial na categoria de motorista de caminhão após a criação da legislação em tela; além disso, pretendesse pesquisar aspectos dessa jornada e avaliar quanto a rotina foi alterada com os novos dispositivos, e, por fim, analisar o entendimento da jurisprudência no que tange à jornada de trabalho do motorista de caminhão. (FROTA, 2011)

Deve-se, portanto, analisar as jurisprudências existentes com relação à jornada de trabalho do motorista de caminhão, visto que ainda é bem escassa a conexão com o dano existencial, o que não significa sua inexistência na categoria, e sim apenas uma denominação diferente (dano moral), por se tratar de instituto recente e um judiciário relutante em aplicação da legislação a luz dos princípios suplantadores dos direitos humanos.

3 A ROTINA DO CAMINHONEIRO.

A jornada dos caminhoneiros em grande parte se inicia às 04 horas da manhã, permanecendo por todo o dia, se estendendo até a noite. A ausência de estrutura, curtos prazos para entregas e as longas jornadas de trabalho induzem os profissionais ao uso de substâncias químicas, como álcool, anfetaminas no intuito de se manterem produtivos por maiores períodos. Até mesmo pela ânsia de receberem seus fretes e procura por novas cargas devido ao baixo valor pago e a consequente necessidade de se trabalhar mais. (GIMENES, 2018).

O uso de substâncias químicas e estimulantes, além do álcool e anfetaminas, como a cocaína e o crack, são muletas para se manterem acordados na busca pelo aumento da jornada

de trabalho. Tais tentativas se dão para atender as demandas dos prazos de entrega exigidos pelas empresas. Essas ocorrências são os aspectos mais visíveis da ausência de intervenção do Estado. Não há qualquer política pública de prevenção e conscientização dos caminhoneiros, apenas há investimento em políticas de doenças sexualmente transmissíveis. (MASSON, 2010).

Suas refeições são preparadas na beira da estrada, sem qualquer balanceamento ou adequabilidade nutricional. O que propicia o aparecimento de doenças como hipertensão, diabetes, obesidade e sobre peso. Em grande parte os motoristas evitam refeições adequadas durante o dia e fazem pequenos lanches para evitarem o sono pós-almoço, na busca de fugirem dos acidentes, o que traz consequências irreparáveis para a saúde desses profissionais. (SILVA, 2013).

Outro importante problema verificado é a dinâmica de produtividade/comissão, assim como a regulamentação da jornada de trabalho. Pois não existe fiscalização por qualquer órgão, nem intervenção sindical em prol dos caminhoneiros. A autofiscalização parte da consciência dos caminhoneiros, que são compelidos pelos altos gastos de sua atividade. Ou que por medo de perderem o emprego ou necessidade de aumentar o trabalho para custear as despesas e manutenção de suas famílias intensificam suas jornadas de trabalho.

A forma como a atividade do caminhoneiro se dá, com longas distâncias a percorrer, datas e horários com intervalos curtos para entrega das cargas, remuneração por produtividade que obriga o caminhoneiro a trabalhar além do limite contratual; uso de medicamentos para não dormir, faz com que se desenvolva várias doenças. O conflito entre a organização do trabalho e o funcionamento psíquico dos homens dificulta a possibilidade de adaptação, pois o desejo do indivíduo não é contemplado. Existe uma relação aparente entre a forma como o trabalho do caminhoneiro obriga a trabalhar longas horas do dia, longe da família e do ambiente social onde vive, causando problemas de relacionamento, uso de remédios e drogas.

Diante das dificuldades encontradas pelo caminhoneiro, às tentativas de adaptação que esta profissão exige tanto físicas como mentais frente às extremas condições de organização do trabalho, corroboram para o comprometimento evidente à saúde e à segurança no trabalho, bem como o custo psíquico (cognitivo e afetivo) destes profissionais (DINIZ, 2013). Trava-se acirrada luta entre as vertentes vigília-sono, durante dias seguidos, no cumprimento das suas tarefas sob condições limites, as que comprometem a saúde do caminhoneiro e a identificação de seu projeto no tempo de vida.

4 AS DROGAS E O MOTORISTA PROFISSIONAL

Os caminhoneiros apresentam consumo elevado de cigarros, bebidas alcoólicas, bebidas cafeinadas, além do uso de anfetaminas, como o popular “rebite” que são medicamentos estimulantes feitos a partir de anfetaminas para se manter acordado e cumprir as jornadas que lhes são impostas. Um mercado de serviços e produtos específicos é disponível para suprir a demanda de um grande número de homens que passam longos períodos longe de casa, que inclui a oferta de serviços sexuais e de substâncias ilícitas.

Uma das principais motivações pela busca dos paliativos é de conseguir resistir às pesadas jornadas de trabalho. As consequências dessa prática para a saúde dos motoristas são graves e, além disso, aumentam o comportamento de risco e os acidentes nas estradas.

Diariamente matérias veiculadas nos principais meios de comunicação do país revelam o crescimento do uso de drogas por caminhoneiros e motoristas de ônibus, bem como o aumento do transporte rodoviário de drogas. Submetidos a pesadas jornadas, os caminhoneiros e motoristas de ônibus frequentemente cochilavam ao volante e, “em média, 50% dos acidentes aconteciam sem o envolvimento de qualquer outro veículo. Indício claro de que o cansaço poderia ser o principal causador do sinistro”. (RIZZOTO, p. 05, 2014).

As questões envolvendo o uso de entorpecentes pelos motoristas se tornou corriqueira, que diversos programas de proteção e prevenção se tornaram atuantes se utilizando de medidas mais repressivas em conjunto com o Estado, inclusive determinando expressamente o exame toxicológico para os motoristas profissionais.

Uma nova arma para o combate ao uso de drogas por motoristas profissionais, pois adiciona aos exames médicos obrigatórios para habilitação e renovação profissional das categorias C, D e E, o exame toxicológico de larga janela, popularmente conhecido como teste de cabelo, que permite, com a coleta de pequena quantidade, identificar se o doador utilizou drogas nos últimos 90 dias. (RIZZOTO, p. 04, 2014).

O uso desses exames está produzindo resultados expressivos em vários setores em que a segurança é fundamental. Inclusive no setor de transporte rodoviário, desenvolvendo campanhas elucidativas e de conscientização não apenas dos motoristas, mas de todos os envolvidos com o sistema de transportes de modal rodoviário.

Há características da atividade profissional do caminhoneiro comuns, independente do segmento de atuação: é um trabalho executado com os mesmo instrumentos e técnicas e requer habilidade na direção. Os caminhoneiros compõem uma população com grande mobilidade, com permanência de períodos variáveis em trânsito, longe de casa e com longas jornadas de trabalho.

Este profissional apresenta distúrbios relativos ao sono e o cotidiano do trabalho é geralmente descrito como cansativo, monótono e solitário. As condições de trabalho colocam

os caminhoneiros em situação de perigo, sobretudo acidentes nas rodovias, roubos, sendo estas atividades consideradas, portanto, perigosas e estressantes.

O consumo de substâncias ilícitas por motoristas profissionais contribui para o aumento e distribuição do tráfico de drogas que se aproveita da fluência das rodovias, não apenas para o transporte da droga aos grandes centros, mas para distribuir em todos os recantos do Brasil, atingindo pequenas cidades despreparadas para lidar com suposta adversidade. As consequências do consumo de drogas se traduz em aumento de ocorrência de acidentes nas rodovias, e no drama humano desses profissionais.

5 A FAMÍLIA, OS DESAFIOS DA DISTÂNCIA

Além da saudade da família, os caminhoneiros têm de enfrentar outras saudades: a de uma cama, um banho ou de uma comida decente, pois a cama do caminhão não é a mesma de suas casas, os chuveiros dos postos de combustível, e a comida feita no caminhão ou de restaurante a lanchonete não é a mesma feita por seus pais ou família. Com todas as situações indesejadas, insegurança, falta de rodovias adequadas, e uma série adversidades, a maior queixa dos motoristas de caminhão é à distância da família. (LACAZ, 2007).

São dias, às vezes semanas longe de casa. Em muitas vezes o sentimento é amenizado pelo uso de drogas que além de proporcionar maior rendimento, para cumprir a longa jornada que lhe são impostas, as mais variadas drogas são usadas como fuga, do sentimento latente de saudade da família. (LACAZ, 2007).

Os caminhoneiros dizem que "são visitas em casa"; seu local de trabalho são "as rodovias brasileiras". (LEITE, p. 55, 2015). Assim, além de ter que assumir parte dos papéis masculinos, a mulher do caminhoneiro torna-se uma espécie de gerente dos compromissos do marido. Na volta à casa o caminhoneiro não chega assumir integralmente seus compromissos, ou reassumir os papéis delegados à mulher. Quando voltam para casa, o caminhão continua ocupando todo o seu tempo, pois já está precisando de revisões e/ou manutenção, para dar continuidade às suas viagens.

Hodiernamente a tecnologia tem sido aliada para os profissionais existem diversos aplicativos de celular, como *Skype* e *WhatsApp*, que realizam chamadas de vídeo e voz, que permite um maior contato, havendo condições tecnológicas favoráveis para contato regular com a família amenizando um sentimento diário de saudade.

6 SAÚDE MENTAL DOS CAMINHONEIROS

Tais possibilidades de atuação implicam na maior compreensão do ser humano em suas várias extensões. (JACQUES, 2007). A Saúde do Trabalhador e a Psicologia do Trabalho, Lacaz (2007) alega que a Saúde do Trabalhador emerge, no Brasil, como enfoque teórico-metodológico da Saúde Coletiva”. Surge um novo foco em meio a uma sociedade que vive várias mudanças econômicas, políticas e sociais.

Mediante as várias dificuldades encontradas no cotidiano do caminhoneiro fazem-se necessárias tentativas de adaptação do ser humano, do ponto de vista físico e mental às extremas condições de organização do trabalho. Verifica-se um comprometimento evidente à saúde e à segurança no trabalho o custo psíquico (cognitivo e afetivo) imposto aos trabalhadores em sua integridade, pois são submetidos a longas jornadas, em que os trabalhadores travam uma enorme luta entre as vertentes vigília-sono, durante dias seguidos, no cumprimento das suas tarefas sob condições limites (LACAZ, 2007).

Devido a massacrante jornada de trabalho, a precárias condições nas estradas, ausência da família, falta de regularidade de acompanhamento médico, medos de assaltos dentre outras adversidades, desenvolve-se doenças físico-mentais, muitas das vezes irreversíveis.

CONCLUSÃO

Verifica-se que não há políticas públicas em prol dos caminhoneiros, apenas algumas ações isoladas em relação à prevenção de doenças sexualmente transmissíveis. Quando esses profissionais transitam por estradas com pavimentação adequada, tem que arcar com altos custos de pedágio, inclusive pagando pelo eixo levantado, pois são afetadas a iniciativas privadas e os valores são cobrados pelo número de eixo, independente se estiverem em uso ou não.

As doenças funcionais são as mais variadas, derivadas pela total ausência e descaso com a classe, que sobrevive em sua individualidade na boleia do caminhão. Não existem postos médicos nas paradas dos caminhoneiros, que são obrigados a se abrigarem em postos de gasolina no período da noite. Pagando pela segurança, pela higiene, pela alimentação, diesel e pedágio, sem qualquer benefício pelo governo ou pelo sindicato de classe.

Como alternativa para diminuir e/ou evitar o uso de drogas entre esses profissionais, bem como o possível e decorrente envolvimento em acidentes nas rodovias é que o governo através da Lei 13.103/15 (BRASIL, 2015) tentou impor um regramento aos motoristas de

caminhão. No entanto, não há contra partida por parte do Estado em efetivação de políticas públicas que possam garantir as mínimas condições de trabalho para a função que é de vital importância para a economia e manutenção do país.

Não existem incentivos por parte do governo destinados à função do motorista de caminhão, mesmo sendo essa atividade responsável por mais da metade do transbordo das mercadorias do país encontra-se esquecida e solitária entre um frete e outro. Sobrevivendo de migalhas, morrendo e sendo substituída por novos caminhoneiros que repetem a mesma sina dos que se foram. Calados e sem reclamarem por intervenção e melhorias de condições devidas à enfraquecida frente de mobilização de sua categoria.

Os trabalhadores motoristas de cargas em rodovias acabam por desencadear transtornos mentais, que estão descritos entre os problemas de saúde relacionados ao trabalho, podendo afetar qualquer pessoa, setor ou organização. Visto como um problema de saúde pública na sociedade moderna se trata de disfunções graves para o trabalhador e a sociedade em geral.

A realidade dos motoristas caminhoneiros de cargas mostra um contexto precário em termos de condições de trabalho, assim, estão mais predispostos a fatores desencadeantes de transtornos psíquicos. Seu trabalho é permeado por pressões do dia adia nas estradas, violência do trânsito, insegurança, medo, metas a serem cumpridas e longas jornadas de trabalho. Inclui-se no contexto, o fato de estarem quase sempre sobre efeitos de drogas para driblar o sono e o cansaço, a distância da família e a falta de convívio social ajudam no aparecimento de doenças relacionadas ao trabalho e aumento das estatísticas de acidentes de trânsito.

Perante as condições precárias do trabalhador, especificando-se o caminhoneiro é necessário que desenvolva suas capacidades e potenciais, elucidando-os sobre as condições que lhes são oferecidas e sobre a organização de seu trabalho. O caminhoneiro precisa entender que o grau de satisfação que ele encontra na vida pessoal, familiar, social e profissional, sobretudo a qualidade de vida não depende do que lhe é exigido, mas também da percepção que cada indivíduo tem em relação as suas expectativas pessoais e profissionais.

As condições de trabalho na atualidade estão cada vez mais estressantes e insensíveis às condições humanas, pois há cobranças para se obter maior produtividade e a melhor qualidade, seja nos produtos ou serviços. Diante de tais mudanças envolvendo inclusive tecnologia, as formas produtivas, os trabalhadores são afetados diretamente. As mudanças de rotina de trabalho contribuem para um grande número de aparecimento de doenças relacionadas ao trabalho.

REFERÊNCIAS

BRASIL. LEI Nº 12.619, DE 30 DE ABRIL DE 2012. **Dispõe sobre o exercício da profissão de motorista.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112619.htm> Acesso em: 19 Mai. 2018.

BRASIL. LEI Nº 13.103, DE 2 DE MARÇO DE 2015. **Dispõe sobre o exercício da profissão de motorista, revoga dispositivos da Lei no 12.619, de 30 de abril de 2012; e dá outras providências.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113103.htm> Acesso em: 15 Mar. 2018.

CORREA, Vivian Helena Capacle; RAMOS, Pedro. A precariedade do transporte rodoviário brasileiro para o escoamento da produção de soja do Centro-Oeste: situação e perspectivas. **Revista de Economia e Sociologia Rural**, v. 48, n. 2, p. 447-472, 2010. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/resr/v48n2/09.pdf>> Acesso em: 12 Jun. 2018.

CNT. Confederação Nacional dos Transportes. Transportes de cargas no Brasil. Centro de Estudos em Logística - COPPEAD, 2002. Disponível em: <ftp://geofpt.ibge.gov.br/organizacao_do_territorio/redes_e_fluxos_geograficos/logistica_dos_transportes/Mapa_Logistica_dos_Transportes_no_Brasil.pdf>. Acesso em: 12 Jun de 2018.

FROTA, Hidemberg Alves da. **Dano existencial: noções fundamentais.** 2011. Disponível em: <<http://tematicasjuridicas.wordpress.com/2011/10/31/dano-existencial-nocoesfundamentais/>>. Acesso em: 03 Ago. 2018.

GIMENES, Sathya de Camargo Andrade. **Custo Brasil: ferrovias, rodovias e redirecionamento das exportações.** Trabalho de conclusão de curso. Brasília. Universidade de Brasília, 2017. Disponível em:< <http://bdm.unb.br/handle/10483/19425>> acesso em: 23 Abr. 2018.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <ftp://geofpt.ibge.gov.br/organizacao_do_territorio/redes_e_fluxos_geograficos/logistica_dos_transportes/> Pdf. Acesso em 23 abr 2018.

JUNIOR, Gilmar Antoniassi et al. O uso de drogas por motoristas caminhoneiros e o comportamento de risco nas estradas. **Revista de Epidemiologia e Controle de Infecção**, v. 6, n. 4, p. 158-162. 2016. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/epidemiologia/article/view/7968>> acesso em: 12 Jun. 2018.

LACAZ, F. A. de C. O campo saúde do trabalhador: resgatando conhecimentos e práticas sobre as relações trabalho-saúde. **Caderno Saúde Pública** .São Paulo v. 23, n. 4, p. 757- 766, 2007.Disponível em:< <http://www.scielo.br/pdf/csp/v23n4/02.pd>>. Acesso em :03 abr 2018.

LEITE, Thiago André Rodrigues et al. A voz do caminhoneiro no rádio amador: prática discursiva e seus possíveis efeitos. 2015. Disponível em: <[MASSON, Valéria Aparecida; MONTEIRO, Maria Inês. Estilo de vida, aspectos de saúde e trabalho de motoristas de caminhão. **Revista Brasileira de Enfermagem**, v. 63, n. 4, 2010. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/2670/267019592006/>> acesso em: 12 Jun. 2018.](https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=A+VOZ+DO+CAMINHONEIRO+NO+R%C3%81DIO+AMADOR%3A++PR%C3%81TICA+DISCURSIVA+E+SEUS+POSS%C3%8DVEIS+EFEITOS&btnG=> Acesso em: 06 Set. 2018.</p></div><div data-bbox=)

MORAIS, Ezequiel. **Dr. Ezequiel Moraes escreve coluna na Revista Síntese sobre dano existencial**. 2013. Disponível em: <<http://rtgespecializacao.com.br/dr-ezequielmoraisescreve-coluna-na-revista-sintese-sobre-dano-existencial-2/>>. Acesso em: 03 Ago. 2018.

OLSSON, Giovanni; FONTANA, Odisséia Aparecida Paludo. **Globalização e direito social: as transformações e os novos debates em evidência** [recurso eletrônico] / Giovanni Olsson, Odisséia Aparecida Paludo Fontana, organizadores – Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017. 270p. Texto eletrônico. Modo de acesso: World Wide Web.

SEVERO, Valdete Souto. **Crise de paradigma no direito do trabalho moderno: a jornada**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2009.

SILVA, Janara Leal et al. USO DE SUBSTÂNCIAS PSICOATIVAS “DROGAS”: UMA REVISÃO DE LITERATURA/PSYCHOACTIVE SUBSTANCE USE” DRUGS”: A REVIEW. **Northeast Brazilian Health Journal (Revista Piauiense de Saúde)**, v. 2, n. 1, p. 2-13, 2013. Disponível em: <<http://www.revistarps.com.br/index.php/rps/article/view/25>> Acesso em: 10 Abr. 2018.

RIZZOTTO, Rodolfo Alberto. AS DROGAS E OS MOTORISTAS PROFISSIONAIS. Dimensionando o problema e apresentando soluções. **SOS ESTRADAS. Programa de segurança nas estradas**. www.estradas.com.br. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=15&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwih9YCK66bdAhWBQZAKHdW4A1MQFjAOegQIARAC&url=http%3A%2F%2Festradas.com.br%2Fwp-content%2Fuploads%2F2015%2F01%2FAs-Drogas-e-os-Motoristas-Profissionais.pdf&usg=AOvVaw0fS_EOgu4XY2jmqUvBe3Ih> Acesso em: 06 Set. 2018.

SILVA, Luna Gonçalves da et al. **Vínculos empregatícios, condições de trabalho e saúde entre motoristas de caminhão**. *Revista Psicologia Organizações e Trabalho*, v. 16, n. 2, p. 153-165, 2016. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1984-66572016000200005&script=sci_abstract&tlng=es> Acess

DESAFIOS DO PLANEJAMENTO URBANO: A QUESTÃO DA OCUPAÇÃO EM ÁREAS DE RISCO

URBAN PLANNING CHALLENGES: THE QUESTION OF OCCUPATION IN RISK AREAS

Clayton Douglas Pereira Guimarães⁷

RESUMO

Objetiva-se analisar nesta pesquisa práticas de planejamento urbano para inibir a ocupação de pessoas em áreas de risco. Para o atendimento desse objetivo, requer-se, a adoção de uma vertente metodológica jurídico-sociológica. No tocante ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação Witker (1985) e Gustin (2010), o tipo jurídico-projetivo. De acordo com a técnica de análise de conteúdo, afirma-se que se trata de uma pesquisa teórica, o que será possível a partir da análise de conteúdo dos textos doutrinários, normas e demais dados colhidos na pesquisa.

Palavras-chave: Planejamento urbano; ocupação; áreas de risco

ABSTRACT

The objective of this research is to analyze urban planning practices to inhibit the occupation of people in risk areas. In order to achieve this objective, it is required, the use of a juridical-sociological methodology. According to the type of investigation the legal-projective type in the Witker (1985) and Gustin (2010) classification was chosen. According to the technique of content analysis, it is a theoretical research, which will be possible from the content analysis of doctrinal texts, standards and other data collected in the research.

Keywords: Urban planning; occupation; Risk areas

⁷ Graduando em Direito – modalidade Integral – pela Escola Superior Dom Helder Câmara.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAS

A presente pesquisa tem por tema, práticas de planejamento urbano para inibir a ocupação de pessoas em áreas de risco. Com o desígnio de se discutir o tema tem de se admitir como pressuposto do diálogo uma noção da realidade a que vai se fazer referência, a estrutura intraurbana brasileira especificamente no que tange a efetividade das ações das instituições frente as demandas dos agentes que fazem o espaço urbano, sobretudo em relação aos que se encontram em situação de segregação, pois, a princípio verifica-se que são esses os sujeitos que se submetem a ocupação em áreas de risco em virtude das possíveis vantagens que a localidade possa os oferecer.

Diante da abordagem do tema do trabalho acadêmico surge uma problemática, qual seja, em que consiste o planejamento urbano, e como a partir desse planejamento urbano se por inibir a ocupação de pessoas em áreas de risco.

A resposta prévia que se alcança a partir da propositura da hipótese, se resume em: ação governamental de modo a retirar essas pessoas das áreas de risco e propiciar uma localidade que satisfaça suas demandas.

Para fins da verificação de verossimilhança da hipótese formulada tendente a resolução do problema da pesquisa é imperioso o cumprimento de determinados objetivos, quais sejam, explicar o que é planejamento urbano, e verificar quais práticas são eficientes para inibir a ocupação de pessoas em áreas de risco.

Para o atendimento do supracitado objetivo, requer-se, a utilização de uma metodologia hábil a atender as demandas da pesquisa, nesse sentido, adota-se uma vertente metodológica jurídico-sociológica. No tocante ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação Witker (1985) e Gustin (2010), o tipo jurídico-projetivo. De acordo com a técnica de análise de conteúdo, afirma-se que se trata de uma pesquisa teórica, o que será possível a partir da análise de conteúdo dos textos doutrinários, normas e demais dados colhidos na pesquisa.

Feitas, portanto, essas relevantes considerações de modo a elucidar a temática da presente pesquisa, os respectivos problemas e a resposta prévia que se alcança a partir da propositura da hipótese, faz-se necessária justificar o porquê da realização da presente pesquisa, esta se substancia no fato de a temática apresentar relevância social e jurídica, já que lida com direito a habitação.

Por fim, cabe, mencionar como dar-se-á estruturação do seguinte trabalho acadêmico, este é organizada em dois capítulos, além destas considerações iniciais, as considerações finais e as referências.

O segundo capítulo se inicia em que consiste o planejamento urbano levando em consideração o espaço urbano e os agentes que fazem esse espaço, ressaltando a relevante distinção entre planejamento e gestão imprescindível para a presente pesquisa.

O terceiro capítulo por sua vez trata da a razão da ocorrência de ocupação em áreas de risco pelos segregados, pautando-se no processo de segregação e a formação de um meio de privilégios para a classe dominante, de modo que a ocupação em áreas de risco torna-se um meio para com que os segregados tenham por meio da ocupação em áreas de risco um dos valores da terra, a localidade ou acessibilidade. Ainda, trata das formas de tratamento que pode se dar as ocupações nas áreas de risco que compreende a realização de obras de contenção, a qual deve ser sopesada em se considerar os custos de monitoramentos dessas áreas. E ainda, verificar a viabilidade da realocação essa exige um plano que considere as necessidades dos moradores.

O capítulo quatro, por fim, ainda se centra nas formas de tratamento que pode se dar as ocupações nas áreas de risco, mas ressalta a importância da abertura de canais de comunicação para com a população segregada para inibir a ocupação em áreas de risco de modo mais eficiente, de modo a evidenciar que um ideal democrático é a melhor forma de atender os anseios da população que ocupa áreas de risco, e que as ações do Estado sejam efetivas, e não meramente dilatórias, de modo a tomar ações que vão em oposição aos anseios dos segregados como realocações que acabam sendo frustradas mediante novas ocupações.

2. PLANEJAMENTO URBANO EM CONSIDERAÇÃO AO ESPAÇO URBANO E OS AGENTES QUE FAZEM ESSE ESPAÇO

Cabe primeiramente destacar a distinção entre gestão e planejamento: gestão significa gerenciamento dentro dos recursos presentes, e planejamento é o gerenciamento a longo prazo.

O planejamento é a preparação para a gestão futura, buscando-se evitar ou minimizar problemas e ampliar margens de manobra; e a gestão é a efetivação ao menos em parte (pois o imprevisível e o indeterminado estão sempre presentes, o que torna a capacidade de improvisação e flexibilidade sempre imprescindíveis), das condições que o planejamento passado ajudou a construir. Longe de serem concorrentes ou intercambiáveis, planejamento e gestão são distintos e complementares. (SOUZA, 2010, p. 46)

Os estudos territoriais das últimas décadas além de terem se voltado para questões regionais, tem se voltada para as questões de gestão urbana, e pela constatação de que gestão e planejamento são distintos e complementares, atentar-se-á para a questão do planejamento urbano, pois a cidade deve ser entendida como um modelo a ser seguido pelos administradores.

A cidade deve ser entendida como sendo um modelo a ser seguido por aqueles que administram a cidade. O fato de sua execução ser impossível de se consolidar, não significa abandonar o ideal. A reflexão do modelo ideal surge historicamente no momento em que a pólis grega entra em crise. Tal condição ilustra que será nos momentos de crise que a reflexão sobre a constituição da cidade se torna mais aguda. (REIS, 2013, p. 46)

A abordagem do planejamento urbano, exige a utilização dos estudos intraurbanos, e não regionais, já que como trata-se de gerenciamento a longo prazo deve-se levar em consideração os diversos elementos que compõem a cidade em conjunto.

Para Villaça (2001), em virtude do curso que tomaram os estudos territoriais nas últimas décadas com foco nas questões regionais, as terminologias, espaço urbano, estrutura urbana, reestruturação urbana, acabaram associadas a esses estudos regionais dessa forma optou-se por adotar a terminologia intraurbano de forma a reiterar o enfoque da pesquisa nas questões intraurbanas, considerando o conjunto de elementos que compõe a cidade.

A estrutura intraurbana ou espaço urbano compreendem o conjunto de diversos usos das terras, ou organização espacial da cidade. Para Corrêa (1999), tais usos da terra, definem as áreas centrais, industriais e residenciais, distintas em forma e conteúdo social. Esse complexo uso da terra trata-se da organização espacial da cidade, ou espaço urbano fragmentado.

Depreende-se que ao atribuir a organização espacial como parte da estrutura intraurbana, esta aparece como um espaço fragmentado, mas a estrutura intraurbana é também articulada. Conforme, Corrêa (1999, p. 7-8): “Estas relações manifestam-se empiricamente através de fluxos de veículos e de pessoas [...]. Estas relações espaciais são de natureza social, tendo como matriz a própria sociedade de classes e seus processos”.

Ainda, o espaço urbano é reflexo social, e pela sociedade ser desigual, o espaço intraurbano também o é, mas, assim como a sociedade, o espaço intraurbano é mutável, e por essa razão pode-se buscar inibir a ocupação de pessoas em áreas de risco.

Por área de risco compreende-se, para Figueiredo (1995), locais sujeitos a fenômenos geológico-geotécnico e hidráulico que tenham como possível resultado a perda de vida ou danos materiais.

É imprescindível identificar, portanto, quais são as pessoas que se sujeitam a ocupação nessas áreas de risco, já que o presente trabalho se preocupa com essa eventual perda de vidas,

para o mesmo utilizar-se a classificação dos agentes que produzem o espaço urbano: os proprietários dos meios de produção, sobretudo os proprietários industriais; os proprietários fundiários; os promotores imobiliários; o Estado; e os grupos sociais excluídos.

Para Corrêa (1999), os proprietários industriais realizam atividade industrial, e estes têm por principal característica uma enorme demanda por espaço para que realizem suas produções, e demandam sobretudo, terras a baixo custo para que dessa forma não se onere os produtos, os quais produzem.

Já que interessa os proprietários industriais terras baratas, por conseguinte não lhes interessam, a especulação fundiária, mais essa interessa aos proprietários fundiários, já que estes objetivam obter maior renda fundiária decorrente de suas propriedades, portanto, a eles interessas que suas terras tenham um alto custo. Os conflitos que emergem destes dois agentes tendem a ser revolvidos por parte do Estado, este pressionado, a favor dos proprietários industriais, já estes comandam a vida econômica e política.

Os promotores imobiliários são em verdade um conjunto de agentes assim classificados em decorrência das operações que realizam, dentre esses faz-se referência ao proprietário-construtor de terreno. A respeito da construção de terrenos, cabe ressaltar que embora haja agente com esse intuito, só se interessa na ótica capitalista a construção para fins não populares, devido aos baixos salários das camadas populares frente ao custo da habitação.

[...] o capital não tem interesse em produzir habitações para as camadas populares. Numa sociedade onde parte ponderável da população não tem acesso à casa própria ou mesmo não tem condições de pagar aluguel, a estratégia dos promotores imobiliários é basicamente a seguinte: (a) dirigir-se, em primeiro lugar, à produção de residências para satisfazer a demanda solvável; e (b) obter ajuda do Estado no sentido de tornar solvável a produção de residências para satisfazer a demanda não solvável (CORRÊA, 1999, p. 22)

O Estado por sua vez atua na organização da cidade, por vezes resolvendo conflitos como fora o caso mencionado entre grandes industriais e proprietários fundiários, mas em razão de ter de atuar de modo a resolver conflitos já se verifica a complexidade de sua atuação. Mas, o Estado por si mesmo atua nas diversas funções dos agentes que compõe o espaço urbano, sem excluir no entendo a função mais notória do Estado que é a prestação de serviços públicos. De acordo com Corrêa (1999, p. 25): “E é decorrente de seu desempenho espacialmente desigual enquanto provedor de serviços públicos, especialmente aqueles que servem à população, que o Estado se trona alvo de certas reivindicações de segmentos da população urbana”.

Por fim, faz-se referências aos grupos sociais excluídos, essa posição decorre primeiramente de haver conflitos de interesses na atuação dos agentes que fazer o espaço urbano, e ainda pela posição do Estado que por vezes acaba privilegiando agentes dominantes,

os que detém valor econômico, esse decorre sobretudo devido a notória importância desses agentes para o sistema urbano, mas deve ser proporcionalizado, para fins de um desenvolvimento social, essa proporcionalização perpassa pela ampliação ao acesso a habitação e localização.

Na sociedade de classes verificam-se diferenças sociais no que se refere ao acesso aos bens e serviços produzidos socialmente. [...] A habitação é um desses bens cujo acesso é seletivo: parcela enorme da população não tem acesso, quer dizer, não possui renda para pagar o aluguel de uma habitação decente, e muito menos, comprar um imóvel. Este é um dos mais significativos sintomas de exclusão que, no entanto, não ocorre isoladamente: correlatos a ela estão a subnutrição, as doenças, o baixo nível de escolaridade, o desemprego ou o subemprego e mesmo o emprego mal remunerado. (CORRÊA, 1999, p. 29)

Ante a seletividade da habitação, ocorre o fenômeno das ocupações em áreas de risco que atinge diversas cidades brasileiras, e para resolvê-lo exige-se uma ação da União, Estados e Municípios, estes pertencentes ao grupo que se denominou Estado, além da participação da população

Há um fenômeno atual que atinge diversas cidades brasileiras, o qual consiste nas ocupações irregulares do solo urbano, mormente em áreas de risco. A questão da habitação se constitui num dos graves problemas sociais a serem equacionados no campo das políticas públicas no país e enfrentá-la implica reconhecer, dentre outras circunstâncias, que as soluções devem ser buscadas na conjugação de esforços das três instâncias de governo – federal, estadual e municipal, sem se esquecer da fundamental importância da população no debate e na busca de melhorias na formulação destas políticas públicas. Como a ocupação urbana se insere num contexto de meio ambiente, é de se ver que a adequada gestão de tal aspecto visa a favorecer o desenvolvimento sustentável e à qualidade de vida [...]. (FABRIANI, CASTILHO, p. 13 – 14, 2014).

Identificado os grupos sociais excluídos, cabe referenciar no capítulo subsequente o processo de segregação pelo qual esses estão submetidos, bem como mitigar essa segregação via ampliação do acesso a habitação a localização mediante ação do Estado e população.

3. A RAZÃO DA OCORRÊNCIA DE OCUPAÇÃO EM ÁREAS DE RISCO PELOS SEGREGADOS E O SEU TRATAMENTO

O processo de segregação está relacionado a existência de diferentes grupos sociais. Conforme, Corrêa (1999, p. 60): “A segregação residencial é, em realidade, um processo que origina a tendência a uma organização espacial em áreas de forte homogeneidade social interna e de forte disparidade entre elas”. A problemática é que a referida segregação mais do que

formar um conglomerado de indivíduos pertencentes a um mesmo grupo social, é um meio de privilégio para a classe dominante. Note-se que a segregação tem um dinamismo, já que está associada a um conglomerado de indivíduos pertencentes a um mesmo grupo social, e não a uma localização fixa, quer-se dizer que pode haver deslocamentos dos grupos sociais dentro do espaço urbano. Então para resolver a questão dos segregados que ocupam áreas de risco não basta descola-los, pelo seguinte motivo:

As áreas de risco não são homogêneas, portanto, a abordagem e o seu tratamento não podem se dar de forma generalista. Assim, mesmo para algumas áreas de alto risco, é possível realizar obras de contenção e estabilização de encostas [...]. Ao mesmo tempo, importante destacar que, tendo em vista o alto custo que demandam as obras de infraestrutura nessas áreas e o seu monitoramento permanente, deve-se evitar novas ocupações. As remoções têm de ser discutidas entre o Poder Público e as comunidades para além dos critérios técnicos, envolvendo também questões de caráter temporal e ocupação consolidada, histórico de eficácia nos processos de congelamento de áreas na Prefeitura. Uma vez decidida pela remoção, o Poder Público tem a responsabilidade de planejar a saída dos moradores para um local dotado de equipamentos e serviços urbanos e que atenda às suas necessidades. Como nem o Poder Público tem recursos para realizar todas as obras necessárias (pelo menos, em curto e médio prazos) e tampouco para retirá-las, temos de trabalhar com a concepção de convivência com o risco e tomar as providências dia-a-dia (gestão) para minimizar as condições de risco. (MPGO)

O estudo de monitoramento permanente a que se referiu anteriormente ocorre da seguinte forma:

Para identificação, análise e monitoramento de riscos geológicos, é feita uma investigação geológico-geotécnica de campo. Para a realização dessa tarefa devem ser considerados a probabilidade de ocorrência, os procedimentos de instabilização associados e as consequências possíveis de um evento catastrófico. Após o mapeamento e a setorização das áreas, são feitas vistorias de campo. Realizadas pelas equipes municipais treinadas, devem identificar as feições de instabilidade que consistem nos sinais de movimentação do terreno, referência final na identificação de risco. Devem também, fazer recomendações quanto às ações a serem tomadas, incluindo a possibilidade de retiradas de moradores em caso de risco de desabamento iminente. (CHAKARIAN, p. 46, 2008)

Portanto, a possibilidade de se realizar obras de contenção que deve ser sopesada em se considerar os custos de monitoramentos dessas áreas. E ainda, mesmo que constatada a viabilidade da realocação essa exige um plano que considere as necessidades dos moradores. É importante considerar estas variáveis pois as ocupações ocorrem em decorrência do valor da localidade dessas áreas ocupadas para os grupos sociais excluídos.

Para fins didáticos cabe exemplificar que em situações de ocupação irregulares que por vezes se confundem com a formação de aglomerados, nem sempre a realocação, sobretudo sem um plano que considere a necessidade dos moradores é adequada. Nesse sentido

A história mostra que a desfavelização, a exemplo da Cidade de Deus, no município do Rio de Janeiro, não é a solução, pois os moradores daquele local, que hoje se designam refavelados, foram compelidos a abandonar as imediações da urbanidade

para morar em um lugar sem nada, no meio do nada; hoje, ironicamente, estão ameaçados de expulsão, pois a cidade formal, já os alcançou. (CANUTO, p. 97, 2010)

Para entender o termo localidade a que se referiu anteriormente tem se tomar como referência o valor da terra, esse decorre do trabalho social dispendido e tem dois produtos: infraestrutura e localização, este último bem exemplificado no caso da desfavelização da Cidade de Deus.

O espaço urbano é produzido pelo trabalho social dispendido na produção de algo socialmente útil. Logo, esse trabalho produz valor. Uma pergunta fundamental que poucos se fazem: qual é o produto desse trabalho? Há dois valores a considerar. O primeiro é o dos produtos em si – os edifícios, as ruas, as praças, as infra-estruturas. O outro é o valor produzido pela aglomeração. Esse valor é dado pela localização dos edifícios, ruas e praças, pois é essa localização que os insere na aglomeração. A localização se apresenta assim como um valor de uso da terra – dos lotes, das ruas, das praças, das praias – valor que, no mercado, se traduz em preço da terra. Tal como qualquer valor, o da localização também é dado pelo tempo de trabalho socialmente necessário para produzi-la, ou seja, para produzir a cidade inteira da qual a localização é parte. (VILLAÇA, 2001, p. 72)

Localização é acessibilidade, importante destacar que acessibilidade e infraestrutura não se confundem, acessibilidade é mais importante inclusive que infraestrutura. Conforme Villaça (2001, p.74): “A acessibilidade é o valor de uso mais importante para a terra urbana, embora toda e qualquer terra o tenha em menor grau”.

Retomando a questão da localização, a importância desta decorre de que essa propicia vantagens, tanto que conforme Villaça (2001), enseja uma luta de classe, pela apropriação das vantagens e desvantagens do espaço construído e na segregação espacial dela resultante.

E embora haja uma luta por esse espaço urbano, sobretudo pelas vantagens aferidas em decorrência da localização, quem atribui valor a localização é o trabalho coletivo dispendido na construção da cidade. Enfim, já que o lugar tem valor, e quem dá esse valor é a própria coletividade de pessoas, as pessoas que se encontram em situação de segregação tem de lutar pela conquista de espaço, para fins de ampliar a possibilidade de ser mais cidadão.

Cada homem vale pelo lugar onde está, o seu valor como produtor, consumidor, cidadão depende de sua localização no território. Seu valor vai mudando incessantemente, para melhor ou para pior, em função das diferenças de acessibilidade (tempo, frequência, preço) independentes de sua própria condição. Pessoas com as mesmas virtualidades, a mesma formação, até o mesmo salário, têm valor diferente segundo o lugar em que vivem: as oportunidades não são as mesmas. Por isso, a possibilidade de ser mais ou menos cidadão depende, em larga escala do território onde se está (VILLAÇA, 2001, p. 75)

Pois enquanto mais o homem puder exercer sua cidadania e conquistar o espaço, mais valor lhe é atribuído pela sociedade. Tem-se por intuito que a possibilidade de ser o mais cidadão não dependa do território onde se esteja.

4. ABERTURA DE CANAIS DE COMUNICAÇÃO PARA COM A POPULAÇÃO SEGREGADA PARA IDENTIFICAR OS ANSEIOS DESSES E DESSA FORMA INIBIR A OCUPAÇÃO EM ÁREAS DE RISCO

A referida luta pela conquista de espaço perpassa pelo caminho democrático

O caminho democraticamente mais legítimo para se alcançarem mais justiça social e uma melhor qualidade de vida é quando os próprios indivíduos e grupos específicos definem os conteúdos concretos e estabelecem as prioridades com relação a isso, podem-se considerar justiça social e qualidade de vida como subordinados à autonomia individual e coletiva enquanto princípio e parâmetro. (SOUZA, 2010, p. 66)

Então, é indispensável a ampliação dos canais de comunicação entre população Estado, sobretudo no âmbito municipal, em razão da proximidade deste entre federativo para com a população.

A participação popular é um caminho que pode auxiliar na reversão desse quadro, porquanto encaminha o exercício da democracia e da cidadania, viabilizando o diálogo direto entre os gestores da coisa pública e a população. Neste particular coloca-se a necessidade de expandir a comunicação entre população e Estado principalmente na seara municipal, já que é este ente político que está mais próximo e ciente das carências locais, além de ter a incumbência constitucional de regular a ocupação do solo urbano. (FABRIANI, CASTILHO, p. 14, 2014).

E o que devesse buscar os segregados pelas vias democráticas, as vantagens da localização, como isso quer-se dizer que os segregados devem buscar junto ao Estado como um dos mais importantes agentes que fazer o espaço urbano, oferte infraestrutura e acessibilidade. Em específico a situação da ocupação das áreas de risco, o Estado deve propiciar infraestrutura a essas áreas quando possível, já que retirada nem sempre é necessária ou desejável, deve ser feita em se considerando a possibilidade de se realizar obras de contenção que deve ser sopesada em se considerar os custos de monitoramentos dessas áreas. E ainda, mesmo que constatada a viabilidade da realocação essa exige um plano que considere as necessidades dos moradores, já que para as pessoas em situação de segregação a área ocupada oferece vantagem em relação a acessibilidade, proximidade a emprego, estudo, lazer, então a área de realocação deve oferecer as mesmas ou vantagens superiores a essas.

O que orienta essa forma de atuação: de proporcionar infraestrutura se apropriado, e eventualmente a realocação das pessoas nestas ocupações é a função social da propriedade e a função social da cidade.

Ressalte-se que não se pode tratar da função social da propriedade urbana sem mencionar a função social da cidade. A população brasileira é eminentemente urbana e é nela que os atores sociais habitam, se relacionam e exercem suas atividades; a cidade é um lugar por excelência onde se clama por justiça social e pela busca incessante de qualidade de vida. (RANGEL; SILVA, 2009):

E o que se entende por função social da cidade, essa está associada a justiça social.

[...] quer significar superação das injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico. Com o passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados, referidos à repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razões micro, porém macroeconômicas; as correções injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista. (EROS, 1990, p. 245).

Quer se dizer a previsão constitucional da função social da propriedade no art. 5º, inciso XXIII⁸, e seu concomitante função social da cidade, permite que se interprete as ocupações como um movimento social comum a sociedade, que deve ser evitado, se em áreas de risco, pelo risco as pessoas, em se considerando a dignidade da pessoa humana, mas ainda, segundo esse mesmo princípio verifica-se como deve atuar o Estado de modo a propiciar infraestrutura a essa ocupações para que se tenha uma vida digna, e que se for necessária a realocação que se atendas as demandas dos realocados também em consideração ao princípio anteriormente referido.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mediante o exposto, verifica-se que é preciso inibir o processo de ocupação em áreas risco. O poder público, em conjunto com a sociedade, deve adotar medidas de controle que inibam a formação de novas ocupações em áreas de risco, tendo em vista o ônus que causa recorrentemente ao poder público e à sociedade. Baseado nos princípios do Estatuto das Cidades, o plano diretor foca o acesso democrático ao solo urbano e à moradia para a população de baixa renda em áreas habitáveis e o cumprimento da função social de propriedade e da cidade.

⁸ Art. 5, XXIII, CF: “a propriedade atenderá a sua função social”;

Ao mesmo tempo, para aquelas ocupações já consolidadas, deve-se propiciar infraestrutura a essas áreas quando possível, já que retirada nem sempre é necessária ou desejável, essa só deve ser feita em se considerando a possibilidade de se realizar obras de contenção e estes custos ultrapassarem os custos de monitoramentos dessas áreas.

E ainda, mesmo que constatada a viabilidade da realocação, essa exige um plano que considere as necessidades dos moradores, já que para as pessoas em situação de segregação a área ocupada oferece vantagem em relação a acessibilidade, proximidade a emprego, estudo, lazer, então a área de realocação deve oferecer as mesmas ou vantagens superiores a essas.

Por fim, as pessoas ocupantes de áreas de risco são interessadas às questões de risco, deste modo deve ceder-lhes um canal de comunicação para com o Estado para que se alcance uma resposta satisfatória, o Estado deve primar por essa oportunidade de fala para essas pessoas, pois, estas na figura de agentes segregados acabam por diversas vezes sendo silenciados frente a grande influência dos demais agentes que fazem o espaço urbano, e o Estado é um agente que como prestador de serviço público não deve atender uma parcela da população, mas toda ela, em conformidade com os parâmetros que se tenha estabelecido no planejamento urbano, e que este tenha se pautado no ideal democrático o máximo possível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm > Acesso em: 15, Jun. 2018

BRASIL. **Estatuto da Cidade**. 2001. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm > Acesso em: 15, jun. 2018

CANUTO, Elza Maria Alves. **Direito à moradia urbana: Aspectos da dignidade da pessoa humana**. 1ª.ed. Belo Horizonte: Fórum. 2010

CHAKARIAN, Luciana. **Uso e ocupação do solo em Encostas nas áreas de Proteção de Mananciais da Bacia de Guarapiranga**. 2008. 184 f. Tese (mestrado) – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo. 2008

CORRÊA, Roberto Lobato. **O espaço urbano**. 4ª. ed. São Paulo: Ática, 1999.

FABRIANI, Carmen Beatriz; CASTILHO, Lucas Valério. Moradias Em Áreas De Risco, Cidadania E Participação: Um Desafio Para A Governança Municipal. **Revista Científica de Direitos Culturais – RDC**. v. 9, n. 19, p. 13 – 35, 2014.

FIGUEIREDO, Ricardo Brandão. **Engenharia social: soluções para áreas de risco**. São Paulo: Mcgraw-Hill, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica da Constituição de 1988: interpretação crítica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3^a. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MPGO. **Assentamentos Urbanos Informais**. Disponível em: < <http://www.mpgo.mp.br/portal/news/assentamentos-urbanos-informais#.W19CK9JKjIU>> acesso em: 27 maio. 2018

RANGEL, Helano Márcio Vieira; SILVA, Jacilene Vieira da Silva. O direito fundamental à moradia como mínimo existencial, e a sua efetivação à luz do estatuto da cidade. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 6, n. 12 (2009), disponível em < <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/viewFile/77/132>> acesso em: 27 maio. 2018

REIS, Émilien Vilas Boas. A Cidade Real e a Cidade Ideal: Reflexões históricas, jurídicas e filosóficas. In: RIOS, Mariza; CARVALHO, Newton Teixeira; KLEINRATH, Stella de Moura. **A Cidade Real e a Cidade Ideal em uma reflexão transdisciplinar**. 1^o ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SOUZA, Marcelo Lopes de. **Mudar a cidade: uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbanos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

VILLAÇA, Flávio. **Espaço intra-urbano no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Studio Nobel, FAPESP, 2001.

WITKER, Jorge. *Como elaborar una tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho*. Madrid: Civitas, 1985.

PARTE II
AS DISPUTAS NAS ESTRUTURAS DO ESTADO E COM RELAÇÃO ÀS POLÍTICAS
PÚBLICAS

**DESAFIOS ATUAIS PARA A REFORMA PSIQUIÁTRICA
BRASILEIRA: AS DISPUTAS NAS ESTRUTURAS DO ESTADO COM
RELAÇÃO ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS E A PRECARIZAÇÃO DO
TRABALHO**

CURRENT CHALLENGES FOR THE BRAZILIAN PSYCHIATRIC REFORM:
DISPUTES IN STATE STRUCTURES IN RELATION TO PUBLIC POLICIES AND THE
PRECARIOUSNESS OF WORK

Daniela Tonizza de Almeida⁹

Vanessa Andrade Barros¹⁰

RESUMO

O artigo retoma brevemente o panorama histórico da reforma psiquiátrica brasileira a fim de discutir como as dificuldades do momento atual estão relacionadas às disputas entre diferentes grupos por financiamento estatal, a forma como essas disputas influenciam as políticas públicas fragilizando, conseqüentemente, os direitos da população assistida e a qualidade da assistência ofertada no campo da Saúde Mental, álcool e outras drogas. O avanço neoliberal e de interesses corporativos, partidários e financeiros vem acarretando remanicomialização e a precarização do trabalho no âmbito da Rede de Atenção Psicossocial.

Palavras chaves: Reforma Psiquiátrica Brasileira; Políticas Públicas; Precarização do Trabalho

ABSTRACT

This article briefly summarizes the historical panorama of the Brazilian psychiatric reform to discuss how the difficulties of the present moment are related to the disputes between different

⁹ Terapeuta Ocupacional, doutoranda em Psicologia pela UFMG

¹⁰ Psicóloga, Doutora em Sociologia pela Université de Paris VII (orientadora)

groups for state financing, how these disputes influence public policies, thus weakening the rights of the assisted population and the quality of care offered in the Mental Health, alcohol and other drugs field. The neoliberal advance and the corporate, partisan and financial interests have led to remanicomalization and the work precariousness within the scope of the Psychosocial Attention Network.

Keywords: Brazilian Psychiatric Reform; Public Policies; Precariousness of work

1. INTRODUÇÃO

Depois de trinta anos de lutas e avanços na construção de uma sociedade sem manicômios, o movimento de reforma psiquiátrica brasileiro enfrenta, atualmente, os maiores desafios para sua continuidade.

Nesse período, a criação e expansão dos serviços comunitários ampliaram significativamente as possibilidades de desinstitucionalização de pessoas submetidas a longos períodos de internação psiquiátrica e o acesso ao cuidado em liberdade. Entretanto, acontecimentos políticos recentes vêm acarretando a precarização dos serviços territoriais e a remanicomialização da política de saúde mental (AMÂNCIO; ELIA, 2017).

O artigo pretende, por meio de análise de documentos e revisão de literatura, retomar brevemente o panorama histórico da reforma psiquiátrica brasileira a fim de discutir como as dificuldades do momento atual estão relacionadas às disputas entre diferentes grupos por financiamento estatal para serviços orientados por lógicas distintas; a forma como tais disputas influenciam as políticas públicas e comprometem o projeto antimanicomial, acarretando precarização do trabalho nos serviços da rede atenção psicossocial, especialmente no município de Belo Horizonte.

2. UMA BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

A história da Psiquiatria mostra que a disciplina é marcada por sucessivos processos de reforma, impulsionados pelo contexto sócio-econômico e político de cada momento histórico. Até a Idade Média, os loucos eram enclausurados de forma indistinta junto à mendigos, prostitutas e doentes em grandes instituições asilares de caráter religioso (FOUCAULT, 1978). No século XIX, Pinel destaca-se como o expoente a modificar essa realidade, promovendo o isolamento social do louco e sua submissão à disciplina e ao trabalho, gesto que inaugura a Psiquiatria como o saber competente e, ao mesmo tempo, institui o hospital como *locus* natural para o tratamento da loucura. Tal premissa só veio a ser contestada na segunda metade do século

XX, com movimentos de reforma psiquiátrica em alguns países como Inglaterra, França, EUA e Itália. Tais movimentos surgem a partir do questionamento acerca da baixa efetividade, do alto custo e das práticas de violência dessas instituições, apostando na criação de serviços de saúde comunitários (AMARANTE, 1995).

Dentre os movimentos de reforma psiquiátrica, o italiano destacou-se como o único que, na prática, foi capaz romper radicalmente com a lógica manicomial, desconstruindo o aparato psiquiátrico e promovendo sua substituição por outros meios de cuidado e acolhimento que não passassem pelo sintoma e pela doença, mas pela “existência-sofrimento” dos sujeitos em sua relação com o corpo social (AMARANTE, 1995).

No Brasil, o tratamento da loucura segue trajetória semelhante, marcada, desde o séc. XIX, pela existência de grandes hospitais caracterizados por superlotação, maus-tratos, condições de higiene e alimentação precárias, verdadeiros depósitos humanos e fábricas de cadáveres. Por outro lado, distintamente do contexto europeu, o movimento de reforma psiquiátrica no país iniciou-se mais tardiamente, no final dos anos 70, fortemente inspirado pela reforma italiana e possibilitado pela abertura democrática e a criação do SUS.

É importante frisar que os avanços na consolidação da reforma psiquiátrica no país são fruto de diálogo entre trabalhadores, usuários e familiares que denunciaram o tratamento arbitrário praticado nos hospitais psiquiátricos e defenderam a ampliação de serviços abertos e territoriais, orientados pela garantia dos direitos humanos e sociais. Dentre as conquistas no campo jurídico-político, merece destaque a aprovação da Lei 10216 (BRASIL, 2001), que regulamenta os direitos da pessoa com experiência de sofrimento mental a tratamento prioritariamente em serviços comunitários e indica a extinção progressiva dos manicômios públicos e privados, redirecionando o modelo assistencial em saúde mental.

Mais recentemente, a Portaria 3088 (BRASIL, 2011) forneceu diretrizes para a consolidação de Rede de Atenção Psicossocial (RAPS), a qual deve funcionar de forma articulada à Rede SUS, obedecendo aos seus princípios de regionalização e hierarquização, garantindo aos usuários acesso aos dispositivos de: atenção básica (Centro de Saúde, Consultório de Rua, Centros de Convivência), atenção psicossocial especializada (Centro de Atenção Psicossocial - incluindo as modalidades geral, álcool e drogas e infanto-juvenil), atenção de urgência e emergência (Serviço de Atenção Móvel de Urgência, Unidade de Pronto-atendimento, Pronto-socorro), atenção residencial de caráter transitório (unidade de acolhimento transitório, serviços de atenção em regime residencial, entre os quais, as comunidades terapêuticas), atenção hospitalar (leitos em hospital geral, serviço hospitalar de referência), estratégias de desinstitucionalização (serviço residencial terapêutico, Programa de

Volta para Casa) e reabilitação psicossocial (empreendimentos de inclusão produtiva). Observa-se que essa portaria traz avanços normativos, entretanto, ao sancionar a inclusão das comunidades terapêuticas na RAPS e garantir a permanência do hospital psiquiátrico como serviço hospitalar de referência, contribui para avaliar um processo gradativo de remanicomialização pelo viés das drogas, com violação dos direitos humanos de pacientes com grave sofrimento psíquico e/ou em uso prejudicial de drogas (AMÂNCIO; ELIA, 2017), operando na contramão da política que vinha sendo construída pautada pela redução de danos, tratamento voluntário e em meio aberto.

3. A CONSTRUÇÃO DO “PROBLEMA DA DROGA”

Compreender melhor a disputa pelo modelo de atenção e financiamento no âmbito das políticas de Atenção Psicossocial requer retomar a forma como o “problema da droga” vem sendo construído e tratado no último século.

O consumo de substâncias que alteram a consciência sempre fez parte da vida cotidiana nas sociedades, assim como suas formas de regulamentação social do consumo. Somente a partir do início século XX, passa a vigorar a proibição legal e institucional internacional de algumas dessas substâncias. O estatuto do proibicionismo separou a indústria farmacêutica do tabaco e do álcool da indústria clandestina das drogas proibidas. Tal interdição não obedece a critérios médicos-sanitários, mas constitui um fenômeno singular do ponto de vista jurídico, moral e econômico que determina o consumo contemporâneo de drogas, expandindo suas formas mais degradadas, adulteradas e destrutivas, hipertrofiando os lucros no comércio ilegal e inflando o aparato policial de controle dos corpos (CARNEIRO, 2002).

O movimento proibicionista, que ganha força na política de “guerra às drogas”, instaurada nos EUA, a partir de 1971, vem se atualizando de forma muito singular no contexto brasileiro como um dispositivo de controle social das populações que vivem à margem do mundo do trabalho. Ao vincular o tema à ideia de uma ameaça à saúde e a segurança da população, este dispositivo serve aos interesses econômicos de determinados grupos sociais que lucram com o encarceramento dessa população e com a medicalização da vida (ALMEIDA; AMARAL, 2017).

Mais especificamente no que interessa a essa discussão, a droga, enquanto um dispositivo biopolítico, vem garantindo as condições de possibilidade para a reedição de uma articulação do poder médico-judicial para internações compulsórias de usuários de crack, especialmente, os que estão em situação de rua, o que constitui grave ameaça aos princípios da

Reforma Psiquiátrica Brasileira. Ambos os saberes, médico e judicial, ao resguardarem a relação entre loucura e periculosidade, estigmatizam o usuário e justificam intervenções coercitivas que, em nome da proteção da vida, recaem de modo estratégico sobre as populações mais vulneráveis, especialmente, negros e pobres (AZEVEDO; SOUZA, 2017).

Cabe contextualizar que a atenção ao usuário de álcool e outras drogas, desde o início, não foi a pauta prioritária do movimento antimanicomial. Embora a construção da rede pública de atenção em Saúde Mental tenha avançado significativamente nos anos de 1990, o mesmo não se verificou no que se refere aos serviços específicos para tratamento de usuários de álcool e drogas. A maioria das intervenções eram desenvolvidas no campo da justiça e segurança pública com viés proibicionista (MACHADO; MIRANDA, 2007). A quase inexistência de políticas públicas de saúde destinadas ao usuário de álcool e drogas favoreceu o aumento do número de comunidades terapêuticas, as quais contribuem para o processo de exclusão social do usuário por fundamentarem-se num modelo de tratamento baseado em longo isolamento do contexto de vida, na manutenção da abstinência, na prática religiosa, na disciplina e no trabalho (BOLONHEIS-RAMOS; BOARINI, 2015).

O caráter essencialmente higienista dessas instituições comporta traços das práticas adotadas nas prisões, manicômios e conventos, tal como descritas por Goffman (1974), cuja eficácia foi questionada historicamente tanto pela violência que as constitui quanto por contribuírem para acentuar, sobre o usuário, o estigma social associado aos desvios de comportamento condenados socialmente.

Em contraposição a essa perspectiva, o movimento de Reforma Psiquiátrica, principalmente a partir dos anos 2000, tem investido significativamente na ampliação das políticas de atenção ao usuário de álcool e drogas no âmbito do SUS, com o incremento de programas e serviços assistenciais pautados pela lógica da Redução de Danos. A Política Nacional para Atenção Integral a Usuários de Álcool e outras Drogas assume a questão das drogas como problema de saúde pública e prevê “um conjunto de medidas de saúde que buscam minimizar as consequências do uso e da dependência de substâncias psicoativas, bem como diminuir o risco de infecção por hepatites e HIV” (BRASIL, 2003, p. 34), sem que haja a exigência de os indivíduos implicados interromperem imediatamente o uso. Quanto à oferta de atendimento, o documento estabeleceu uma consonância com a Política de Saúde Mental vigente, privilegiando o cuidado nos Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), articulados à rede assistencial em saúde mental e ao restante da rede de saúde (BRASIL, 2003).

Todos os avanços na efetivação – ainda em curso - dessa política, enfrentam um embate que vem se intensificando nos últimos anos, com distintos interesses corporativos, partidários

e financeiros que atuam na manutenção de práticas que promovem a internação e o isolamento dos usuários de álcool e outras drogas.

Alguns acontecimentos vêm contribuindo para acentuar a disputa pelo modelo que deve orientar a atenção às pessoas com experiência de sofrimento psíquico, incluindo ou não as relacionadas ao uso prejudicial de drogas, a saber:

Primeiramente, cabe mencionar a disseminação, nos meios de comunicação, de uma suposta epidemia de crack, o que repercutiu indiretamente criação do programa conjunto do Ministério da Justiça, Saúde e Desenvolvimento Social “Crack, é preciso vencer”, em 2011 (BRASIL, 2011). Apesar da inexistência de dados que confirmassem essa hipótese de epidemia ou mesmo da relação do uso de crack com o aumento da criminalidade e violência, os eixos de prevenção, cuidado e autoridade do programa se articularam em campanhas publicitárias amplamente veiculadas na mídia, baseadas em afirmações do senso comum que disseminam preconceitos, não oferecem aprofundamento nas discussões sobre questões psicológicas, sociais, jurídicas ou político-econômicas que envolvem o consumo da substância, voltando-se para a especulação do medo e da tragédia para os quais a internação compulsória aparece como a saída mais segura (VALCOV; VASCONCELOS, 2013).

Mais recentemente, o golpe de Estado que deslegitimou e derrubou um governo eleito democraticamente através de amplo acordo de interesses entre a elite financeira, a mídia, setores da oposição no Congresso Nacional e o aparelho jurídico-policial do Estado (SOUZA, 2016). Entre outros efeitos, o golpe vem restringindo paulatinamente o papel do Estado na proteção social, especialmente por meio congelamento do teto de gastos com saúde e educação por vinte anos. Além disso, acarretou perda de direitos sociais por meio de uma reforma trabalhista que fragiliza os direitos dos trabalhadores e contribui diretamente para a precarização do trabalho no SUS.

Especificamente no campo da Saúde Mental, a Comissão Intergestores Tripartite, em dezembro de 2017, aprovou a Resolução 32 (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2017), em oposição às deliberações das Conferências Nacionais de Saúde e de Saúde Mental e às recomendações do Conselho Nacional de Saúde, instâncias máximas de participação e controle social do SUS, ou seja, de forma pouco democrática. Trata-se de um documento que prevê o redirecionamento de recursos públicos para instituições asilares e privadas através de substantivo reajuste de diárias hospitalares; o retorno de ambulatórios especializados, que funcionam em uma lógica diferente daquela do cuidado no território e o aumento do credenciamento de comunidades terapêuticas de 4 mil para 20 mil. Estima-se que tais diretrizes drenarão enorme aporte de recursos que deveriam ser direcionados à ampliação dos dispositivos da rede de atenção

psicossocial, relegando-os ao subfinanciamento e desinvestimento. O documento contou com apoio da indústria farmacêutica, do complexo hospitalar e da Associação Brasileira de Psiquiatria (OAPS, 2018, ABRASME, 2018).

4 PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO

Os embates nas estruturas do Estado refletem o fato de que a regulação das sociedades, antes responsabilidade do Estado, atualmente, está nas mãos dos mercados financeiros (AUBERT, 2003). Tal mudança tem afetado todos os setores sociais e, particularmente, na saúde pública, acarreta, como uma das consequências mais nocivas, a precarização do trabalho.

O termo precarização do trabalho tem sido utilizado para designar um conjunto amplo e variado de mudanças em relação ao mercado de trabalho, condições de trabalho, qualificação dos trabalhadores e direitos trabalhistas no contexto neoliberal de defesa do Estado mínimo (PIRES, 2009). Esse processo de transformação do mundo do trabalho, que se iniciou na produção industrial, no final do séc. XX, inaugura uma nova fase do capitalismo, apoiada em um projeto neoliberal, o capitalismo flexível, caracterizado, ao mesmo tempo, por uma desaceleração do crescimento econômico e um aumento da lucratividade por meio da especulação financeira (SENNET, 2015). A ruptura com a hegemonia do modo de produção fordista acarretou transformações profundas nos modos de trabalho e vida pautados na desregulamentação, flexibilização e na precarização. “Trata-se de uma rapidez inédita do tempo social, sustentado na volatilidade, efemeridade e descartabilidade sem limites de tudo o que se produz e, principalmente, dos que produzem – os homens e mulheres que vivem do trabalho” (DURKE, 2011, p. 42).

Surgem modos de gestão pública que substituem o controle hierárquico pela mobilização do desejo, em favor do engajamento do trabalhador a um ideal de dinamismo, rapidez, dedicação, polivalência, comprometimento e excelência no trabalho (GAULEJAC, 2011). Concomitantemente, modifica a relação dos sujeitos com o tempo, colocando-os em um estado de urgência constante (AUBERT, 2003). Nessa perspectiva, tal modo de gestão intensifica o volume de trabalho e diminui o tempo e os recursos para desenvolvê-lo, em razão da eficiência do sistema. Além disso, responsabiliza os trabalhadores pelo controle de sua produtividade, estimula o individualismo e a competição, levando os trabalhadores a aceitar coletivamente modos de funcionamento que condenam individualmente (GAULEJAC, 2011). A ideologia neoliberal opera, portanto, na subjetividade das pessoas, transformando cidadãos

de direito em consumidores, que passam a ser responsabilizados pela aquisição de bens e serviços de saúde, educação e segurança, cabendo ao Estado intervir apenas em situações extremas.

A orientação de redução do Estado, das políticas sociais e de redução dos gastos públicos contrasta com os ideais do SUS que prevêem o acesso universal a todo cidadão, assegurando a resolutividade de todas suas necessidades de forma equânime (BRASIL, 1990). Trazendo essas reflexões para o contexto de Belo Horizonte, a partir de debates recentes do Movimento dos Trabalhadores de Saúde Mental (MTSMBH, 2018), observa-se que a restrição de recursos financeiros no Sistema Único de Saúde vem acarretando a precarização nos serviços de saúde mental em três frentes.

De um lado, a precarização das condições de trabalho, com progressivo desinvestimento na estrutura dos serviços. É possível elencar algumas das repercussões desse desinvestimento: a manutenção do espaço físico das instituições é burocrática e demora a ser realizada, de modo que vidros e bancos quebrados, paredes sujas e colchões rasgados trazem de volta a imagem do velho manicômio que se busca superar; eventualmente, faltam itens de higiene como sabão, lençóis, toalhas, cobertores, vale transporte, medicamentos essenciais, materiais para realização de oficinas; a qualidade refeições é duvidosa e cada vez mais restrita nos serviços de urgência em saúde mental.

Outra face da precarização refere-se ao aumento do número de contratos temporários, que não asseguram os mesmos salários e nem as mesmas garantias trabalhistas dos trabalhadores efetivos, além da terceirização de serviços e diminuição do número de profissionais de apoio, o que contribui para desmobilização política dos trabalhadores que consentem trabalhar em condições que lhes expõe a riscos à saúde e segurança. Além disso, favorece o esgarçamento dos laços de solidariedade e da ética que deve orientar o trabalho.

Finalmente, vem ocorrendo um processo de burocratização e legalismo na atual gestão, que desmembrou a rede de atenção psicossocial, vinculando os serviços em diferentes setores administrativos, o que tende a enfraquecer a coordenação e promover alterações nem sempre bem-vindas no processo de trabalho. Ameaça-se cortar benefícios e pagamentos onde se encontra brechas nas leis; dificulta-se e atrasa-se novas contratações ou substituições, impede-se a necessária ampliação das equipes, o que leva os serviços a funcionar com trabalhadores em número insuficiente para a executar cada vez mais tarefas.

Cabe esclarecer que, no município de Belo Horizonte, a Rede de Atenção Psicossocial, apesar de incompleta e prenhe de contradições, caracteriza-se como um dos projetos de saúde mental que contaram, no passado, com amplo investimento público para sua implementação.

Ainda hoje, apesar da incipiente precarização, é referência internacional de cuidado em liberdade, por prescindir totalmente do hospital psiquiátrico para sua estruturação.

Apesar de não ser objeto desse estudo, cabe acrescentar que as repercussões para a saúde dos trabalhadores e a qualidade da assistência prestada aos usuários são diversas e sinalizam para o risco de sério comprometimento do projeto da reforma psiquiátrica numa cidade que exerce protagonismo no engajamento militante dos trabalhadores por uma sociedade sem manicômios.

A precarização é, antes de tudo, uma estratégia de dominação que induz ao consentimento com condições de trabalho e emprego precárias, fundada na instauração de uma situação generalizada e permanente de insegurança, visando obrigar os trabalhadores à submissão e à aceitação da exploração. É, portanto, produto de uma escolha política e não de mera fatalidade econômica (BOURDIEU, 1998).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Existem várias formas de acabar com um projeto sem negá-lo diretamente. Basta minar suas forças, enfraquecer suas bases, levando os trabalhadores à exaustão, à descrença nesse projeto e a desinvesti-lo, repercutindo em desastres que “se fazem inevitáveis quando o caminho é feito para não chegar” (LOBOSQUE, 2001, p. 160).

Embora o movimento pela reforma psiquiátrica tenha ganhado repercussão e, em tese, sejam seus princípios que orientem as políticas públicas de saúde mental, álcool e outras drogas, os hospitais psiquiátricos e comunidades terapêuticas continuam sendo admitidos e apoiados socialmente. O financiamento público para essas instituições, em detrimento do fortalecimento da rede pública de atenção psicossocial, soma-se a um conjunto de forças por parte de alguns setores que tentam enfraquecer o SUS, aumentando as dificuldades para o seu pleno funcionamento e servindo para justificar sua terceirização e privatização (BOLONHEIS-RAMOS; BOARINI, 2015).

Se há trinta anos, o entusiasmo da reconstrução democrática estabeleceu novos alicerces para uma sociabilidade pautada na garantia de direitos universais para as pessoas com experiência de sofrimento mental, hoje, o esforço dos trabalhadores é não sucumbir ao sentimento de derrota e de impotência face ao avanço das forças neoliberais e conservadoras, que ferem de morte as instituições que emergiram daquele processo.

Enfrentar tais desafios exige organização política, unificação e fortalecimento de movimentos sociais, em defesa não só de uma política de saúde mental que respeite a

singularidade e os direitos sociais dos usuários e trabalhadores, mas de um projeto de sociedade que enfrente com coragem as desigualdades sociais, para que não se elimine a possibilidade de convivência com a loucura, em suas múltiplas apresentações, nos espaços de vida compartilhada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUBERTI, N. **Le culte de l'urgence**: la société malade du temps. Paris: Flammarion, 2003.

ALMEIDA, D. T.; AMARAL, T. V. Drogas: paradoxos no campo do trabalho. **Psicologia em Revista**, Belo Horizonte, v. 23, n. 1, p. 374-386, jan. 2017.

AMANCIO, V. R.; ELIA, L. Panorama histórico-político da luta antimanicomial no Brasil: as instabilidades do momento atual. **Cadernos Brasileiros de Saúde Mental**, Florianópolis, v.9, n.24, p.22-49, 2017.

AMARANTE, P. **Loucos pela Vida**: a trajetória da reforma psiquiátrica no Brasil. 2. ed., Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SAÚDE MENTAL (ABRASM). A revolta dos que não foram (ou a falácia da segunda reforma psiquiátrica), 2018. Disponível em <http://www.abrasme.org.br/informativo/view?TIPO=&ID_INFORMATIVO=372>Acesso em 09 de ago. 2018

AZEVEDO, A. O.; SOUZA, T. P. Internação compulsória de pessoas em uso de drogas e a Contrarreforma Psiquiátrica Brasileira. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, n. 27, v. 03, Rio de Janeiro, p. 491-510, Jul-Set 2017.

BRASIL, Lei 10.216, de 6 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Brasília: DOU, 2001.

BRASIL. Ministério da Justiça. Crack, é possível vencer: enfrentar o crack. Compromisso de todos, 2011. Disponível em <https://www.pucsp.br/ecopolitica/downloads/docs_oficiais/1_D_2013_Crack%20possivel_vencer_estrategia_completa.pdf> acesso em 20.08.2018.

BRASIL, Ministério da Saúde. A política do Ministério da Saúde para a atenção integral a usuários de álcool e outras drogas. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

BRASIL, Ministério da Saúde. Lei 8080 de 19 de Setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília: Ministério da Saúde, 1990.

BRASIL, Ministério da Saúde. Portaria nº 3.088, de 23 de dezembro de 2011. Institui a Rede de Atenção Psicossocial para pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas, no âmbito do Sistema Único de Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2011.

BOLONHEIS-RAMOS, Renata Cristina Marques; BOARINI, Maria Lucia. Comunidades terapêuticas: “novas” perspectivas e propostas higienistas. **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**, Rio de Janeiro, v.22, n.4, out.-dez. 2015, p.1231-1248.

BOURDIEU, P. A precariedade está hoje por toda parte. In: _____. **Contrafogos**, Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 1998, p.119-127.

CARNEIRO, H. As necessidades humanas e o proibicionismo das drogas no século XX. **Revista Outubro**, n. 06, 2002, p.115-128.

DRUCK, G. Trabalho, precarização e resistências: novos e velhos desafios? **CADERNO CRH**, Salvador, v. 24, n. pe 01, p. 37-57, 2011.

FOUCAULT, M. **A história da loucura**. São Paulo: Perspectiva, 1978.

GAULEJAC, V. A NGP: a Nova Gestão Paradoxal in: BENDASSOLLI, P.F; SOBOLL, L.A. **Clínicas do Trabalho**: Novas perspectivas para a compreensão do trabalho na atualidade. São Paulo: Atlas, 2011, p.84-98.

GOFFMAN, I. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 1974.

LOBOSQUE, A. M. **Clínica em Movimento**: Por uma sociedade sem manicômios. Rio de Janeiro: Garamond, 2003. (Coleção loucura XXI)

MACHADO, A. R.; MIRANDA, P.S. C. Fragmentos da história da atenção à saúde para usuários de álcool e outras drogas no Brasil: da Justiça à Saúde Pública. **História, Ciências, Saúde –Manguinhos**, Rio de Janeiro, v.14, n.3, p.801-821, jul.-set. 2007.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Comissão Intergestores Tripartite. Resolução 32, de 14 de dezembro de 2017. Estabelece diretrizes para o fortalecimento da Rede de Atenção Psicossocial. Brasília: DOU, 2017.

MOVIMENTO DOS TRABALHADORES DE SAÚDE DE BELO HORIZONTE (MTSMBH). Carta do Movimento dos Trabalhadores de Saúde Mental de Belo Horizonte. 2018. (Documento não publicado).

OBSERVATÓRIO DE ANÁLISE POLÍTICA EM SAÚDE (OAPS). Mudanças na PNSM: participação social atropelada de novo. **Boletim**, ano 04, edição 15, Jan/Fev.2018. Disponível em <<https://www.analisepoliticaemsaude.org/oaps/boletim/edicao/15/>> acesso em 09 de ago.2018.

PIRES, D.E. Precarização do Trabalho em Saúde. In: Pereira, I. B.; Lima, J.C.F. **Dicionário de Educação Profissional em Saúde**. 2.ed. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, 2009.

SENNETT, R. **A corrosão do caráter**: impactos pessoais no capitalismo contemporâneo. 19. Ed.São Paulo: Ed Record, 2015.

SOUZA, J. **A Radiografia do Golpe**: entenda como e por que você foi enganado. Rio de Janeiro: Leya, 2016.

VOLDOV, K.; VASCONCELOS, M.P. “Crack, é possível vencer” ou é preciso compreender: observações a partir de campanhas publicitárias do governo federal. **Sau. & Transf. Soc.**, Florianópolis, v. 4, n. 2, p.99-105, 2013.

A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO ATÉ A 12ª SEMANA DE GESTAÇÃO

THE DECRIMINALIZATION OF ABORTION UNTIL THE 12TH WEEK OF GESTATION

Isabela Graciana de Sousa Canhoni¹¹

Talita Guimaraes Coelho¹²

Orientador: Daniela Oliveira Gonçalves¹³

RESUMO

O presente artigo tem a finalidade de demonstrar a possibilidade da descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação, frente aos princípios constitucionais, em especial, ao da dignidade da pessoa humana e do direito à vida, partindo da decisão da primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em relação ao Habeas Corpus N° 124.306. Para tanto, terá como metodologia a pesquisa explicativa bibliográfica, cujas bases serão fontes primárias, quais sejam as leis, em especial, a Constituição Federal e fontes secundárias, doutrinas, artigos científicos e jurisprudências. O método de abordagem será dedutivo, partindo das teorias e leis para uma especificidade. O material bibliográfico selecionado tem o intuito de proporcionar informações capazes de fundamentar a tese explanada. Fato é que, para se detectar a morte de um ser humano, torna-se necessária a falência cerebral, de modo claro, ao inverso, a vida só seria possível com a formação cerebral. Diante da pesquisa ora desenvolvida, ficou evidente a possibilidade de descriminalizar o aborto até a 12ª semana de gestação, garantindo a mulher um direito que lhe é inerente, o de escolha.

Palavras-chave: aborto – descriminalização – direitos fundamentais – direitos humanos.

ABSTRACT

The purpose of this article is to demonstrate the possibility of decriminalizing abortion until the 12th week of gestation, in face of the constitutional principles, especially the dignity of the human person and the right to life, based on the decision of the first Supreme Court, in relation to Habeas Corpus No. 124306. To do so, it used as a methodology the bibliographic explanatory research, whose bases will be primary sources, which are the laws, especially the Federal Constitution and the Penal Code, and secondary sources, doctrines, scientific articles and jurisprudence. The method used was deductive, starting from theories and laws for a specificity. The bibliographic material selected has the purpose of providing information capable of

¹¹ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves UNIPTAN; MBA em gestão estratégica de pessoas, pela Faculdade UNA de Contagem.

¹² Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves UNIPTAN

¹³ Orientadora. Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável. Professora do Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves - UNIPTAN

supporting the thesis. It is imperative to emphasize that it is not uncommon in the Brazilian legal system to detect death by the absence of brain activity, so that on the contrary, however, it is not uniformly accepted, life should begin with the formation of the central nervous system. Given the research developed here, it will be evident the possibility of decriminalizing abortion until the 12th week of gestation, guaranteeing the woman an inherent right of choice..

Keywords: abortion - decriminalization - fundamental rights - human rights

1 INTRODUÇÃO

O estudo a respeito do aborto não é pacífico, uma vez que encontra barreiras jurídicas e religiosas. O tema aqui defendido será abordado sob a égide principiológica constitucional, jurídica e científica, em defesa da relativização de sua criminalização.

A defesa da descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação se justifica pela necessidade de adequação do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, na seara do universo feminino, garantindo à mulher o direito de decisão quanto à interrupção ou não de uma gestação não planejada, independentemente da situação que originou a fecundação, de forma fundamentada e ponderada através da identificação da extensão do direito à vida na Constituição Federal de 1988.

A tese do aborto permissivo, na sua limitação cronológica, como apresentado, até a 12ª semana de gestação, é respaldada também nas principais teorias que se dedicam à definição do início da vida humana. O feto, até a 12ª semana, não apresenta completude do sistema nervoso central, estado fundamental para detecção de vida.

Estudar as possibilidades de aborto no direito brasileiro e seus fundamentos é imprescindível para constatação da mutação constitucional interpretativa, que vem ocorrendo no mundo jurídico fático, em adequação aos direitos fundamentais.

Desse modo, vota o Ministro Marco Aurélio de Melo, do Supremo Tribunal Federal, sobre o tema em relação ao Habeas Corpus N° 124.306, em que afirma ser inconcebível para um Estado Democrático de Direito obrigar uma mulher a manter uma gestação indesejada, o que violaria a igualdade de gênero, a integridade física e psíquica, bem como os direitos sexuais e reprodutivos da mulher.

Nesse sentido, pretende-se evidenciar que descriminalizar o aborto até a 12ª semana de gestação não viola o direito à vida de um feto que ainda se quer pode contemplá-la, uma vez que, conforme a biogenética, em sua teoria da formação do sistema nervoso central, não havendo formação do córtex cerebral, ainda não há vida.

Para tanto, o presente artigo terá como metodologia a pesquisa explicativa bibliográfica, cujas bases serão fontes primárias, quais sejam as leis, como o Código penal e a Constituição Federal, e fontes secundárias, doutrinas, artigos científicos e jurisprudências. O método de abordagem será dedutivo, partindo das teorias e leis para uma especificidade. O material bibliográfico selecionado tem o intuito de proporcionar informações capazes de fundamentar a tese explanada.

A pesquisa desenvolvida fortalecerá o uso do princípio da razoabilidade para descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação, em garantia à liberdade de escolha da mulher, uma vez que, em ponderação de princípios, ela é titular de direitos fundamentais frente a uma possibilidade de vida, o feto, que sequer possui estímulos neurais.

Assim sendo, a biogenética apresentará sua contribuição a respeito do marco para início da vida, através da teoria do sistema nervoso central, cujo ponto principal para a detecção da vida é a atividade central.

Imperioso destacar que é pacífico, no ordenamento jurídico brasileiro, que a detecção da morte ocorre pela ausência da atividade cerebral, de forma que ao contrário, porém, não uniformemente aceito, a vida deveria iniciar -se com a formação do sistema nervoso central, momento em que o feto estaria apto a receber os estímulos neurais, sendo, nessa perspectiva, desarrazoada a criminalização do aborto até a 12ª semana de gestação.

Diante da pesquisa ora desenvolvida, ficará evidente a possibilidade de descriminalizar o aborto até a 12ª semana de gestação, garantindo a mulher um direito que lhe é inerente, o de escolha.

2 DO ABORTO

Os argumentos para descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação aqui defendida, vinculada ao preceito de inexistência de atividade cerebral, serão baseados em análises a princípios constitucionais e julgado do poder judiciário brasileiro, bem como ao instituto da biogenética, cujos resultados confrontam diretamente a letra da lei que tipifica o crime.

De acordo com o Código Penal Brasileiro, em seu Título I, Capítulo I, artigos 124 a 126, o aborto é tipificado como crime quando provocado pela gestante ou quando, com o seu consentimento, outrem lhe provoque; bem como quando praticado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante.

Nesse contexto, existem situações em que a lei permite a prática do aborto, as quais serão analisadas a seguir.

2.1 Das Excludentes de Ilicitude: As permissivas do Aborto

O ordenamento jurídico brasileiro, em caráter excepcional, como bem ilustra Jesus (2015), permite duas formas de aborto, o chamado aborto necessário ou terapêutico, previsto no art. 128, I, do Código Penal, hipótese em que o médico pratica a conduta, visto não haver outra forma de salvar a vida da gestante, sendo, nessa hipótese, dispensável o seu consentimento. Noutro sim, também não se pune o aborto, em decorrência do mesmo artigo, inciso II, quando praticado por médico, em caso de gravidez decorrente de estupro, precedido necessariamente do consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal, neste caso, denomina-se também como aborto sentimental ou humanitário.

Preleciona Jesus (2015, p.160 - 161), acerca dos fundamentos do aborto legal:

O aborto necessário só é permitido quando não há outro meio de salvar a vida da gestante. Assim, subsiste o delito quando provocado a fim de preservar a saúde.

O CP também permite a prática do aborto no caso de resultar a gravidez de estupro e preceder o consentimento da gestante ou, quando incapaz, do seu representante legal (art. 128, II). Se a gravidez é resultante de estupro, crime previsto no art. 213 do CP, o aborto só é permitido em face de prévio consentimento da gestante. É possível, porém, que ela seja incapaz (menor, doente mental etc.). Neste caso, deve estar presente o consentimento de seu representante legal.

O médico deve valer-se dos meios à sua disposição para a comprovação do estupro (inquérito policial, processo criminal, peças de informação etc.). Inexistindo esses meios, ele mesmo deve procurar certificar-se da ocorrência do delito sexual. Não é exigida autorização judicial pela norma não incriminadora. Tratando-se de dispositivo que favorece o médico, deve ser interpretado restritivamente [...].

Partindo dessa premissa, a questão do aborto será amplamente discutida a seguir.

2.2 Dos Princípios Constitucionais: Dignidade da pessoa humana x Inviolabilidade do direito à vida

O tema aborto é bastante polêmico frente aos princípios constitucionais, portanto, para que possamos iniciar as argumentações sobre sua descriminalização de forma restrita, como

logo se verá, necessário se faz esclarecermos sobre alguns princípios constitucionais. Fato é que, no ordenamento jurídico brasileiro, existe a prevalência do direito à vida. A Constituição Federal de 1988 o elenca em seu título II, artigo 5º, dentre os direitos e garantias fundamentais.

Contudo, conforme Ferreira e Porto (2017, p. 163) “não existe direito absoluto ou mesmo princípio irrefutável [...]. Na maioria das vezes, os princípios e direitos fundamentais encontram seus limites em outros princípios, ou em outros direitos”.

Nesse sentido, Moraes (2016, p. 74, apud FERREIRA; PORTO 2017, p. 164) destaca que:

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas). Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios) [...].

A partir desse cenário, evidencia-se a indispensabilidade da ponderação entre princípios e direitos, para que seja possível aduzir que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, previsto expressamente na Carta Magna, em seu artigo 1º, III, está sendo reprimido quando se criminaliza o aborto de forma generalizada.

No entendimento de Ferreira e Porto (2017), a dignidade da pessoa humana é considerada o princípio matriz de todos os direitos fundamentais, e deve ser entendida como um princípio que mantém relação com direitos fundamentais intrínsecos à pessoa, assim como a vida, a intimidade, a liberdade, a honra, e que, por esse motivo, exige respeito dos demais indivíduos e do Estado.

Nessa perspectiva, verdade é que, a vida somente se concretizará, após o término de todas as etapas de formação do ser humano no núcleo materno. No entanto, a divergência se encontra no absolutismo dessa vertente e não observância ao outro polo, a figura da mãe, um ser concretamente dotado de vida, que precisa ter tutelado seus direitos fundamentais. É exatamente visando a harmonização desses polos extremos, que a doutrina expressa a impossibilidade de existência de direito absoluto como acima demonstrado. Os princípios e garantias constitucionais se limitam uns pelos outros, pois não são absolutos.

Com isso, demonstra-se a necessidade de ponderação, entre a garantia do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, para com a gestante, mulher, ser humano, em pleno exercício de seus direitos, sendo considerada perante lei, igual aos demais; frente ao

direito de uma possibilidade de vida, o feto. Ser vivo esse, dotado de vida biológica e potencial vida humana, como logo se depreenderá do instituto da Biogenética. Importante se faz lembrar que a defesa aqui aludida do aborto não se dá de forma desordenada, é vinculada ao lapso temporal de inexistência de atividade cerebral ao feto carregado pela gestante.

Logo, repete-se, a ponderação a ser feita principiologicamente, ocorre entre uma vida em exercício e uma vida biológica passível de existência futura de vida humana, sob a tese de que até a 12ª semana de gestação, não existe atividade cerebral, logo não existe vida humana.

Sobre o assunto, Robert Alexy, em sua palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE), no dia 7 de dezembro de 1998, relata que:

Colisões de direitos fundamentais em sentido estrito nascem sempre então, quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem consequências negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais. Nos direitos fundamentais colidentes pode tratar-se ou dos mesmos ou de direitos fundamentais diversos.

Em primeiro lugar, a universalidade dos direitos torna imperativa sua limitação. Só é possível tornar efetiva a titularidade universal dos direitos à medida que sejam harmonizados, o que implica logicamente na imposição de limites. Em segundo lugar, os direitos fundamentais são constitucionalizados como um conjunto, e não isoladamente.

Assim Ronald Dworkin *apud* Dantas, 2018, ao analisar os princípios, enfatizou a diferenciação entre estes e as regras, determinando uma crítica ao positivismo jurídico. “Assim, as regras estariam numa disposição excludente, versada pela expressão “tudo ou nada”, em que uma regra prevalecerá sobre a outra, diante da ocorrência de uma colisão”. (DANTAS, 2018, s.p)

No entendimento de Alves (2010 s.p):

A decisão pela ponderação consiste, nas palavras de Luís Roberto Barroso, em uma técnica decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas (BARROSO,2004, p. 358).

Nessa perspectiva, o reconhecimento dos direitos traz ínsita a noção de que estes estão inseridos num ordenamento complexo e plural, de modo que a determinação de sua esfera de incidência impõe que sejam coordenados com outros direitos e bens protegidos pela Constituição. Esses dois aspectos conjugados ligam-se à forte propensão dos direitos fundamentais a chocarem-se.

A necessidade de solucionar conflitos de direitos implica, naturalmente, o estabelecimento de restrições recíprocas em sua aplicação. Em situações nas quais certos direitos que seriam, a princípio, aplicáveis, apresentam-se como antagônicos, torna-se necessário promover uma acomodação hermenêutica, devendo um deles ceder parcial ou totalmente, em favor do outro. Dessa forma, a proteção dos direitos não pode ser efetivada mediante “prevalência absoluta ou incondicionada de alguns, mas com a afirmação da vigência debilitada de todos.” (PEREIRA, 2006, p.3)

Diante da constatação de que nenhum direito é absoluto, deve-se deixar evidente que todo ser humano merece proteção do estado, proteção essa ampliada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, cujo artigo 7º estabelece a igualdade e proteção da lei, sem qualquer distinção. E como sustenta Santos *apud* Jurkewicz (2010. s.p):

Temos o direito a sermos iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a sermos diferentes quando nossa igualdade nos descaracteriza. Por isso, é necessária uma igualdade que reconheça as diferenças, e uma diferença que não produza, aliamente ou reproduza as desigualdades

Na visão de Jurkewicz, 2010, historicamente, as mulheres têm sido inferiorizadas, reprimidas e estigmatizadas, porém muito se têm feito para que a mulher possa efetivamente ocupar um patamar de igualdade frente aos demais. Assim, novos sujeitos políticos surgem e ocupam os debates públicos, trazendo formas diferentes de abordagem sobre os direitos femininos, cuja principal conquista é o reconhecimento pelos defensores de direitos humanos, instituições, esferas governamentais dentre outros, de que, sem as mulheres, os direitos não são humanos.

Jurkewicz, 2010, ressalta que os direitos sexuais e os reprodutivos são direitos humanos universais, abarcando todos os seres humanos desde o nascimento; são interdependentes, uma vez que se conectam com os demais direitos humanos. “E indivisíveis, pois são vividos e atuam de um modo conjunto e integral”. (Jurkewicz, 2010 s.p).

Nessa concepção, surge o julgamento do Supremo Tribunal Federal – STF, guardião da Constituição Federal, referente ao Habeas corpus nº 124.306 que será abordado a seguir.

2.3 Do STF - Habeas Corpus nº 124.306: Voto favorável a Interrupção da gestação após a 12ª semana de gestação:

O órgão máximo julgador de constitucionalidade no Brasil discutiu o tema aborto através do Habeas Corpus nº 124.306, o qual teve o voto do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio de Melo favorável à interrupção voluntária da gestação até o primeiro trimestre.

De acordo com o preceito defendido pelo Ministro Marco Aurélio (2016), a criminalização do aborto, até o primeiro trimestre ou mesmo até a 12ª semana de gestação, confronta com diversos direitos fundamentais da mulher, dentre eles o princípio da proporcionalidade. Isso porque, a tipicidade da conduta criminosa é uma medida de eficácia frágil para efetivamente proteger os direitos do nascituro. Pois, na verdade, não causa redução significativa do número de abortos que ocorre no país, apenas impede que o ato seja praticado de forma segura.

Outro ponto brilhantemente destacado pelo ministro Marco Aurélio (2016) é a possibilidade do estado atuar na prevenção da ocorrência de abortos, por meios alternativos à sua criminalização, meios menos lesivos, como a educação sexual, custeio de contraceptivos e auxílio à mulher que deseja ter o filho, mas em condições adversas. Pontua também o Ministro que a criminalização é estritamente desproporcional, uma vez que o ônus social gerado, como problemas de saúde pública e mortes, ultrapassa os benefícios alcançados.

O Ministro Marco Aurélio de Melo (2016, s.p), em seu voto diz ainda:

A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: *os direitos sexuais e reprodutivos* da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; *a autonomia* da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; *a integridade física e psíquica* da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e *a igualdade* da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.

O Ministro Marco Aurélio (2016) ressalta que a prática do aborto envolve uma multiplicidade de efeitos físicos e morais e nesse sentido, o papel do Estado e da própria sociedade é de oferecer educação sexual, mediante a distribuição de métodos contraceptivos e do suporte àquela mulher que queira ter o bebe e esteja em circunstâncias desfavoráveis. Ele ainda afirma não ser a descriminalização, uma forma de propagar o procedimento, o intuito é que ele seja ocasional e assegurado.

Nessa conjuntura, o Ministro Marco Aurélio, no seu voto no Habeas Corpus nº 124.306 (2016), esclarece acerca da mulher que tem uma gravidez indesejada e não lhe é assegurada sua autonomia, a privacidade e a integridade física. Para ele, a criminalização do aborto nas condições aqui explicitadas, viola a autonomia da mulher, que representa o pivô primordial da liberdade individual, garantida pelo princípio da dignidade da pessoa humana anteriormente tratado. A autonomia significa o gozo do direito de escolha existencial básica, de tomadas de

decisões próprias de cunho moral, a respeito dos caminhos da vida individual. A todo ser humano, seja homem ou mulher, é assegurado o direito de privacidade, o qual acolhe os valores, pretensões e interesses de cada um, que não podem ser submetidos à interferência do Estado e da sociedade.

A integridade da mulher é violada também, como bem alude o Ministro Marco Aurélio (2016, s.p), frente aos direitos de integridade psicofísica e psíquica:

O direito à integridade psicofísica (CF/1988, art. 5º, caput e III) protege os indivíduos contra interferências indevidas e lesões aos seus corpos e mentes, relacionando-se, ainda, ao direito à saúde e à segurança. [...] A integridade psíquica, por sua vez, é afetada pela assunção de uma obrigação para toda a vida, exigindo renúncia, dedicação e comprometimento profundo com outro ser. Ter um filho por determinação do direito penal constitui grave violação à integridade física e psíquica de uma mulher.

Por derradeiro, o Ministro Marco Aurélio (2016) expõe o reflexo negativo da criminalização do aborto, na discriminação social. Mulheres pobres não podem se valer do sistema público de saúde, para realizar o procedimento abortivo, visto a conduta típica de crime, o que impede a realização de procedimento médico seguro. Em consequência, as mulheres recorrem às clínicas clandestinas, onde são submetidas a procedimentos impróprios e indignos que causam lesões, deformações ou mesmo as levam a óbito.

Para o Ministro Marco Aurélio (2016, s.p) “a criminalização da interrupção da gestação no primeiro trimestre vulnera o núcleo essencial de um conjunto de direitos fundamentais da mulher. Trata-se, portanto, de restrição que ultrapassa os limites constitucionalmente aceitáveis”.

Em voto ao Habeas Corpus N° 124.306, o Ministro Marco Aurélio (2016) reconhece também o grave problema de saúde pública, acarretado pela criminalização do aborto. Os reflexos da proibição são vistos na verdade não na diminuição de incidência da prática, mas sim na proibição da realização de procedimentos seguros, o que faz com que as mulheres recorram aos abortos realizados de forma clandestina, para interromper uma gravidez indesejada, trazendo complicações de saúde ou mesmo a morte dessas mulheres. Portanto, a criminalização do aborto não atende à proteção do direito à vida do feto.

Em complementação, Bonamigo (2015) aclara o assunto, a partir da exemplificação de um estudo realizado pelo Ministério da Saúde sobre o aborto, o qual aponta que 70% das mulheres que se submetem ao aborto vivem em união estável ou segura, sendo essas usuárias de métodos contraceptivos que por algum motivo falham.

Unido ao discutido acima, a Biogenética contribuirá para elucidar o início da vida, como se verá adiante.

2.4 Da Biogenética: Início da vida após o desenvolvimento do sistema nervoso central

A descriminalização do aborto, aqui defendida, imprescindivelmente, requer análise das principais teorias jurídicas a respeito do surgimento da vida.

Dentre outras, existem duas correntes doutrinárias significativas e antagônicas sobre o surgimento da vida, representadas pela Teoria Conceptionista e a Teoria do Desenvolvimento do Sistema Nervoso Central.

Como bem conceituam Costa e Júnior (2015), a Teoria Conceptionista, caracteriza como marco inicial da vida humana, a concepção, ou seja, no ato em que o gameta masculino se funde com o gameta feminino, formando o zigoto, neste ser unicelular, já existe vida.

Em crítica a Teoria supracitada, Costa e Júnior (2015) acreditam que o conceito é sim provido de vida, até porque tem sua própria carga genética, mas destaca-se, vida biológica. Portanto, o que se discute é a existência de vida humana. Se elas se equiparassem, o espermatozoide também teria vida humana. Daí surge a crítica quanto ao espermatozoide não ter carga genética completa. Mas tão logo, diversos tecidos do corpo humano possuem carga genética completa, então, um fígado ao ser transplantado mereceria reconhecimento de vida humana. Mas ora, a exemplo, o fígado, caso eventualmente por culpa ou dolo do transportador do órgão, resulte sua inutilização, a incidência é de crime próprio e não homicídio, portanto o mesmo não possui vida humana.

Em contrapartida, a Teoria do Desenvolvimento do Sistema Nervoso Central, aqui defendida e em consonância ao propósito dos autores Costa e Júnior (2015), retrata que a vida humana somente se inicia com o cérebro humano. Sendo a característica marcante da raça humana a capacidade de raciocinar, que se dá pela evolução do cérebro, é lógico concluir, portanto, que a vida humana somente poderia se dar com as primeiras ligações nervosas.

A Teoria do Desenvolvimento do Sistema Nervoso Central, em consonância com Costa e Júnior (2015), fundamenta-se essencialmente na lei n.º 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que trata da remoção de órgãos e tecidos para transplantes e terapias. Vertente essa que provem do art. 3º da lei, em que a remoção dos órgãos para doação, é precedida do diagnóstico de morte encefálica, tão somente.

Para prosseguimento da teoria, necessário se faz o estudo a respeito do momento da morte. Eudes Quintino de Oliveira Júnior (2016)¹⁴, trata do assunto dizendo que um dos critérios de grande relevância para a seara jurisdicional, quanto ao momento da morte, é a decretação da morte encefálica, que é ausência das funções neurológicas, de maneira irreversível. Pode parecer que é discricionário ao médico estabelecer esse momento, no entanto, existe um critério rigoroso para sua constatação, bem como relata o Promotor, a decretação depende de exames clínicos por mais de um médico, por no mínimo duas vezes em momentos distintos, recomendado ainda, exames complementares.

Esclarece mais, Eudes Quintino de Oliveira Júnior (2016, s.p):

O tronco cerebral, que faz parte do encéfalo, responsável por todas as estruturas nervosas do corpo humano e de suas funções vitais, como o batimento cardíaco, respiração, sentimento, pressão arterial, pode ser considerado o administrador do grande latifúndio chamado corpo humano. Tanto é que, feito o diagnóstico de morte encefálica, apesar do paciente continuar “vivo”, é considerado legalmente morto. E as nossas legislações seguem rigorosamente o brocardo latino *mors omnia solvit*. Assim é que, a título de exemplo, o artigo 6º do Código Civil é taxativo em afirmar que a existência da pessoa natural termina com a morte e o Código Penal, por sua vez, no artigo 107, inciso I, estabelece que a morte do agente faz extinguir a punibilidade. [...] (s.p).

Para Costa e Junior (2015), é partindo exatamente dessa premissa, de que a vida humana se encerra com o fim das atividades cerebrais, é que os defensores da Teoria do Desenvolvimento do Sistema Nervoso Central afirmam que a vida humana, de igual modo, se inicia com a atividade cerebral.

Costa e Júnior (2015) materializam a Teoria do Desenvolvimento do Sistema Nervoso Central com a comprovação de que a vida biológica pode existir independente de vida humana, tratam-se de institutos distintos, com proteções jurisdicionais específicas. Os autores exemplificam a afirmativa com o caso da americana Trisha Marshal, grávida em 1993, que teve diagnosticada a morte encefálica após ser atingida por um tiro na cabeça, mas o seu corpo foi mantido em funcionamento, a pedido da família, até o nascimento de seu filho, o que assim aconteceu. Em análise desse caso, os autores ratificam o fato de que é possível haver vida biológica em um corpo humano, e o ordenamento jurídico não reconhecer a vida humana neste.

Dois julgados do STF, a serem logo apresentados, são duas grandes fontes jurisdicionais comprobatórias da utilização da Teoria do Desenvolvimento do Sistema Nervoso Central.

¹⁴ Promotor de justiça aposentado/SP, mestre em Direito Público, pós-doutorado em ciências da saúde, advogado, reitor da Unorp e membro ad hoc da CONEP/CNS/MS

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510, proposta pela Procuradoria-Geral da República (PGR) contra dispositivos da Lei de Biossegurança, nº 11.105/05, retrata claramente o posicionamento da Suprema Corte, compatível com a teoria aqui defendida.

A ADI 3510, a ser investigada em detalhes, teve ênfase em impugnar, prefacialmente, o artigo 5º da Lei 11.105/05 que traz a seguinte redação:

É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

Em esclarecimento ao processo de fertilização *in vitro* Costa e Júnior (2015, p.132) definem:

[...] Como um procedimento intimamente ligado com as teorias do início da vida, pois se trata de um procedimento artificial de concepção, e dependendo da teoria adotada, mesmo que de maneira não natural, já será um ser dotado de vida humana, gozando, portanto, de toda a proteção constitucional [...]. A técnica de fertilização *in vitro* consiste, basicamente, em coletar os gametas, tanto os femininos como os masculinos, e fecundá-los em um ambiente laboratorial, ou seja, “*in vitro*”, ao contrário do processo natural, no qual a fertilização é feita “*in vita*”, e depois de realizado esse procedimento, o produto da fertilização será transferido para o útero materno, dando continuidade ao processo natural da gestação. (p.312).

Acontece que, para tratativa do surgimento da vida, o preceito da Lei 11.105/05 analisado, refere-se, principalmente, aos embriões excedentes à inserção ao plano materno. Como bem esclarecem Costa e Júnior (2015), os embriões excedentes são armazenados em nitrogênio líquido, em temperaturas de -196°C, para uso em novas tentativas de implantação, seja por insucesso na primeira tentativa, seja pela decisão do casal em ter mais filhos. O que facilita o processo, evitando que a mulher seja submetida a novos tratamentos hormonais.

Nesse diapasão, adentra-se ao julgado da ADI 3510 no STF. A Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510, proposta em desfavor da Lei 11.105/05 (Lei de Biossegurança). Julgada improcedente depois de reunir 22 especialistas em biogenética para auxílio na incessante descoberta do surgimento da vida, a constitucionalidade da Lei de Biossegurança, em seu artigo 5º, foi reconhecida.

Costa e Júnior (2015) então indagam, posto isso, que se a teoria concepcionista prega exatamente que a vida se inicia na concepção e, uma vez essa teoria sendo adotada, a destruição

destes embriões acarretaria a eliminação de uma vida humana, logo, seria cometido um crime contra a vida:

Se for aceita esta teoria, não só as pesquisas com células-tronco devem ser proibidas, como também a FIV, pelo menos da maneira como são feitos hoje, pois ao se armazenar os embriões em nitrogênio líquido, eles estão mantendo “seres humanos” em uma espécie de “crio prisão”. Seria digno manter um “ser humano” congelado? Uma vez adotada esta teoria, é possível afirmar, categoricamente, que não, pois isto seria reduzir o “homem” à condição de objeto (COSTA; JUNIOR, 2015, p.315).

Em relação à ADPF 54, que trata da Anencefalia, Eudes Quintino de Oliveira Júnior (2016) afirma que a mesma se orientou exatamente pela vertente da Teoria do Desenvolvimento do Sistema Nervoso Central, no momento em que decidiu, por maioria de votos, pela legalização de aborto de feto anencéfalo, aquele desprovido do encéfalo e da calota craniana. Sendo importante acrescentar que, nesses casos, não se pode pretender a doação de órgãos desses fetos, visto a desarrazoabilidade em obrigar a mulher, a manter a gravidez para esse fim. Imperioso se ressaltar que, um ato ilícito praticado a um ser humano com decreto de morte encefálica, não recairia em crime contra pessoa, e sim eventualmente, em vilipêndio ao cadáver.

Derradeiramente, fica comprovada a fática teoria utilizada pelo Supremo Tribunal Federal nesses julgados. A ADPF 54 legaliza o aborto de um ser desprovido de atividade cerebral.

[...]. Note que se trata de um feto fecundado e nidado, mas não lhe foi reconhecida vida humana, pelo fato de não possuir cérebro. O produto da concepção se desenvolveu chegando a possuir o corpo praticamente idêntico ao de qualquer ser humano nesta fase de seu desenvolvimento. Mas somente o corpo desenvolvido não é o suficiente para que se tenha vida humana (COSTA; JUNIOR, 2015, p.324 - 325).

Por fim, é absolutamente respaldada, a afirmação de que a vida se inicia com o surgimento da atividade cerebral, até porque já pacificado e jurisdicionado, ela se encerra com a inexistência dessa atividade, bem como por todos os pontos aqui tratados, principalmente pela atuação do Poder Judiciário que a contempla de forma camuflada.

3 CONCLUSÃO

A constatação desse artigo foi pela viabilidade da descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação, embasada cientificamente na teoria da formação do sistema nervoso central, bem como fundamentada no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do

Habeas Corpus nº 124.306, abrindo precedentes para a retomada do assunto no campo legislativo nacional.

O objetivo era analisar a compatibilidade da descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação frente aos princípios constitucionais, em especial, ao da Dignidade da pessoa humana e do direito à vida, partindo da decisão da primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em relação ao Habeas Corpus Nº 124.306.

Nesse sentido, tendo como metodologia a pesquisa explicativa bibliográfica e documental, bem como a abordagem dedutiva, foram analisadas e expostas várias doutrinas, as quais coadunam com a hipótese aqui apresentada qual seja demonstrar que descriminalizar o aborto até a 12ª semana de gestação não viola o direito à vida de um feto que ainda se quer pode contemplá-la, uma vez que, conforme a teoria da formação do sistema nervoso central, ainda não há formação do córtex cerebral.

Fato é que, para se detectar a morte de um ser humano, torna-se necessária a falência cerebral, de modo claro, ao inverso, a vida só seria possível com a formação cerebral.

Diante da pesquisa ora desenvolvida, ficou evidente a possibilidade de descriminalizar o aborto até a 12ª semana de gestação, garantindo a mulher um direito que lhe é inerente, o de escolha.

A pesquisa chegou ao fim, tendo como intuito a abertura para possibilidades futuras de enquadramento ao ordenamento jurídico brasileiro do tema ora defendido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Andre Luis Dornellas. Colisão e ponderação entre princípios constitucionais. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 02 out. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29173&seo=1>>. Acesso em: 06 jul. 2018.

ALEXY, Robert. **Colisão de Direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado democrático**. Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE) em 07.dez.1998

BONAMIGO, Elcio Luiz. **Manual de bioética: teoria e prática**. 3. Ed. São Paulo: All Print Editora, 2015.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848**, de 07 de Dezembro de 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 25 mar.2018.

CALDAS, Igor Lúcio Dantas Araújo. A ponderação de princípios e a supremacia do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10617>. Acesso em: 06 Jul. 2018.

COSTA, Raphael Mendonça; JÚNIOR, Cildo Giolo. Teorias Jurídicas a cerca do início da vida humana. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI249165,81042A+lei+e+a+morte+encefalica>. Acesso em: 15 mar. 2018.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz C. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca amargo. 2^a ed. São Paulo: Editora WMF Martins, 2009.

FERREIRA, Clécia Lima; PORTO, Carolina Silva. Eutanásia: Uma reflexão acerca do homicídio piedoso. **Revista Direitos Humanos e Democracia**. ano 5, n 10, Jul\Dez.2017.

JESUS, Damásio de . **Direito penal, 2º volume**: parte especial ; Crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio. 35^a. ed. São Paulo : Saraiva, 2015.

JUKERWICZ, Regina Soares. **A Criminalização do Aborto e os Direitos Humanos no Brasil**. Disponível em: <http://catolicas.org.br/biblioteca/artigos/criminalizacao-aborto-direitos-humanos-brasil/> Acesso em: 08.Jul.2018.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos Fundamentais**: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Voto do Ministro Marco Aurélio de Melo, relator no Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília, ano 1, 2017. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>, acesso: 01 set.2017.

PARTE III
AS CONTRADIÇÕES E DESAFIOS DOS DIREITOS HUMANOS NA REALIDADE
PRISIONAL BRASILEIRA

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: POSSÍVEL DIMINUIÇÃO DO
ENCARCERAMENTO EM MASSA?**

CUSTODY HEARING: POSSIBLE DECREASE IN MASS INCARCERATION?

Samara Lopes¹⁵

RESUMO

A audiência de custódia, consistente na apresentação do preso a uma autoridade judicial, é meio de humanização do processo penal, em virtude de nela se analisar a observância de requisitos legais e dos direitos humanos quando da prisão. O presente terá por objetivo analisar a efetividade da audiência. Seu desenvolvimento se dará por meio de leituras, mediante o acompanhamento de sessões, etc. Com os resultados obtidos ficará evidente a resistência dos operadores do direito às finalidades da audiência. Conclui-se, portanto, que sem mudança na mentalidade dos que atuam no âmbito penal, ela não será capaz de lograr seus objetivos.

Palavras-chave: Audiência de Custódia. Encarceramento. Violação dos Direitos Humanos. Abusos Policiais. Parcialidade na decretação de prisão preventiva. Limite ao poder estatal.

ABSTRACT

The custody hearing, consisting of the presentation of the prisoner to a judicial authority, is a means of humanizing the criminal process, as it examines compliance with legal and human rights requirements at the time of arrest. The purpose of this paper is to analyze the effectiveness of the audience. Its development will take place through readings, through the accompaniment of sessions, etc. With the results obtained the resistance of the operators of the right will be evident to the purposes of the hearing. It is concluded, therefore, that without a change in the mentality of those who act in the criminal sphere, it will not be able to achieve its objectives..

Keywords: Custody Hearing. Incarceration. Violation of Human Rights. Police Abuses. Partiality in the enactment of preventive custody. Limit to state power.

¹⁵ Graduanda do Curso de Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara – Belo Horizonte/MG – lopes.samara@outlook.com.

INTRODUÇÃO

A audiência de custódia, prevista em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, a saber, a Convenção América dos Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, consiste na apresentação do preso em flagrante, bem como da pessoa presa em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva a um Juiz, dentro do prazo de 24 horas. Oportunidade em que serão ouvidos o Ministério Público, a Defensoria Pública ou o Advogado do preso.

No curso da audiência de custódia o Juiz analisará a prisão, no que tange sua legalidade, necessidade, bem como adequação, haja vista que, conforme dispõe nosso ordenamento jurídico, a privação de liberdade deve ser a última medida utilizada durante a persecução penal.

Em 2011, o Senador Antônio Carlos Valadares, criou o Projeto de Lei nº 554/2011, com o objetivo de regulamentar a audiência de custódia e alterar os artigos 304 e 306 do Código de Processo Penal (CPP). No dia 06/12/16 o projeto de lei, após aprovação pelo plenário do Senado Federal, foi remetido à Câmara dos Deputados, onde aguarda apreciação pelo plenário em regime de tramitação especial.

Além disso, a Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, que veio para alterar dispositivos do CPP relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares, consignou a importância de se encaminhar, dentro do prazo de 24 horas a contar da efetivação da prisão em flagrante, o auto da prisão ao Juiz, para que este proceda à análise de sua legalidade, necessidade e adequabilidade, ficando silente sobre a realização de uma audiência com a pessoa presa.

Lado outro, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução nº 213 de 15 de dezembro de 2015, dispôs sobre a audiência de custódia, determinando a rápida apresentação da pessoa presa a um Juiz, levando em conta os tratados citados alhures, bem como a lei supramencionada. Conforme dados do Conselho Nacional de Justiça, todos os Estados brasileiros aderiram à audiência de custódia.

Ademais, alguns autores veem a audiência multicitada como uma forma de se adequar o processo penal aos Tratados Internacionais sobre os Direitos Humanos, como um meio de controle das prisões em flagrante, bem como um possível meio de se reduzir o encarceramento em massa, mal que vem assolando a modernidade desde que o cárcere se tornou uma alternativa à pena capital, ao suplício, às penas corporais, e a outros meios de punição utilizados ao longo dos séculos.

Tendo em vista a relevância dessa matéria, o presente trabalho assenta-se no seguinte tema-problema: a audiência de custódia, regulamentada pela resolução 213 do CNJ, será capaz de auxiliar na redução do encarceramento em massa, do uso indevido da prisão preventiva e da diminuição das violações dos direitos humanos no ato da prisão em flagrante?

De modo a responder ao tema-problema, o resumo apresenta a seguinte hipótese: com base nos dados constantes no portal do CNJ, relativo aos resultados da audiência de custódia bem como a forma como ela tem sido recepcionada pelas agências de criminalização secundária¹⁶, pensamos que, na prática, a referida audiência não alcançará seus objetivos, uma vez que prevalece, entre boa parte dos aplicadores do direito, a visão de que o processo penal/direito penal seria uma forma de se controlar a criminalidade, e não uma forma de se limitar o poder punitivo Estatal.

A elaboração do artigo será feita de modo qualitativo, por meio da análise de obras doutrinárias, publicações sobre o tema, bem como por intermédio da análise de estatísticas. Quanto ao objetivo, a pesquisa será exploratória, haja vista termos por objetivo evidenciar o problema carcerário, bem como os abusos policiais que vez ou outra ocorrem no ato da prisão. No tocante ao método utilizado, será o indutivo, partiremos dos objetivos motivadores da implantação da audiência de custódia, para analisarmos a sua eficácia.

Para tanto, teremos como instrumentos para a sua realização as obras doutrinárias, as jurisprudências e os artigos que abordem a temática do presente trabalho, bem como por meio da observação participante da referida audiência.

São, por consequência, os objetivos: a) analisar os reflexos da audiência de custódia em território mineiro, focando na Cidade de Belo Horizonte; b) pesquisar como vem sendo a adoção da audiência no Estado; d) analisar se, após a implantação da audiência, pode-se dizer que haverá uma diminuição no encarceramento e dos abusos policiais no ato da prisão.

Por fim, a escolha do tema se deu em razão de sua razoável atualidade, da importância de se ter um mecanismo para garantir à pessoa presa uma análise preliminar efetiva de seu caso, com o objetivo de se evitar uma prisão desnecessária, bem como da necessidade de se coibir abusos policiais no ato da prisão.

¹⁶ “O processo seletivo de criminalização se desenvolve em duas etapas denominadas, respectivamente, primária e secundária. Criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. [...] Em geral, são as agências políticas (parlamentos, executivos) que exercem a criminalização primária, ao passo que o programa por elas estabelecido deve ser realizado pelas agências de criminalização secundária (policiais, promotores, advogados, juízes, agentes penitenciários). [...] a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas.” (BATISTA; ZAFFARONI, p.45).

1. IMPLANTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO EM BELO HORIZONTE:

Conforme dito alhures, a audiência de custódia, prevista em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, a saber, a Convenção America dos Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, consiste na apresentação do preso em flagrante a um Juiz dentro do prazo de 24 horas. Oportunidade em que serão ouvidos o Ministério Público, o Advogado do preso ou a Defensoria Pública, caso este não esteja assistido.

Aos 15 de dezembro de 2015, o então presidente do CJN, Ricardo Lewandowski, levando em conta o art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, o art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a decisão nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 do Supremo Tribunal Federal (STF), o relatório produzido pelo Subcomitê de Prevenção à Tortura da Organizações das Nações Unidas (ONU), o diagnóstico de pessoas presas apresentado pelo CNJ e o INFOPEN do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, bem como outros aspectos, resolveu publicar a Resolução 213 do CNJ, que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa em flagrante ou em decorrência de cumprimento de mando de prisão cautelar ou definitiva, à autoridade judicial, no prazo de 24h.

Em seus artigos 14 e 15 a Resolução dispõe sobre a obrigatoriedade de os tribunais expedirem atos necessários ao seu cumprimento, levando-se em conta as peculiaridades de cada localidade, dentro do prazo de 90 (noventa) dias, contados de sua entrada em vigor.

Em cumprimento à referida Resolução, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais publicou a Resolução nº 796/2015, aos 24 de junho de 2015, com o objetivo de regulamentar o Projeto Audiência de Custódia do Conselho Nacional de Justiça no âmbito da justiça comum de primeira instância do Estado de Minas Gerais.

Conforme análise da referida Resolução, foi estabelecido que as audiências de custódia fossem implantadas de modo gradativo nas comarcas do interior do Estado de Minas Gerais e, em relação à Capital, deveria se observar o disposto em ato normativo conjunto próprio, o que foi feito. Em observância à Resolução nº 796/2015 o então Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o Corregedor-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais e o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de Minas Gerais, publicaram a Portaria Conjunta nº 01/PR/2015, que regulamenta a audiência em comento no âmbito da Comarca de Belo Horizonte.

De sua análise, constata-se que ela é um pouco restritiva, se comparada à Resolução 213 do CNJ, haja vista que, em seu bojo, consta tão somente que as audiências serão realizadas nos casos de prisão em flagrante. Ao passo que, na Resolução do CNJ, consta que tanto nos casos em que haja prisão em flagrante, quanto nos que haja cumprimento de mandado de prisão, tal audiência deverá ser realizada:

Art. 1º O funcionamento do Projeto Audiência de Custódia, do Conselho Nacional de Justiça, - CNJ, no âmbito da Comarca de Belo Horizonte, observará as disposições desta Portaria Conjunta. § 1º Serão realizadas audiências de custódia nos casos que envolverem prisão em flagrante delito na Comarca de Belo Horizonte. (MINAS GERAIS, Portaria Conjunta nº 01/PR/2015. TJMG)

Outrossim, na referida Portaria Conjunta há previsão de hipótese de não realização da audiência de custódia, quando o juiz, ao promover a análise dos autos da prisão em flagrante, entender estarem presentes todos os elementos necessários à formação de sua opinião, no tocante a expedição de alvará de soltura. Frisa-se que tal possibilidade não poderá ser exercida quando diante de possível conversão da prisão em flagrante em preventiva.

Art. 5º É lícito ao juiz competente promover o exame do auto de prisão em flagrante delito, antes da instalação da audiência de custódia, expedindo desde logo eventual alvará de soltura no caso de relaxamento da prisão ou de concessão de liberdade provisória, com ou sem cláusula, ficando, nestas hipóteses, prejudicada a realização da audiência. (MINAS GERAIS, Portaria Conjunta nº 01/PR/2015. TJMG)

Na Capital mineira a audiência vem sendo realizada no subsolo do Fórum Lafayette. Conforme pesquisa de campo realizada pelo CRISP (2015), tal espaço possui cinco salas separadas por biombos. Uma delas é destinada à Secretaria¹⁷, outras duas são destinadas à realização da audiência de custódia, a quarta é destinada à Secretaria de Estado de Defesa Social (SEDS)¹⁸.

A pesquisa informa, ainda, que na estrutura criada para a realização da audiência há uma carceragem, dividida em duas celas, uma sem sanitário e uma com. Na hipótese de haver mulheres presas aguardando pela audiência, é feita uma separação entre os sexos. Em razão disso, vários homens ficam em um espaço pequeno e sem banheiro, haja vista que às mulheres

¹⁷ Local de recebimento e distribuição dos flagrantes, bem como de atendimento aos advogados e familiares da pessoa presa.

¹⁸ Para essa sala são encaminhadas as decisões de conversão do flagrante em prisão preventiva, bem como o custodiado para o qual foi concedida liberdade provisória, ocasião em que será realizado o desligamento no sistema da Subsecretaria de Administração Prisional (SUAPI).

é destinada a outra cela. A fim de minimizar tal problema, as audiências das mulheres têm prioridade, para que seja possível a divisão masculina entre as celas.

Seguindo a mesma linha, a Defensora Pública do Estado de Minas Gerais alertou sobre a situação degradante em que custodiados são submetidos nas carceragens onde aguardam a realização da audiência de custódia, por causa da falta de estrutura do local (informação verbal).¹⁹

Tais relatos são preocupantes, uma vez que a Audiência de Custódia veio para humanizar o processo penal, tendo como um dos objetivos garantir a preservação dos Direitos Humanos, o que, conforme se vê, vem sendo violado antes de sua realização.

Lado outro, conforme previsto no projeto das Audiências existe em Belo Horizonte uma Central de Serviço de Assistência Social, composta por psicólogos e assistentes sociais que prestam diversos serviços aos custodiados que tiveram a concessão de liberdade provisória com medida cautelar de acompanhamento por equipe multidisciplinar. Dentre os serviços prestados estão o encaminhamento para emprego, assistência psicológica, encaminhamento para internação/desintoxicação, encaminhamento para assistência médica e hospitalar, etc.

2. PERCEPÇÃO ACERCA DAS AUDIÊNCIAS ASSISTIDAS

Em outubro de 2017, com o objetivo de se ter uma melhor compreensão da forma como a audiência de custódia tem sido realizada em território mineiro, dirigimo-nos ao Fórum Lafayette, onde foram assistidas algumas audiências de apresentação.

Ao se assistir tal audiência tornou-se perceptível que a forma como ela é realizada gera certa incompreensão do que está acontecendo por parte de seu auditório²⁰, sendo este a pessoa presa e terceiros estranhos a relação que lá estejam. Ademais, conforme mencionado por ABREU (2008), “aquele que vai argumentar precisa adaptar-se ao seu auditório”, o que não ocorre durante as audiências objeto deste trabalho.

No início da audiência o Juiz a abre da forma prevista na Resolução do CNJ, explicando seu objetivo, bem como que o custodiado tem o direito de permanecer calado (art. 5º, LXIII CRFB/88). No seu decorrer, os agentes da criminalização secundária a conduzem por

¹⁹ Informação fornecida por Andrea Abritta Garzon, no VIII Seminário do Conselho de Criminologia e Política criminal do Estado de Minas Gerais, em Belo Horizonte, outubro de 2017

²⁰ “O auditório é o conjunto de pessoas que queremos convencer e persuadir.” (ABREU, p. 16)

meio da utilização de termos técnicos, sobretudo com a menção a números de artigos, sem explicar o que eles disciplinam.

A falta de adaptação ora mencionada gera uma ausência de compreensão por parte do flagranteado do que está acontecendo na audiência. De modo a ilustrar o que fora dito, transcreveremos um dos episódios ocorridos durante uma das audiências assistidas:

O custodiado havia sido preso em flagrante por, supostamente, ter cometido o crime previsto no art. 34 da Lei n. 11.343. No curso da audiência o flagranteado só teve a oportunidade de falar sobre o ocorrido no início, ficando tal relato adstrito ao fato de ter ou não sofrido agressão policial, bem como questões relativas à sua vida pessoal (trabalho, família, vícios, etc.). Após, foi dada a palavra ao Promotor, o qual narrou o caso e pugnou pela decretação da prisão preventiva. Ato contínuo foi dada a palavra a Defensora do preso, a qual pugnou pela concessão de liberdade provisória. Por fim, o Juiz decretou a prisão preventiva do custodiado.

Após a decisão do Juiz, os policiais foram levar o preso embora, ocasião em que este, ao perceber que continuaria preso, pediu para explicar o caso, sob a alegação de que os policiais teriam forjado um flagrante. Foi lhe dada à palavra, todos os ouviram, perceptivelmente com desdém, mas ninguém o escutou. Ao final do relato, o preso continuou sendo conduzido e nada foi feito em relação ao que foi dito.

Corroborando com o que fora exposto está pesquisa realizada pelo CRISP (2015), na qual mencionam que a falta de escolaridade dos custodiados influenciam na compreensão destes sobre o que ocorre durante a audiência, bem como a forma como são tratados pelos operadores do direito:

Durante o trabalho de campo, verificou-se a falta de sensibilidade de juízes e promotores para lidar com os custodiados pouco escolarizados. Utilizando-se de uma linguagem muito próxima da norma culta ao se direcionarem ao preso, tais operadores não demonstravam interesse em se fazer entender. Quando o custodiado não compreendia o que era dito pelo magistrado ou promotor e apresentava como resposta alguma informação diferente daquilo que era perguntado, virava motivo de piada no intervalo entre uma audiência e outra. (CRISP, 2015, p. 25, grifo nosso).

Ilustrando a sua percepção o CRISP (2015) relatou o que presenciou durante o intervalo de uma das audiências:

Para um dos operadores, ‘Poucos presos aqui são espertos, a maioria não entende que possui um defensor público e não compreendem nada do que eu falo com eles. Eu sigo as perguntas da resolução do CNJ, eu não acho necessário, mas eu faço’ (Operador 1). Outro operador completou: ‘Ah... eu estou cansado de respostas absurdas. Quando a senhora pergunta o ‘estado civil’ muitos respondem ‘Minas Gerais’ (risos) (Operador 2). Em outra audiência, assim que o custodiado saiu da sala, um operador começou a rir da forma como o custodiado havia falado e em tom jocoso

disse: ‘Vocês viram gente, ele falou que tem trabalho anônimo, ele trabalha escondido então, né juiz? Isto não é um trabalho lícito!’ (Operador 3). Os presentes riram da confusão que o custodiado fez entre os termos anônimo e autônomo, demonstrando pouco respeito à dignidade daquela pessoa. (CRISP, 2015, p. 25, grifo nosso)

De todo o exposto, a imagem real que se tem da audiência de custódia é a de que as partes, sobretudo o juiz, durante sua realização, não possui a preocupação de ouvir o preso. Na realidade, passasse a impressão de que esta vem sendo realizada como o intuito de “cumprir o protocolo” e de que nada que fosse dito durante sua realização teria alguma relevância, uma vez que os operadores do direito não prestam atenção no que ocorre na sala de audiência, bem como é visível que as partes já vão para a audiência com suas convicções sobre a necessidade ou não da prisão formada.

Além disso, o entendimento de que a audiência faz com que o Juiz possa decidir não só com base nos documentos constantes no Auto de Prisão em Flagrante Delito, mas também com as informações trazidas pelo preso, não encontra respaldo com a realidade, uma vez que, conforme percebido, nada que o preso disser terá alguma relevância para a formação da convicção do Órgão Julgador.

3. DAS PRISÕES

Conforme mencionado por JUNIOR (2017) há uma relação íntima entre a história das penas e o nascimento do processo penal, na medida em que a persecução penal é um caminho necessário para alcançar-se a pena e, sobretudo, um caminho que condiciona o exercício do poder punitivo do Estado à estrita observância de regras que compõe o devido processo penal.

Nesse sentido, ALONSO afirma:

Inicialmente a reação era eminentemente coletiva, e orientada contra o membro que havia transgredido a convivência social. A reação social é, na sua origem, basicamente religiosa, e só de modo paulatino se transforma em civil. O principal é que nessa época existia uma vingança coletiva, que não pode ser considerada como pena, pois vingança e pena são dois fenômenos distintos. A vingança implica a liberdade, força e disposições individuais; a pena, a existência de um poder organizado (*apud* JUNIOR, 2017, p.33, grifo nosso).

Assim, o processo penal está ligado à evolução da pena, tendo seus contornos definidos no momento em que aquela adquire seu caráter verdadeiro, quando o Estado vence a atuação particular e impõe sua autoridade, determinando que a pena seja pronunciada por um juiz imparcial, cujos poderes são juridicamente limitados.

Portanto, o processo não pode ser visto como um meio de exercício do poder punitivo Estatal, mas sim como um limitador do poder punitivo e um instrumento para se garantir os direitos do indivíduo a ele submetido. O procedimento é um caminho indispensável para se chegar legitimamente à pena. Somente se admitindo sua existência quando ao longo desse caminho forem respeitadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas.

Levando-se em conta todo o procedimento necessário à definição da pena, bem como os efeitos que esta causa no apenado veio a audiência de custódia, tendo como um dos objetivos evitar que presos em flagrante permaneçam em privação de liberdade por um lapso temporal significativo, sem que haja necessidade, razão pela qual ela deve ser realizada dentro de 24h a contar da prisão.

Nesse sentido, ao falar sobre o tempo e as penas processuais, JUNIOR (2017) aduz que na atualidade a aferição de poder se passa pela temporalidade, uma vez que o verdadeiro detentor do poder é aquele que está em condições de impor a outrem o seu ritmo. Menciona, ademais, que “o Estado-Penitência já tomou ao longo dos tempos o corpo e a vida, os bens e a dignidade do homem. Agora, não havendo mais nada a retirar, apossa-se do tempo”.

Nesta senda, quando a pena extrapola um tempo razoável, o Estado subtrai de forma ilegal o tempo do particular, de modo doloroso e irreversível. Tal apossamento ocorre ainda que inexistente uma prisão cautelar, pois o processo/estigma em si é uma pena. Conforme JUNIOR (2017, p.77) “O caráter punitivo está calcado no tempo de submissão ao constrangimento estatal, e não apenas na questão espacial de estar intramuros.” Na mesma linha MUSSUTI:

Não é apenas a separação física que define a prisão, pois os muros não marcam apenas a ruptura no espaço, senão também uma ruptura do tempo. A marca essencial da pena (em sentido amplo) é “por quanto tempo”? Isso porque o tempo, mais que o espaço, é o verdadeiro significante da pena. (*apud* JUNIOR, 2017, p.77, grifo nosso).

Assim, necessário se faz uma análise rápida e efetiva da ocorrência das espécies de flagrantes previstas nos incisos do art. 302 do CPP, bem como da observância dos requisitos do art. 312 do mesmo diploma legal, para sua conversão em preventiva.

Lado outro, é sabido que nos presídios brasileiros a maioria dos detentos não está cumprindo efetivamente pena, mas sim estão aguardando o julgamento em privação de liberdade. Consoante dados do CNJ, o número de presos no Brasil é de 687.808 (seiscentos e oitenta e sete mil oitocentos e oito). Ao passo que 245.103 (duzentos e quarenta e cinco mil

cento e três) são presos provisórios. Interessante ressaltar que a maioria desses presos supostamente cometeu crimes relacionados às drogas tidas como ilícitas.

Em razão de tais dados a audiência de custódia se mostra necessária, tendo em vista os fins a que se destina. Todavia, de acordo com o CRISP (2015), durante a realização da audiência de custódia os operadores do direito buscam otimizar a sua duração, para que esta não se estenda após o fim do expediente. Ao que tudo indica, tal necessidade pode influenciar a dinâmica da audiência e, sobretudo, a decisão judicial.

Ademais, de acordo com o grupo de pesquisa referido, bem como pelo que foi constatado nos dias em que as audiências foram assistidas, é perceptível que em grande parte dos casos a análise do APFD é feita antes do início das audiências. Além disso, o grupo constatou que o escrivão, na maioria das vezes, fazia um breve resumo do caso para tornar mais fácil a análise do juiz.

Conforme informação do CRISP (2015), em Belo Horizonte ainda há um número maior de decretação de prisão preventiva, perfazendo um montante de 442 decisões nesse sentido, ao se analisar 825 audiências durante mais de um ano, o que perfaz um percentual de 53,6% de decisões nesse sentido.

No que tange a liberdade provisória com aplicação de medidas cautelares, esta foi decretada em 44, 1% das vezes. Ao passo que a liberdade provisória sem medidas cautelares só foi concedida em 1,7% das vezes e somente 0,6% dos flagrantes foram relaxados em razão de alguma nulidade.

Lado outro, conforme Resolução 2013 do CNJ a prisão preventiva só deve ser aplicada quando o delito não admitir a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, determinando ainda, que as cautelares só devem ser impostas na ausência de possibilidade de concessão de liberdade provisória plena.

Em relação às medidas cautelares, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais publicou dados referentes às decisões decretadas em sede de audiência de custódia, discriminando as medidas cautelares mais utilizadas quando da concessão de liberdade provisória. Consoante se extrai de sua análise, a medida mais utilizada foi o encaminhamento ao centro de assistência, seguida pela concessão de liberdade com arbitramento de fiança e a terceira mais utilizada é o monitoramento eletrônico.

Em relação ao monitoramento eletrônico há quem diga que tal medida vem sendo aplicada de modo a extrapolar os ditames da lei que o regulamenta, bem como que o Estado não possuiu um número considerável de equipamentos, o que, por diversas vezes, faz com que

o flagranteado fique em custódia aguardando a instalação de seu equipamento por tempo considerável (informação verbal) ²¹.

Já na concessão da liberdade provisória mediante o pagamento de fiança é verificável que esta muitas vezes é arbitrada com o intuito de manter o flagranteado preso, tendo em vista que seu valor é arbitrado sem levar em conta a condição econômica do custodiado. Logo, o indivíduo continua preso até que seja impetrado e concedido um *Habeas Corpus*.

Em relação às decisões com finalidade diversa das previstas em lei, bem como parciais, está pesquisa do CRISP (2015), na qual informa que questões pessoais do agente, tais como cor, vida pregressa, idade, paternidade e trabalho influenciam na decisão, ainda que se trate de casos idênticos. Ademais, conforme pesquisa, 78% das pessoas presas em flagrante eram negras e pardas, enquanto em 22,1% dos casos os presos eram brancos. De modo a demonstrar a diferenciação no tratamento citamos:

Um caso em que uma pessoa branca, de classe média alta, que cometeu um roubo e o magistrado decidiu colocá-la em liberdade com o pagamento de fiança. No fim da audiência, o operador comentou sobre o preso, dizendo: “Coitado do moço, bonito, né, um professor bonito daqueles roubando”. O segundo caso se refere a um custodiado negro, preso também por roubo, cuja prisão em flagrante fora convertida em preventiva. Ao final da audiência, o operador comentou: “Esse aí tem cara de bandido, cara de marginalzinho!” (CRISP, 2015, pag. 22, grifo nosso).

Nesse sentido, conforme mencionado por ZAFFARONI e BATISTA (2011, p.89-91), “o poder do Estado concede às suas instituições funções manifestas, que são expressas, declaradas e públicas. Todavia, em regra, a função manifesta não coincide com o que as instituições realizam na sociedade, ou seja, com suas funções latentes ou reais.”

Tal diferenciação entre o campo teórico e o real, conforme aduz os autores, deve ser objeto de crítica institucional, pois é a única maneira de controlar o poder. Além disso, a maior parte do poder estatal tem funções manifestas não-punitivas e latentes que são ou podem ser punitivas.

Seguindo essa linha de raciocínio os autores mencionam algumas espécies de leis penais, quais sejam; leis penais manifestas (código penal, leis penais especiais, disposições penais em leis não-penais); leis penais latentes que, com qualquer função manifesta não-punitiva (assistencial, pedagógica, sanitária, etc.) habilitem o exercício de um poder punitivo; e as leis penais eventuais, as quais possuem uma função punitiva eventual.

²¹ Informação fornecida no VIII Seminário do Conselho de Criminologia e Política criminal do Estado de Minas Gerais, em Belo Horizonte, outubro de 2017.

Mencionada lei penal eventual surge quando do exercício do poder estatal habilitado por leis que não têm funções punitivas manifestas nem latentes são exercidas como poder punitivo pelas agências²² do sistema penal. Como exemplo prático de tal tipo de lei os autores citam a prisão preventiva, considerando-a como uma pena antecipada.

Dito isso, é de se repensar o motivo real de a concessão de liberdade provisória mediante o pagamento de fiança – tendo em vista o elevado valor arbitrado para presos sem condições financeiras – ser a segunda medida alternativa mais utilizada, bem como se o fato de a decretação da prisão preventiva ser a decisão mais adotada encontra respaldo com os requisitos do art. 312 do CPP, ou se tais medidas estão atreladas às funções reais punitivistas²³ e às leis penais eventuais.

4. VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS NO ATO DA PRISÃO

Conforme já mencionado, a Audiência de Custódia além de ter por objetivo analisar a prisão em flagrante no que tange sua legalidade e necessidade visa analisar a ocorrência de maus tratos policiais no ato da prisão, tendo em vista que lesões aparentes serão facilmente perceptíveis, devido ao prazo em que a audiência é realizada.

Em pesquisa realizada pelo CRISP (2015) é demonstrado que somente em 64% das audiências o preso é perguntado sobre a ocorrência de maus tratos no ato da prisão, sendo que em 62,9% dos casos é o defensor quem faz a pergunta. Em 1% dos casos foi o preso quem teve a iniciativa de falar sobre o ocorrido e, em 35% dos casos não foi feita nenhuma pergunta. De acordo com dados do CNJ, até data de 30/06/2017 só em 1% das audiências realizadas houve alegação de violência no ato da prisão.

Tais dados, conforme aduzido pelo CRISP (2015) evidenciam que os operadores do direito legitimam o senso comum e acreditam que pessoas que cometem crimes não são dignas de direitos humanos. Os pesquisadores presenciaram durante o intervalo das audiências frases do tipo: “Dá vontade de matar, aí depois o doutor (defensor público) vem reclamar pedindo para o preso consultar e fazer exame de corpo de delito e encaminhar para os direitos humanos e corregedoria.”

²² “Entes ativos, que atuam” (ZAFFARONI; BATISTA, pag. 43)

²³ “Qualquer privação de liberdade anterior à sentença pode ter por objeto evitar a continuidade da lesão ou impedir um conflito maior, mas ela também pode ser utilizada como pena antecipada” (ZAFFARONI; BATISTA, pag. 88).

Ademais, em uma das audiências assistidas um custodiado alegou que teria sofrido violência policial, ao passo que o juiz lhe perguntou: “Você sofreu violência? Você tentou reagir à prisão?” de modo a deslegitimar a alegação do indivíduo e legitimar um possível abuso quando da prisão.

Em muitos dos casos o tratamento inadequado se dá devido ao preconceito dos juízes, que muitas das vezes acham que o uso da força é necessário para a contenção do flagranteado, conforme se extrai de falas captadas pelo CRISP (2015): “Você alega maus tratos pela PM, mas o que você estava fazendo no momento em que o policial te abordou?”; “Vai dizer que você não tentou fugir e, por isso, o policial precisou usar a força para contê-lo?”.

Além da deslegitimação das alegações de violência não perceptíveis de plano, também há uma pressão por parte de promotores e juízes no sentido de fazer com que as alegações de violência perceptíveis (por serem aparentes) não sejam investigadas, conforme demonstrado pelo CRISP (2015) em transcrição de um relato: “tem certeza que quer dar prosseguimento a essa denúncia? Porque se lá na frente ficar constatado que você não sofreu nenhum tipo de violência, o policial pode mover um processo contra você, que responderá a dois processos em vez de um.”

Em virtude do preconceito dos operadores do direito poucos foram os casos em que as alegações de abuso foram investigadas. De acordo com pesquisas, em apenas 1,2% dos casos houve encaminhamento das alegações de maus tratos para apuração, o que se deu, em boa medida, por exigência de membros da defensoria pública. Dentre os relatos encaminhados nenhum foi objeto de denúncia (informação verbal).²⁴

Ante o exposto, se não houver uma mudança na mentalidade dos juízes e promotores a audiência de custódia não será uma forma de se coibir as violações aos Direitos Humanos que ocorrem quando da prisão em flagrante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve por objetivo analisar a implantação da audiência de custódia em Belo Horizonte, a fim de averiguar se ela seria um meio eficaz para se reduzir o número de presos provisórios, bem como uma forma de diminuição de abusos policiais no ato da prisão em flagrante.

²⁴ Informação fornecida no VIII Seminário do Conselho de Criminologia e Política criminal do Estado de Minas Gerais, em Belo Horizonte, outubro de 2017

No que tange ao encarceramento, parece-nos que tal audiência não irá auxiliar na sua redução, tendo em vista que após a sua implantação ainda há um número maior de decretação de prisão preventiva que de concessão de liberdade provisória, o que, conforme demonstrado está ligado à forma como os operadores do direito veem o processo/direito penal, e não em razão da existência de requisitos legais que fundamentem da decretação da prisão preventiva.

Em relação aos abusos policiais no ato da prisão, é perceptível que a audiência de apresentação não tem se mostrado capaz de inibi-los, haja vista que durante a audiência a alegação do preso de ter sofrido violência é deslegitimada por parte dos operadores do direito, os quais passam a ideia de que a agressão praticada por parte da polícia contra a pessoa presa é inerente a atividade criminosa.

Diante do quanto exposto, resta claro que a hipótese do presente artigo, no sentido de que a audiência de custódia na prática não alcançaria seus objetivos, quais sejam, diminuir o número de presos provisórios em virtude do contato entre o preso e o juiz e de diminuir os casos de abusos policiais no ato da prisão se restou comprovada, tendo em vista a resistência entre os operadores do direito em se envolver com audiência tão importante como a de custódia, bem como pelo fato de as decisões judiciais estarem, com base nos relatos, evadidas de parcialidade.

Por fim, parece-nos que tal audiência só se mostrará efetiva quando os indivíduos que atuam na esfera penal deixarem de lado a ideia de que o direito/processo penal é um meio de exercício do poder do Estado e passarem a vê-lo como um limitador desse poder, bem como que as garantias constitucionais devem estar presentes antes, durante e ao final da persecução penal.

REFERÊNCIAS

ABREU, Antônio Suárez. **A arte de argumentar: Gerenciando Razão e Emoção**. Disponível em: < <https://designunip.files.wordpress.com/2011/08/a-arte-de-argumentar-antonio-suarez-abreu.pdf>> Acesso em: 29.nov.2017.

ALONSO, *apud* LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14.ed.São Paulo. Editora Saraiva, 2017.

AUDIÊNCIA de custódia. **CNJ**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>> Acesso em: 13.ago.2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 17.ago.2017.

BRASIL. Código de processo penal (1941). **Código de processo penal**. In: VADE MECUM. 15. ed: Saraiva, 2016. p. 611-612.

BRASIL. Resolução 2013. **CNJ**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>> Acesso em: 16. ago.2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 12. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2008.

CARVALHO, de Salo, **anti manual de criminologia**. 5. ed. Editora Saraiva, 2013.

CRISP/UFMG. **Audiência de custódia em Belo Horizonte: um panorama**.2015.

CUSTÓDIA, Audiência. **TJMG**.Disponível em: < <http://www9.tjmg.jus.br/portal/acoes-e-programas/audiencia-de-custodia/>> Acesso em: 13.set.2017.

DADOS estatísticos de implementação/ Mapas de implementação. **CNJ**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>> Acesso em: 18.out.2017.

LEVANTAMENTO, dos presos provisórios no país e ação dos tribunais. **CNJ**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>> Acesso em: 01.dez.2017.

LEWANDOWSKI, *apud* MELO, Raphael. **Audiência de Custódia no processo penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido,2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14.ed.São Paulo. Editora Saraiva, 2017.

MELO, Raphael, **Audiência de Custódia no Processo Penal**. Belo Horizonte. D'Plácito, 2016. p.160-163.

MINAS GERAIS, Resolução 796/2015. **TJMG**. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re07962015.pdf>> Acesso em: 15.nov.2017.

MINAS GERAIS, Portaria Conjunta nº 01/PR/2015. **TJMG**. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/pf00012015.pdf>> Acesso em: 15.nov.2017.

MINAS GERAIS, Resolução Conjunta nº 02/PR/2016. **TJMG**. Disponível em:< <http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/pf00022016.pdf>> Acesso em: 15.nov.2017.

MUSSUTI, *apud* LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14.ed.São Paulo. Editora Saraiva, 2017.

PAIVA, Caio; JUNIOR Aury Lopes, Audiência de Custódia aponta para evolução civilizatória do Processo Penal. **ConJur**. 21/ago/2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lobes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>> Acesso em:21.set.2017.

ROCHA, Anacélia Santos et al. O dom da produção acadêmica: manual de normalização e metodologia da pesquisa. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara,2016. Disponível em: <<http://domhelder.edu.br/uploads/pesquisa/domdaproducaoacademica.pdf>> Acesso em: 15.ago.2017.

ROSA, Alexandre Morais *et al.* **Audiência de Custódia**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

ROSA, da Alexandre Morais; JUNIOR, Aury Lopes, Afinal, quem tem medo da audiência de custódia? (parte 1). **ConJur**. 13/jan/2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>> Acesso em: 21.set.2017.

SENADO aprova regulamentação de audiência de custódia. **Senado Notícias**, Brasília, 30 nov.2016. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/11/30/senado-aprova-regulamentacao-de-audiencia-de-custodia>> Acesso em: 21.set.2017.

SILVIANO, Murilo; RAMALHO, Renan, Relatório do CNJ aponta que, a cada três presos no país, um é provisório. **G1**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/a-cada-tres-presos-no-pais-um-e-provisorio-diz-relatorio-do-cnj.ghtml>> Acesso em: 02.dez.2017.

SOUZA, de Rodrigo Darela, A audiência de custódia e a problemática policial. **JusBrasil**. 2017. Disponível em: <<https://rodrigodarela.jusbrasil.com.br/artigos/365250041/a-audiencia-de-custodia-e-a-problematICA-policial>> Acesso em: 02.out.2017.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. 4^a.ed.Editora Revan, 2011.

A COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS AO PRESIDÁRIO SOB A ÓTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

COMPENSATION OF MORAL DAMAGES TO CONVICTS UNDER THE
OPTICS OF TORT LAW AND THE HUMAN DIGNITY

Caio César do Nascimento Barbosa²⁵

Priscila Ladeira Alves de Brito²⁶

RESUMO

Diante do momento político-social atual, surge um tema urgente a ser debatido: a possibilidade de reparação de danos morais ao presidiário, com intrínseca relação a omissão estatal, no que tange a dois aspectos, tais sejam a questão da superlotação prisional e as condições degradantes às quais os presos estão expostos, que atentam gravemente contra os direitos humanos. Busca-se ampliar o debate realizado no Supremo Tribunal Federal em relação aos métodos compensatórios a tal ilícito civil, de forma a se preservar a dignidade da pessoa humana e não banalizar o dano moral. Propõe-se adequar a pesquisa à vertente metodológica jurídico- sociológica.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Direitos Humanos; Sistema Prisional Brasileiro.

ABSTRACT

In view of the current political-social moment, appears a pressing matter to be discussed: the possibility of redress moral damages to the convict, that has intrinsic relation with State default, regarding to two aspects, which are prison overcrowding and the unpleasant conditions in which prisoners are exposed, that seriously insults against Human Rights. The Supreme Federal Court's debate is increased regarding to the compensatory methods to such civil illicit, in order to preserve human dignity and not to trivialize moral damages. It is proposed to suit the research to the juridical-sociological method.

Keywords: Tort Law; Human Rights; Brazilian Prison System.

²⁵ Graduando em Direito – modalidade integral – pela Escola Superior Dom Helder Câmara.

²⁶ Orientadora – Mestre em Direito e Instituições Políticas pela Universidade FUMEC. Graduação em Direito pela universidade FUMEC. Professora de Direito Civil e Processo Civil na Escola Superior Dom Helder Câmara.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A pesquisa tem seu nascedouro na necessidade de se promover um debate sobre as condições degradantes do sistema prisional brasileiro impostas aos indivíduos privados de liberdade, tendo por consequência a imputação de responsabilidade civil, para fins de se permitir, o quanto possível, examinar criticamente segundo a doutrina e a jurisprudência atual a possibilidade de aplicação de danos extrapatrimoniais pelo Estado na referida temática.

Este trabalho tem por *leitmotiv* investigar a aplicação da responsabilidade civil concernente a afronta aos direitos humanos – em especial, à dignidade da pessoa humana – nos presídios do país, caracterizado pela omissão estatal. Busca-se, também, o entendimento em relação aos métodos reparatórios ao presidiário que, por tal omissão, sofreu lesão aos seus direitos fundamentais: tais danos morais não seriam reparados de modo mais efetivo se considerados sob a modalidade extrapatrimonial?

A pesquisa que se propõe desenvolveu-se pela vertente metodológica jurídico-sociológica. No que se refere ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação Witker (1985) e Gustin (2010), o tipo jurídico-projetivo. De acordo com a técnica de análise de conteúdo, afirma-se que se trata de uma pesquisa teórica, viabilizada a partir da análise de conteúdo doutrinário, normativo, jurisprudencial e demais dados colhidos na pesquisa. Desse modo, a pesquisa presta-se a analisar o tema da responsabilidade civil concernente aos danos extrapatrimoniais sofridos pelo preso em razão das condições degradantes decorrentes do desleixo dos órgãos e agentes públicos.

2. O DANO EXTRAPATRIMONIAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO NORTEADOR

Oportuno é começar apontando que os danos extrapatrimoniais não podem ser entendidos como outrora o eram: sinônimos de vexame, ofensa, humilhação ou dor, sendo as atuais conceituações muito mais amplas e cientificamente adequadas. Maria Celina Bodin de Moraes expõe que tais vocábulos não conceituam o instituto do dano moral, mas descrevem sensações presentes no indivíduo que o sofre:

Afirmar que o dano moral é “dor, vexame, humilhação, ou constrangimento” é semelhante ao dar-lhe o epíteto de “mal evidente”. Através destes vocábulos, não se conceitua juridicamente, apenas se descrevem sensações e emoções

desagradáveis, que podem ser justificáveis, compreensíveis, razoáveis, moralmente legítimas até, mas que, se não forem decorrentes de “danos injustos”, ou melhor, de danos asituações merecedoras de tutela por parte do ordenamento, não são reparáveis. (BODIN DE MORAES, 2017, p. 130)

O dano moral encontra-se intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado pela Carta Magna brasileira de 1988 e presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos. O que o ordenamento jurídico pretende é a promoção da autonomia existencial por meio de tal princípio. De tal modo, a injusta violação a este fundamento deve ser reparada, de forma a se respeitar as sensações ou emoções desagradáveis sofridas pelo lesado, ensejando um mínimo de educação aos direitos humanos, merecedores de tutela no ordenamento pátrio, quando inseridos no texto constitucional como direitos fundamentais e, notadamente, na legislação infraconstitucional, pertinente aos direitos de personalidade.

O dano moral pode então ser conceituado, de acordo com Nelson Rosenvald como “uma lesão a dignidade da pessoa humana” (ROSEVALD. 2017, p. 237). Acrescido a tal conceito, pode o dano moral ser encarado como o dano que lesa direitos personalíssimos, capazes de individualizar cada pessoa e caracterizá-la como humana.

Neste sentido, a dignidade da pessoa humana – princípio fundamental norteador da Constituição Federal de 1988 – é perfeitamente definida por Ingo Wolfgang Sarlet:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. (SARLET, 2001. p. 60)

Dessarte, a dignidade humana é considerada um valor inerente à pessoa humana, trazendo uma pretensão ao respeito por parte da coletividade. O respeito vem por meio do cumprimento de normas jurídicas pátrias e tratados internacionais ratificados pelo país, de modo a se garantir a eficácia dos direitos fundamentais inerentes a cada cidadão, com um mínimo existencial imprescindível à consecução do Estado Democrático de Direito. A dignidade precisa ser entendida como tarefa estatal, devendo ser considerada um objetivo do Estado a sua concretização efetiva, devendo o mesmo aplicar todos os recursos possíveis para a proteção do indivíduo, em especial a aqueles que se encontrem sob sua custódia.

Jean-Jacques Rousseau outrora nos ensinava que o Estado deve garantir e atuar em favor aos direitos fundamentais. Quando se analisa o precário sistema prisional brasileiro – tanto por meio de ações ou omissões cometidas pelos agentes públicos ou pela própria estrutura hierárquica – percebe-se que tal ensinamento não se nivela à pessoa privada de liberdade, que recebe um tratamento degradante e desumano, de forma a se desrespeitar os direitos humanos e as garantias constitucionais. Segundo o ordenamento jurídico, ser inserido no sistema prisional nada tem a ver com sofrer violações e ter seus direitos fundamentais desrespeitados. A única punição prevista é a perda de sua liberdade.

É preciso entender a realidade prisional brasileira para entender a possibilidade de compensação de danos morais ao presidiário, entendendo então o papel que o Estado deve desempenhar para cumprir seu dever de garantir a promoção de direitos humanos.

3. A CARACTERIZAÇÃO DO DANO MORAL DA PESSOA PRIVADA DE LIBERDADE: A REALIDADE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO COMO AFRONTA AOS DIREITOS HUMANOS

Interessante decisão do Supremo Tribunal Federal julgada em fevereiro de 2017 abordou parâmetros até então discutidos de modo insignificante, e ocasionou novas discussões que não trouxeram respostas consensuais. Se trata do *leading case* com ampla repercussão geral “Responsabilidade do Estado por danos decorrentes de superlotação carcerária” (STF, RE n.580252/2017). O posicionamento, aprovada pelo Plenário, aponta a responsabilidade estatal (prevista de modo legal no artigo 37, § 6º da Constituição Federal) imposto pelas normas pátrias de manter no sistema prisional condições e padrões mínimos de humanidade para que o preso não sofra com tratamentos degradantes e reprováveis, vez que é dever do Estado garantir a integridade psíquica e física dos que se encontram sob sua custódia. É o que dispõe o artigo 5º, inciso XLIX da Constituição Federal: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Na realidade, tal norma constitucional não é respeitada conforme o ordenado legalmente.

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) de junho de 2016, estima-se que o total de pessoas encarceradas no Brasil já chegou a 726.712 mil e cerca de 40% deste número são presos provisórios (ainda não possuem condenação judicial definitiva). Ademais, ainda segundo dados do INFOPEN, contabiliza-se que 89% da população prisional está em unidades superlotadas e que 78% dos

estabelecimentos penais estão com mais presos que o número de vagas originariamente ofertadas, ficando evidente a superlotação carcerária, o que se apresenta, notadamente, um agravante para violação aos direitos humanos: o detento não possui as condições básicas que lhe devem ser fornecidas se compartilha o local onde convive com número maior de pessoas que o permitido e adequado.

Logo, é evidente a afronta existente nas prisões brasileiras (que se assemelham às prisões medievais, de certa forma) em relação aos direitos humanos, em especial ao artigo V da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que prevê que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante” (tal dispositivo legal foi recepcionado, *a fortiori*, no artigo 5º da Constituição, no inciso III, indicando que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”).

O tratamento que tais pessoas sofrem, em decorrência de uma omissão estatal – no que tange tanto ao descaso com os detentos, como na falta de harmonia dos três poderes (em especial, o Legislativo) de criar novas soluções para resolver tais infortúnios, ou ao menos amenizar o transtorno sofrido pela população carcerária – deve, de acordo com previsão legal na CR/88 (art. 5, III, V, X e XLIX; art. 37, § 6º) e no art. 186 do Código Civil de 2002 garantir a reparação moral, garantida pelos dispositivos mencionados.

4. O DILEMA DA FUNÇÃO REPARATÓRIA

Na referida decisão do Supremo Tribunal Federal (RE 580252), foi fixada em favor ao presidiário em situação degradante e a superlotação na prisão a indenização por danos morais no valor de R\$2.000,00. Cabe dizer que tal indenização deve obedecer à função clássica da responsabilidade civil, a função reparatória – ou “compensatória”, neste caso, haja vista a impossibilidade do retorno ao *status quo* – em que se transfere o patrimônio em pecúnia do lesante ao lesado, buscando um “reequilíbrio” da situação degradante caracterizada como dano moral. A compensação por danos morais sempre encontra divergências jurisprudenciais nos mais variados aspectos (tanto na *civil law* quanto na *common law*, não existe uma quantificação exata de valoração), vez que não seria possível calcular a situação desagradável experimentada pela pessoa, devendo o magistrado avaliar de acordo com as peculiaridades do caso. Maria Celina Bodin de Moraes afirma, neste sentido, que:

O ordenamento pátrio, como é notório, concede ao juiz a mais ampla liberdade para arbitrar o valor da reparação dos danos extrapatrimoniais. Esse sistema, o do livre arbitramento como regra geral, tem sido considerado o que menos problemas traz e o que mais justiça e segurança oferece, atento que está para todas as peculiaridades do caso concreto. (BODIN DE MORAES, 2017. p. 270)

Acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal (decidida a compensação monetária em tal valor de forma majoritária pelos ministros Teori Zavascki, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Cármen Lúcia), surgiram impasses acerca de tal função no tocante ao tema do dano moral ao presidiário, considerando-se a realidade do sistema penitenciário.

Primeiramente, a compensação de dois (2) mil reais – que no contexto atual brasileiro têm diminuta representação em termos de poder aquisitivo – por si só encontra questionamentos de ambos lados: sob uma perspectiva, a indenização em tal valor poderia ser considerada ínfima, relativamente à condição do preso, como se a pessoa privada de liberdade possuísse de certo modo “menos dignidade do que o cidadão livre”, considerando a tendência jurisprudencial de se auferir valores consideravelmente maiores para situações de menor relevância jurídico- social, ainda que nos ordenamentos da *civil law* os valores se mantenham baixos no geral (ROSENVALD, 2018).

Por outro ponto de vista, caso se considere tal indenização adequada, estar-se-ia diante da impossibilidade monetária de se compensar todos os presos (726 mil pessoas) por tais situações violadoras dos direitos humanos, haja vista a maior parte dos estados federativos não possuírem recursos monetários para se reparar estas situações, tampouco possuem recursos para o investimento para desenvolvimento do sistema prisional brasileiro. Ainda neste viés, é possível afirmar que ao se compensar o indivíduo por tais situações, a situação da coletividade se agrava.

A urgência do debate acerca da indenização compensatória é efetivamente notável: reparar 726 mil presos por danos morais decorrentes da violação à dignidade humana nas situações outrora expostas é impossível, como apontado anteriormente, porém, não se pode retirar deles o direito de ação, previsto legalmente na Constituição Federal. Como solucionar tais casos? Certo é que tais situações são encaradas como afronta a coletividade prisional, e não apenas a um único indivíduo (ou tampouco ocorrências isoladas). Dito isto – e seguindo a tendência indenizatória adotada pela maioria do colegiado –, questiona-se também empecilhos judiciais como se o Ministério Público deveria atuar como substituto processual em demandas coletivas e se as indenizações deveriam ser escalonadas por tempo de chegada

ao cárcere. Tais reflexões devem ser analisadas com certa urgência e cuidado, haja vista não existirem respostas a tais questionamentos até o presente momento.

Sob outra perspectiva, o ministro Luís Roberto Barroso posicionou-se no sentido da substituição da indenização pecuniária pela remição de pena, numa fórmula de um dia de redução da pena (remição) por 3 a 7 dias de prisão em situação desagradável e desumana. Tal proposta – ainda que não debatida posteriormente – pode representar uma postura legiferante do legislativo em termos das normas atinentes à execução da pena, bem como enseja uma adoção de um método alternativo de reparação que remediaria o dano sofrido pelo detento.

Entretanto, tal medida encontra contratempos, conforme leciona Nelson Rosenvald:

Apesar de superior à fórmula adotada pela maioria do colegiado, a adoção da tutela específica pela via da remissão também não alcançaria o nirvana. Em termos de “*public policy*”, acabaria por estimular a classe política a rapidamente alterar a Lei de Execuções Penais para acrescentar a nova modalidade de redução de pena, enclausurando-se (além dos presos) qualquer outra ação que concretamente promovesse a humanidade dos detentos. (ROSENVALD, 2018. p. 207)

Dessarte, a adoção de tal método compensatório ensejaria não só uma banalização dos danos morais, como a dignidade humana dos presos: a pessoa está privada de sua liberdade, mas jamais deve ser privada de sua dignidade e suas garantias fundamentais. E sob outra ótica, poderia vir a corroborar com a degradação do sistema prisional como regra e majoração de pena, já que a redução de dias no cárcere não ameniza os imensuráveis transtornos dos dias nele vividos, ainda que em menor quantidade, nas condições em que hoje estão as prisões brasileiras. Analisando a impossibilidade realmente satisfatória de ambos métodos reparatórios, pergunta-se: como deve ser indenizado o presidiário pelas situações degradantes em que vive, acentuado pela superlotação carcerária, sendo que a Constituição garante o direito reparatório? A reparação do dano seria proporcional aos dias de cárcere e prestada quando da libertação do preso? E se ele viver a falecer encarcerado, a família será a destinatária?

A função preventiva da responsabilidade civil manifesta-se como melhor alternativa para tais imbróglis, sendo preferencial evitar ou reduzir os prejuízos a repará-los incessantemente. Teresa Ancona Lopez leciona que “o princípio da prevenção vai ser aplicado quando o risco de dano é concreto e real” (LOPEZ, 2013. p. 6). Ainda neste viés, aponta o mestre Felipe Peixoto Braga Netto que:

O direito do século XXI não se satisfaz apenas com a reparação dos danos. Mais importante do que tentar reparar – sempre imperfeitamente, como se sabe – os

danos sofridos, a tutela mais adequada, e mais conforme à Constituição, é a tutela preventiva, que busca evitar que os danos ocorram ou que continuem a ocorrer. A função preventiva assume, portanto, neste século, fundamental importância. (BRAGA NETTO, 2014. p. 86)

Logo, é evidente que melhor que reparar tais danos de forma incessante é diminuí-los em níveis exponenciais (de modo a exterminá-los em longo prazo), alcançando-se os mínimos padrões éticos e humanitários inerentes ao indivíduo privado de liberdade.

5. A FUNÇÃO PREVENTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL COMO SOLUÇÃO POSSÍVEL

Nas últimas décadas, muito se avançou acerca da temática da responsabilidade civil, mas infelizmente, ela ainda exerce atualmente uma função meramente reparatória. O modelo indenizatório (realizado em pecúnia) não é solução simples, como visto *a priori*. Neste viés, a prevenção – âmago contemporâneo da temática da responsabilidade civil – possui a capacidade de atuar como meio moral para que eventuais danos não se concretizem. Conforme preceitua Nelson Rosenvald, “evitar e mitigar um dano se converte em questão central e maior desafio para a responsabilidade civil do século XXI” (ROSENVALD. 2014, p. 79). A impossibilidade monetária de compensação à todos presos deve ser levada em conta neste sentido, afinal, como nos aponta Ademir Buitoni, “os danos morais, quando comprovadamente existentes, devem se limitar a ser reparados por meio dos meios morais, pois não se converte a moral, que pertence ao campo da ética, em moeda, que pertence ao campo da lógica” (BUITONI, 2015. p. 857).

O modelo estatal de omissão deve ser reformulado. A construção de novos complexos prisionais não só é inviável monetariamente como não resolveria o aumento no número de detentos no país. A adoção de eficazes políticas públicas traduz-se como uma forma de prevenção satisfatória, no sentido de que medidas devem ser criadas e fundos devem ser destinados para melhorias no atual sistema, buscando-se resolver os problemas prisionais como um todo. Nesta linha de pensamento, atenção é merecida aos exemplos debatidos com maior relevância em nossa atualidade: (a) a adoção de medidas cautelares diversas da pena privativa de liberdade, adotando-se medidas como o monitoramento eletrônico em maior escala (a destinação de fundos aplicada aqui produziria efeitos auspiciosos) resolvendo se a problemática dos presos provisórios, que integram enorme parcela da população carcerária –

se utilizadas tais medidas, em especial no tangente ao monitoramento eletrônico, tal população diminuiria consideravelmente, propiciando melhores condições ao bem-estar do indivíduo, tais sejam não degradantes e que não atentem à dignidade humana dentro do sistema prisional; (b) ajustes para a promoção de melhorias na Lei 11343/2006 (Lei de Drogas), norma legal que a princípio visava a redução das prisões em casos de tráfico de drogas, deixando o pequeno traficante fora do sistema prisional. Tais objetivos não serão atendidos se a legislação vigente continuar a endurecer penas para os menores traficantes, dependentes químicos que acabam por comercializar drogas, contribuindo, infelizmente, com um notável aumento para a massa prisional.

As referidas elucidações prestam-se como alternativas viáveis para melhorias na qualidade de vida do indivíduo que se encontra privado de sua liberdade, garantindo potencial avanço nas condições em que convive e atentando, sempre, à dignidade da pessoa humana. Atentar-se à tais políticas públicas traduz-se como o possível ideal de prevenção a ser atingido. Destarte, e consoante aos ensinamentos de Anderson Schreiber, “evita-se, assim, que os casos de ressarcimento de danos morais sejam vistos com ‘quotidianos exemplos de um exercício de quantificação e de tradução em dinheiro exatamente daquilo que o dinheiro não pode comprar’” (SCHREIBER, 2015. p. 198).

Assim, cabe aos entes estatais, por meio de *public policy*, atuarem em sentido que vise garantir ao cidadão privado de liberdade o mínimo de condições consideradas humanas, haja vista tal indivíduo estar sob sua custódia. Aplicando-se a prevenção, ainda que em um processo hercúleo, será possível atingir o mínimo ético humanitário necessário para a população carcerária, evitando e mitigando os danos em potencial.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se, nesta pesquisa, por meio da análise dos elementos expostos, da interpretação da Constituição da República, da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Código Civil Brasileiro, e da literatura outrora mencionada, analisar o tema da imputação dos danos extrapatrimoniais sofridos pelo preso em razão da violação à sua dignidade por via da negligência do Estado, analisando-se as funções da responsabilidade civil para possibilitar novos debates e soluções em relação ao tema.

Conforme exposto previamente, o caminho correto a ser seguido é o da prevenção, como espécie de *risk management*, analisando-se os riscos pontuais para que possa haver a

eliminação destes de forma prévia à ocorrência de danos. As elucidações apontadas são apenas duas do vasto contingente de soluções que o Poder Público deve aplicar à realidade, de forma a não só se eliminar questões que possam ensejar danos morais, mas em relação a todo complexo, melhorando e elevando a um padrão ético e humanitário o sistema penitenciário do país, devendo ser imediata a preocupação estatal para que sejam implementados, pois o convívio nesta conjuntura é inaceitável.

Destarte, entende-se que por meios morais e humanos, tal qual se pretendeu descrever nesta pesquisa, tais situações deixarão de ocorrer no cenário brasileiro, visando-se mais uma vez a prevenção ante a reparação, afinal não deve se valorar a dor e o sofrimento, cabendo tais ponderações serem analisadas no caminho da ética.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, Hannah. A condição humana. 9. Ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017.

BUITONI, Ademir. Reparar os danos morais pelos meios morais. In: STOCO, Rui. Teoria do dano moral e direitos da personalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 857-866.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. A dimensão preventiva da responsabilidade civil. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César (Org.). Direito privado e contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014. p. 75-91

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Mortes na prisão. Dom Total, 2009. Disponível em: <<http://domtotal.com/artigo/801/01/07/mortes-na-prisao/>> Acesso em: 19 de ago. 2018

BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 de ago. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 18 de ago. de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 580252. Relator: Min. Teori Zavascki. Data de Julgamento: 16/02/2017. Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJE 11-09-2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentProcesso.asp?incident>>

e=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365# > Acesso em: 18 de ago. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETO, Felipe Peixoto. Novo Tratado de Responsabilidade Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade Civil na Sociedade de Risco. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coordenadores.). Sociedade de risco e Direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013. p. 3-13.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Brasil tem a 3ª maior população carcerária do mundo, com 726.712 mil presos. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-08/brasil-maior-populacao-carceraria-mundo-726-mil-presos>>. Acesso em: 18 de ago. 2018.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Direitos de (para) todos. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ROSENVALD, Nelson. As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ROSENVALD, Nelson. O direito civil em movimento: desafios contemporâneos. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social: princípios do direito político. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

WITKER, Jorge. Como elaborar una tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho. Madrid: Civitas, 1985.

**VIOLAÇÃO À SAÚDE NA REALIDADE PRISIONAL BRASILEIRA
E OBSTÁCULOS DIANTE DO ASPECTO RESSOCIALIZADOR: REFLEXOS
DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO SÉCULO XXI**

**VIOLACIÓN A LA SALUD EN LA REALIDAD PRISIONAL BRASILEÑA Y
OBSTÁCULOS ANTE DEL ASPECTO RESSOCIALIZADOR: REFLEXIONES DEL
DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL SIGLO XXI**

**Caio César do Nascimento Barbosa²⁷
Giovanna Duarte Silva²⁸**

RESUMO

Este projeto de pesquisa pretende analisar a aplicação da Teoria do Direito Penal do Inimigo na realidade carcerária brasileira diante da violação do direito à saúde e seletividade do sistema, investigando as dificuldades para a implementação dessa garantia, prevista na Lei de Execução Penal (LEP). Assim, com base nas políticas governamentais adotadas, conclui-se que o acesso à saúde, fundamental para a ressocialização do detento, ainda é ineficiente. A pesquisa proposta pertence à vertente metodológica jurídico-sociológica. Predominará o raciocínio dialético.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo; Sistema carcerário, Direitos humanos

RESUMEN

Este proyecto de investigación pretende analizar la aplicación de la Teoría del Derecho Penal del Enemigo en la realidad prisional brasileña ante la violación del derecho a la salud y selectividad del sistema, investigando las dificultades para la implementación de esta garantía, prevista en la Ley de Ejecución Penal (LEP). Así, con base en las políticas del gobierno adoptadas, se concluye que el acceso a la salud, fundamental para la resocialización del detenido, todavía es ineficiente. La investigación propuesta tiene aspectos metodológicos jurídicos y sociológicos. Predomina el razonamiento dialéctico.

Palabras-claves: Derecho penal del enemigo, Sistema penitenciario, Derechos humanos

²⁷ Graduando em Direito – modalidade Integral – pela Escola Superior Dom Helder Câmara.

²⁸ Graduanda em Direito – modalidade Integral – pela Escola Superior Dom Helder Câmara.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A presente pesquisa apresenta seu nascedouro no progressista tema que aborda a questão do reflexo da aplicação da Teoria do Direito Penal do Inimigo na realidade prisional brasileira, permitindo-se, o quanto possível, um estudo consonante à efetividade do acesso à saúde, formação de estereótipos e a função ressocializadora da pena.

Este trabalho tem por *leitmotiv* investigar e apontar as reprováveis condições degradantes presentes nos presídios pátrios – derivadas da omissão estatal – que afrontam os direitos humanos de modo inquietante, além de criticar-se a seletividade presente na realidade contemporânea nacional. Busca-se também avaliar o aspecto da “recuperação” dos detentos, sob o viés das políticas governamentais adotadas.

A pesquisa que se propõe pertence à vertente metodológica jurídico-sociológica. No que se refere ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação Witker (1985) e Gustin (2010), o tipo jurídico-projetivo. De acordo com a técnica de análise de conteúdo, afirma-se que se trata de uma pesquisa teórica, o que será possível a partir da análise de conteúdo doutrinário, normativo e demais dados colhidos na pesquisa. Desse modo, a pesquisa se propõe a elucidar o reflexo do direito penal do inimigo no sistema, frente à seletividade e violação das garantias fundamentais, frisando-se o acesso à saúde.

2 BREVES NOTAS ACERCA DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

O direito penal do inimigo (*feindstrafrecht*) se trata de uma teoria antigarantista do direito penal, criada e apresentada pelo penalista alemão Günter Jakobs, que construiu tal teoria com base filosófica em célebres autores como Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant e Niklas Luhmann. Tal teoria consiste na concepção de que o indivíduo, ao infringir o contrato social, é penalizado como se inimigo estatal fosse: não seria considerado membro do Estado, e conseqüentemente, perderia seus direitos.

Em conformidade com os apontamentos de Jakobs, o cidadão até poderia cometer delitos, mas isso não se torna algo imutável, vez que é possível o retorno fiel ao direito. O inimigo, no que lhe concerne, visa a imposição de convicções privativas, tal como a recusa ao cumprimento do ordenamento jurídico vigente.

Sob tal perspectiva, preceitua o jurista Alexandre de Moraes, em sua obra “Direito Penal inimigo: a terceira velocidade do direito penal”:

Criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e de outras infrações penais perigosas são os indivíduos potencialmente tratados como ‘inimigos’, aqueles que se afastam de modo permanente do Direito e não oferecem garantias cognitivas de que vão continuar fiéis à norma. Assim, por não aceitarem ingressar no estado de cidadania, não podem participar dos benefícios do conceito de ‘pessoa’. Uma vez que não se amoldam em sujeitos processuais não fazem jus a um procedimento penal legal, mas sim, a um procedimento de guerra. (MORAES, 2011, p. 195)

A antítese pessoa *versus* inimigo deve ser entendida de forma primordial: a pessoa é aquela que oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal – não se trata de um resultado de processos naturais – mas sim de uma construção social. Nesta linha, considera-se inimigo o indivíduo que não estaria alinhado ao ordenamento jurídico.

Com base na realidade brasileira, convém abordar nesta linha de pensamento dois dos principais pilares de tal teoria aqui analisada: (a) a supressão ou relativização de direitos e garantias fundamentais; (b) a seletividade e simbolismo.

Relativamente à primeira, podemos considerar que é generalizada a violação dos direitos humanos dentro do sistema prisional, destacando-se a omissão estatal diante do acesso à saúde como um dos principais imbróglios; o segundo pilar, por sua vez, diz respeito à estigmatização do direito penal, ao estabelecer “perfis” para exercer o poder punitivo. Ademais, cabe citar, a título exemplificativo, outros pilares essenciais: a antecipação da punição do inimigo; a desproporcionalidade das penas; a criação de leis severas para o inimigo e a explosão carcerária.

3 O ECO DA APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA REALIDADE PRISIONAL BRASILEIRA: SELETIVIDADE E VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Diante dos atributos do discurso do direito penal do inimigo, é pertinente a relação entre este e o contexto brasileiro, visto que há um reflexo dessa teoria sobre o viés da seletividade do sistema e violação de garantias fundamentais. Por conseguinte, nota-se que o Estado trata o detento como não-cidadão, na medida em que não oferece condições dignas para tal, podendo ser considerado não como um sujeito de direitos, mas como objeto de coação.

Uma das críticas da teoria analisada é que “para se controlar os pobres e miseráveis cria-se uma nova instituição: a polícia (que nasceu, como se vê, para controlar os miseráveis e seus delitos); inimigo (do Estado de polícia), desde essa época é o marginalizado”. (MORAES,

2011, p. 248). Essa ideia correlaciona-se com a realidade brasileira, afinal é plenamente justificável afirmar que a pobreza está sendo criminalizada.

Desse modo, sob a perspectiva da seletividade, é possível afirmar que o sistema não pode ser considerado justo, vez que a maior parte dos detentos pertencem a um padrão: são jovens, negros, pobres e com baixa escolaridade. Estima-se que do total de presos no Brasil, 55% têm entre 18 e 29 anos. Levando em conta a cor da pele, o levantamento mostra que 64% da população prisional é composta por pessoas negras. Já em relação ao nível educacional, 75% da população prisional brasileira não chegou ao ensino médio, de acordo com informações coletadas pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN, 2016). Destarte, é possível a afirmação de que se têm punido pela personalidade, uma vez que motivação da aplicação da pena tem sido em razão do "ser" daquele que o pratica e não em razão do ato praticado.

Destarte, têm-se a estereotipização de indivíduos situados nas classes vulneráveis em um sistema penal altamente seletivo e a criação do perfil do criminoso brasileiro. O que se vê, então, são sujeitos vulneráveis tendo direitos básicos sistematicamente violados pelo Estado penal na sua pior face: violador de garantias.

O direito penal do inimigo representa um “não-direito”. Não é retrospectivo, mas sim prospectivo, uma vez que as medidas contra o inimigo olham prioritariamente o futuro, de acordo com a periculosidade (e não com base na culpabilidade). Isto posto, percebe-se a semelhança de tal teoria com a teoria antigarantista do direito penal do autor, vez que se pune pelo que é, não pelo que se fez.

“A chegada dos presos em qualquer cadeia é um espetáculo desolador; não tem a menor graça ver aquelas vidas – jovens na maioria e pobres na totalidade – desperdiçadas atrás das grades. Nada mais semelhante à imagem dos bois a caminho do matadouro.” (VARELLA, 2012, p. 51). De tal modo, percebe-se que no Brasil tem-se castigado em função do autor, não do ato, sustentando um discurso estigmatizante diante de uma parcela vulnerável da sociedade, servindo como meio de justificação do exercício de poder. Este castigo por parte do Estado se alastra por todo complexo prisional, atentando inúmeras garantias fundamentais, em especial, a saúde: a violação a tal direito é imposta no sistema prisional de modo a se tornar uma “pena paralela”.

4 RACISMO E SISTEMA PENAL: O GENOCÍDIO DA JUVENTUDE NEGRA

O genocídio é um conceito formado pelas palavras “genos”, que em grego significa tribo, raça ou nação, e do termo de raiz latina “cida”, que significa matar. De maneira objetiva,

o genocídio se refere ao processo sistemático de eliminação de um determinado grupo racial, étnico, ou religioso. Diante desse conceito, é possível correlacioná-lo com a formação de estereótipos e estigmas da criminalização no Brasil, visto que a violência contra jovens negros é marcada por números expressivos, configurando um verdadeiro cenário de extermínio.

“O sistema de justiça criminal nacional é também responsável pelo massivo extermínio da juventude negra brasileira, o qual se observa, não é de hoje, nem de ontem, é de sempre.” (REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2017, p. 85). Deste modo, intelectuais e ativistas ligados ao movimento negro defendem que sim, houve e ainda há um processo de genocídio negro, sendo esse processo de exclusão construído historicamente.

Existe necessidade de reconstrução de memória sobre a escravidão e sua influência na realidade cotidiana. Desde tal época, as elites tinham o desejo de “embranquecer” a sociedade para que o triunfo fosse alcançado. Hoje, apesar da abolição da escravatura, o negro continua sendo o sujeito marginalizado.

Sem dúvida, o que se viu em séculos de escravidão e nas reiteradas estratégias públicas de extermínio sistemático de negros no país é, sim, genocídio e, portanto, merece ser debatido. A população das comunidades são reprimidas e retiradas de cena. É evidente a lesão aos direitos humanos dentro das favelas brasileiras, vez que “o exercício do poder de polícia se dá de modo discricionário, por vezes ao arrepio da legalidade, pois a busca pessoal será sempre seletiva, uma vez que baseada na suspeita fundada.” (REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2017, p. 88).

Diante das questões analisadas, percebe-se, mais uma vez que a Teoria do Direito Penal do Inimigo faz parte da realidade brasileira, podendo o Estado brasileiro ser considerado sinônimo de Estado de Exceção, pois exerce o poder punitivo diante de uma parcela fragilizada da população, levando em conta determinado perfil. Assim, promove maior número de prisões, que recai sobre jovens negros e pobres, configurando as chamadas prisões da miséria.

5 A SAÚDE NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

A Teoria do Direito Penal do Inimigo proposta por Gunther Jakobs é incompatível com os Direitos Humanos, haja vista que um de seus pilares é a relativização dos direitos fundamentais. Diante do exposto, e relacionando com a realidade prisional brasileira, percebe-se que o Estado tem tratado o preso como inimigo, não como um cidadão, já que não tem oferecido condições dignas para este. Logo, tem-se que o sistema penitenciário é marcado

por uma profunda e generalizada violação de direitos fundamentais dos apenados, salientando-se a violação do acesso à saúde.

O direito à saúde é previsto no ordenamento jurídico pátrio pela Constituição Federal de 1988 e pela Lei de Execução Penal (LEP), de forma direta e indireta. A primeira prevê a saúde como um direito social; a segunda aponta o dever estatal da assistência, compreendendo o atendimento médico, farmacêutico e odontológico. Tal garantia, por estar intimamente atrelada ao direito à vida, manifesta a proteção à dignidade da pessoa humana, abrangendo bem-estar físico e mental do preso. Ainda conforme as garantias previstas na LEP, o detento tem direito a assistência material, fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas. Os estabelecimentos prisionais devem ter lotação compatível com estrutura e finalidade, bem como contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva. Em relação aos condenados à pena de reclusão em regime fechado, o preso deverá ficar alojado em cela individual, que necessita conter: dormitório, aparelho sanitário e lavatório, com área mínima de seis metros quadrados. No entanto, o que é assegurado em lei ao preso é totalmente distante da realidade brasileira.

Em geral, o cenário da saúde tem sido cético. Diante da omissão estatal, variados são os transtornos relacionados ao acesso saúde no sistema, sendo que os principais derivam de fatores estruturais: superlotação, precariedade e insalubridade da unidade celular. Conforme nos aponta o ministro Marco Aurélio, relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, “Com o déficit prisional ultrapassando a casa das 206 mil vagas, salta aos olhos o problema da superlotação, que pode ser a origem de todos os males”. Diante disso, as prisões são transformadas em um ambiente propício à proliferação de epidemias e ao contágio de doenças.

Desse modo, com base no estudo do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN, 2016), estima-se que o total de pessoas encarceradas no Brasil chegou a 726.712 e cerca de 40% são presos provisórios (ou seja, ainda não possuem condenação judicial). Ademais, contabiliza-se que 89% da população prisional está em unidades superlotadas e que 78% dos estabelecimentos penais estão com mais presos que o número de vagas.

Ademais, em relação às enfermidades, destaca-se que doenças como Sífilis, Tuberculose, HIV e Leptospirose são comuns em presídios brasileiros, bem como a má alimentação faz com que o apenado tenha sua resistência física e saúde fragilizadas, visto que várias são as queixas em relação à náuseas, anorexia, fraqueza e perda de peso.

É importante ressaltar que foi formulado e implantado a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP), que instituiu a inserção formal da população carcerária no Sistema Único de Saúde (SUS). No entanto, mais uma vez é demonstrado o fracasso do sistema penitenciário, já que muitos morrem nos presídios justamente pela falta de atendimento médico.

Destarte, diante do exposto, demonstra-se que é clara a violação da saúde e da dignidade humana no sistema, uma vez que há um imenso descaso com a população apenada, evidentemente tornando o sofrimento do preso uma verdadeira pena paralela.

6 A TUBERCULOSE NO SISTEMA PRISIONAL

A tuberculose é uma doença infecciosa e contagiosa, causada por um micro-organismo denominado *Mycobacterium tuberculosis*, também denominado de “bacilo de Koch”, que se propaga através do ar, por meio de gotículas contendo os bacilos expelidos por um doente com tuberculose pulmonar ao tossir, espirrar ou falar em voz alta. Quando estas gotículas são inaladas por pessoas saudáveis, provocam a infecção tuberculosa e o risco de desenvolver a doença.

A propagação da tuberculose está intimamente ligada às condições de vida. Prolifera, como todas as doenças infecciosas, em áreas de grande concentração humana, com precários serviços de infraestrutura, onde coexistem a fome e a miséria. Tal situação se correlaciona com ambiente carcerário, vez que é conhecido como um local degradante e superlotado.

A presença da tuberculose no sistema prisional tem sido descrita como uma ameaça. Trata-se de um cenário de emergência de saúde e de violação dos direitos humanos, uma vez que a doença se dissemina graças à superlotação dos presídios provocada pelo encarceramento massivo, especialmente da população negra e mais pobre.

Diante disso, as penitenciárias estão se transformando em fontes transmissoras da doença em questão. A superlotação e a pouca ventilação são fatores que frequentemente coexistem nas prisões, juntamente com condições sanitárias adversas, baixo nível socioeconômico e uso de drogas. Ademais, muitos detentos estão expostos a fatores de alto risco para a doença, como desnutrição e higiene escassa.

Enquanto na população brasileira em geral a incidência da tuberculose está em 33 casos para 100 mil habitantes — o que já torna o Brasil um dos 20 países com alta carga da doença, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS) —, entre os detentos esse indicador sobe para alarmantes 932 ocorrências.

Logo, conclui-se que passar pelo sistema prisional é um fator de risco, bem como é frustrante perceber que o sistema não oferece atenção devida aos detentos, pois é uma doença que se fosse oferecido tratamento de boa qualidade não estaria causando tamanho caos dentro da estrutura carcerária.

7 O ASPECTO RESSOCIALIZADOR DA PENA

O sistema penal declara o discurso da reeducação do detento por meio da aplicação pena. Dito isso, têm-se que “ressocializar” é sinônimo de “voltar a fazer parte do convívio social”. De fato, a sociedade encara aquele que delinuiu como um ser de um mundo paralelo, não pertencente ao corpo social e deste pressuposto, surgiria a ideia da ressocialização.

No entanto, dadas as circunstâncias do ambiente carcerário brasileiro, como precário e desestruturado é possível afirmar que, na realidade, a prisão tem apresentado papel inverso: uma disfunção dissocializadora, de tal modo a questionar a efetividade dos direitos humanos, visto que, diante de tal situação, tanto a saúde psíquica, quanto a física do preso são impactadas, transformando-se em obstáculo para a inserção social.

O Direito Penal da atualidade tem um discurso demagogo e simbólico. Deve-se destacar que a ira da população sustenta o discurso “bandido bom, é bandido morto”, também alimentado pela mídia, que sempre projeta a dor da vítima. Diante disso, é relevante demonstrar que atrás dos muros e grades também existem seres humanos, vítimas de um sistema falido, que não oferece condições suficientes para o indivíduo se recuperar.

O encarceramento em massa manifesta-se como saída ao declínio da atividade jurisdicional. Com tal “política”, o Estado busca trazer a sensação de segurança às elites e assim, mesmo que proibida a autotutela, o sistema apoderou-se da violência legítima. A falsa necessidade de criar sensação de segurança surge, em razão do apelo midiático, que em busca de audiência, impulsiona o pânico social e exige respostas imediatas dos agentes estatais. Assim, claramente é uma opção do Estado o encarceramento em massa, sendo mais uma forma de exclusão social do que de pacificação.

A convivência com a superlotação, ociosidade e a violação generalizada de direitos fundamentais faz com que o sistema seja considerado uma verdadeira escola para o crime, já que os detentos estão no limite máximo da degradação humana. Por consequência, gera-se um ambiente propício à violência e, “ao contrário de qualquer efeito recuperador sobre o delinquente, parece ter sempre como subproduto indesejável a reincidência e a preparação para uma carreira de criminoso crônico da qual é quase impossível escapar”. (RAUTER, 2003, pág.

104). Assim, a prisão se torna um verdadeiro processo de exclusão e a ideia da reeducação passa a ser um plano fictício.

A prisão vista hoje no Brasil, não pode deixar de fabricar delinquentes. Fabrica-se pelo tipo de existência que faz o detento levar: que fique isolado nas celas, ou que lhe seja imposto um trabalho inútil, para o qual não encontrará utilidade, é de qualquer maneira não pensar no homem em sociedade; é criar uma existência contra a natureza inútil e perigosa; queremos que a prisão eduque os detentos, mas um sistema de educação que se dirige ao homem pode ter razoavelmente como objetivo agir contra o desejo da natureza? A prisão fabrica também delinquentes impondo aos detentos limitações violentas; ela se destina a aplicar as leis, e a ensinar o respeito por elas; ora, todo o seu funcionamento se desenrola no sentido do abuso de poder.

Diante do exposto, fica evidenciado que o objetivo ressocializador da pena não tem sido alcançado, há falta de apoio tanto pelo Estado, diante da omissão dentro da estrutura prisional, quanto da sociedade que sustenta um discurso discriminador.

Conforme sustentam Virgílio de Mattos e João Batista Moreira,

As pessoas que passam pelas prisões são normalmente discriminadas pela sociedade, com dificuldade para estabelecer novos vínculos, apesar do desejo expresso para tal. Se deixadas à própria sorte, a tendência é que mantenha o alto índice de reincidência. Afinal, até quando é possível resistir a todas as dificuldades para a construção de uma nova vida? Frente à alternativa “fácil” do retorno ao crime, o desafio passa a ser construir um novo caminho para a vida, apesar de todos os obstáculos. Para isso, é fundamental que essas pessoas tenham o apoio da sociedade e do poder público. (MATTOS; PINTO, 2006, p. 30).

Logo, só é possível concretizar o discurso da inserção social se esse adequar-se à realidade brasileira, fazendo dos Direitos humanos um verdadeiro projeto de sociedade. Ademais, é necessária a efetivação do que está previsto na Lei de Execução Penal (LEP), bem como “abrir os olhos”, transformando, de fato, os detentos em seres visíveis diante da sociedade.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto, verifica-se que, de fato, a teoria do Direito Penal do Inimigo se aplica a realidade carcerária brasileira, na medida em que o Estado trata o detento como inimigo, pois não oferece condições dignas para tal, frisando-se a violação do direito à saúde, que

diretamente influencia na deterioração do bem-estar físico e mental do detento e, conseqüentemente quebranta o direito à vida e à integridade. Ademais, o discurso do preso comparado a um “não-cidadão” se reafirma mais uma vez, a medida em que o Estado traça estereótipos, formando os chamados estigmas da criminalização.

Assim, é complexo abordar o aspecto da ressocialização diante de um sistema que não tem oferecido, na prática, meios suficientes para a recuperação, bem como diante de uma sociedade que faz do preso um ser invisível.

Dessa forma, é necessário que o sistema carcerário seja reformado, com a implementação de políticas públicas na área da saúde, que de fato sejam eficazes, pois apesar do Estado garantir em lei o acesso a tal direito, não tem se concretizado. Em uma sociedade ainda marcada pela exclusão, é necessário que os Direitos Humanos sejam tratados com um projeto assumido pelo governo e pela sociedade, norteando a atuação dentro e fora dos presídios.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 29 jun. de 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Atenção Básica. **Manual técnico para o controle da tuberculose: cadernos de atenção básica**. 6. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

BORGES, Pedro. **Existe genocídio negro no Brasil?**. 2017. Disponível em: <<https://www.almapreta.com/editorias/realidade/existe-genocidio-negro-no-brasil>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wpcontent/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e pratica**. 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MATTOS, Virgílio de; PINTO, João Batista Moreira (Org.). **A legibilidade do ilegível: textos produzidos por mulheres condenadas e em cumprimento de pena privativa de liberdade, no início do século XXI, em Belo Horizonte- MG**. Belo Horizonte: Fundação MDC, 2006.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do Direito penal**. Curitiba: Juruá, 2011.

NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. **Tuberculose nos presídios brasileiros é emergência de saúde e de direitos humanos, dizem especialistas**. 2016. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/tuberculose-nos-presidios-brasileiros-e-emergencia-de-saude-e-de-direitos-humanos-dizem-especialistas/>>. Acesso em: 24 ago. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

OTTOBONI, Mário. **Ninguém é irrecuperável: APAC, a revolução do sistema penitenciário**. São Paulo: Cidade Nova, 2001.

RAUTER, Cristina. **Criminologia e subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS: Corrupção e Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, v. 134, ago. 2017.

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS: Direito Penal, criminologia e racismo. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, v. 135, set. 2017.

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, v. 130, abr. 2017.

Revista Consultor Jurídico. **Brasil tem a 3ª maior população carcerária do mundo, com 726.712 mil presos**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-08/brasil-maior-populacao-carceraria-mundo-726-mil-presos>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

VARELLA, Dráuzio. **Carcereiros**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

WITKER, Jorge. **Como elaborar uma tesis em derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho**. Madrid: Civitas, 1985.

A COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS AO PRESIDÁRIO SOB A ÓTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

COMPENSATION OF MORAL DAMAGES TO CONVICTS UNDER THE
OPTICS OF TORT LAW AND THE HUMAN DIGNITY

Caio César do Nascimento Barbosa²⁹

Priscila Ladeira Alves de Brito³⁰

RESUMO

Diante do momento político-social atual, surge um tema urgente a ser debatido: a possibilidade de reparação de danos morais ao presidiário, com intrínseca relação a omissão estatal, no que tange a dois aspectos, tais sejam a questão da superlotação prisional e as condições degradantes às quais os presos estão expostos, que atentam gravemente contra os direitos humanos. Busca-se ampliar o debate realizado no Supremo Tribunal Federal em relação aos métodos compensatórios a tal ilícito civil, de forma a se preservar a dignidade da pessoa humana e não banalizar o dano moral. Propõe-se adequar a pesquisa à vertente metodológica jurídico-sociológica.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Direitos Humanos; Sistema Prisional Brasileiro.

ABSTRACT

In view of the current political-social moment, appears a pressing matter to be discussed: the possibility of redress moral damages to the convict, that has intrinsic relation with State default, regarding to two aspects, which are prison overcrowding and the unpleasant conditions in which prisoners are exposed, that seriously insults against Human Rights. The Supreme Federal Court's debate is increased regarding to the compensatory methods to such civil illicit, in order to preserve human dignity and not to trivialize moral damages. It is proposed to suit the research to the juridical-sociological method.

Keywords: Tort Law; Human Rights; Brazilian Prison System.

²⁹ Graduando em Direito – modalidade Integral – pela Escola Superior Dom Helder Câmara.

³⁰ Orientadora – Mestre em Direito e Instituições Políticas pela Universidade FUMEC. Graduação em Direito pela Universidade FUMEC. Professora de Direito Civil e Processo Civil na Escola Superior Dom Helder Câmara.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A pesquisa tem seu nascedouro na necessidade de se promover um debate sobre as condições degradantes do sistema prisional brasileiro impostas aos indivíduos privados de liberdade, tendo por consequência a imputação de responsabilidade civil, para fins de se permitir, o quanto possível, examinar criticamente segundo a doutrina e a jurisprudência atual a possibilidade de aplicação de danos extrapatrimoniais pelo Estado na referida temática.

Este trabalho tem por *leitmotiv* investigar a aplicação da responsabilidade civil concernente a afronta aos direitos humanos – em especial, à dignidade da pessoa humana – nos presídios do país, caracterizado pela omissão estatal. Busca-se, também, o entendimento em relação aos métodos reparatórios ao presidiário que, por tal omissão, sofreu lesão aos seus direitos fundamentais: tais danos morais não seriam reparados de modo mais efetivo se considerados sob a modalidade extrapatrimonial?

A pesquisa que se propõe desenvolveu-se pela vertente metodológica jurídico-sociológica. No que se refere ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação Witker (1985) e Gustin (2010), o tipo jurídico-projetivo. De acordo com a técnica de análise de conteúdo, afirma-se que se trata de uma pesquisa teórica, viabilizada a partir da análise de conteúdo doutrinário, normativo, jurisprudencial e demais dados colhidos na pesquisa. Desse modo, a pesquisa presta-se a analisar o tema da responsabilidade civil concernente aos danos extrapatrimoniais sofridos pelo preso em razão das condições degradantes decorrentes do desleixo dos órgãos e agentes públicos.

2. O DANO EXTRAPATRIMONIAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO NORTEADOR

Oportuno é começar apontando que os danos extrapatrimoniais não podem ser entendidos como outrora o eram: sinônimos de vexame, ofensa, humilhação ou dor, sendo as atuais conceituações muito mais amplas e cientificamente adequadas. Maria Celina Bodin de Moraes expõe que tais vocábulos não conceituam o instituto do dano moral, mas descrevem sensações presentes no indivíduo que o sofre:

Afirmar que o dano moral é “dor, vexame, humilhação, ou constrangimento” é semelhante ao dar-lhe o epíteto de “mal evidente”. Através destes vocábulos, não se conceitua juridicamente, apenas se descrevem sensações e emoções desagradáveis, que podem ser justificáveis, compreensíveis, razoáveis, moralmente legítimas até, mas que, se não forem decorrentes de “danos injustos”, ou melhor, de danos a

situações merecedoras de tutela por parte do ordenamento, não são reparáveis. (BODIN DE MORAES, 2017, p. 130)

O dano moral encontra-se intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado pela Carta Magna brasileira de 1988 e presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos. O que o ordenamento jurídico pretende é a promoção da autonomia existencial por meio de tal princípio. De tal modo, a injusta violação a este fundamento deve ser reparada, de forma a se respeitar as sensações ou emoções desagradáveis sofridas pelo lesado, ensejando um mínimo de educação aos direitos humanos, merecedores de tutela no ordenamento pátrio, quando inseridos no texto constitucional como direitos fundamentais e, notadamente, na legislação infraconstitucional, pertinente aos direitos de personalidade.

O dano moral pode então ser conceituado, de acordo com Nelson Rosenvald como “uma lesão a dignidade da pessoa humana” (ROSENVALD. 2017, p. 237). Acrescido a tal conceito, pode o dano moral ser encarado como o dano que lesa direitos personalíssimos, capazes de individualizar cada pessoa e caracterizá-la como humana.

Neste sentido, a dignidade da pessoa humana – princípio fundamental norteador da Constituição Federal de 1988 – é perfeitamente definida por Ingo Wolfgang Sarlet:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. (SARLET, 2001. p. 60)

Dessarte, a dignidade humana é considerada um valor inerente à pessoa humana, trazendo uma pretensão ao respeito por parte da coletividade. O respeito vem por meio do cumprimento de normas jurídicas pátrias e tratados internacionais ratificados pelo país, de modo a se garantir a eficácia dos direitos fundamentais inerentes a cada cidadão, com um mínimo existencial imprescindível à consecução do Estado Democrático de Direito. A dignidade precisa ser entendida como tarefa estatal, devendo ser considerada um objetivo do Estado a sua concretização efetiva, devendo o mesmo aplicar todos os recursos possíveis para a proteção do indivíduo, em especial a aqueles que se encontrem sob sua custódia.

Jean-Jacques Rousseau outrora nos ensinava que o Estado deve garantir e atuar em favor aos direitos fundamentais. Quando se analisa o precário sistema prisional brasileiro –

tanto por meio de ações ou omissões cometidas pelos agentes públicos ou pela própria estrutura hierárquica – percebe-se que tal ensinamento não se nivela à pessoa privada de liberdade, que recebe um tratamento degradante e desumano, de forma a se desprestigiar os direitos humanos e as garantias constitucionais. Segundo o ordenamento jurídico, ser inserido no sistema prisional nada tem a ver com sofrer violações e ter seus direitos fundamentais desprestigiados. A única punição prevista é a perda de sua liberdade.

É preciso entender a realidade prisional brasileira para entender a possibilidade de compensação de danos morais ao presidiário, entendendo então o papel que o Estado deve desempenhar para cumprir seu dever de garantir a promoção de direitos humanos.

3. A CARACTERIZAÇÃO DO DANO MORAL DA PESSOA PRIVADA DE LIBERDADE: A REALIDADE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO COMO AFRONTA AOS DIREITOS HUMANOS

Interessante decisão do Supremo Tribunal Federal julgada em fevereiro de 2017 abordou parâmetros até então discutidos de modo insignificante, e ocasionou novas discussões que não trouxeram respostas consensuais. Se trata do *leading case* com ampla repercussão geral “Responsabilidade do Estado por danos decorrentes de superlotação carcerária” (STF, RE n.580252/2017). O posicionamento, aprovada pelo Plenário, aponta a responsabilidade estatal (prevista de modo legal no artigo 37, § 6º da Constituição Federal) imposto pelas normas pátrias de manter no sistema prisional condições e padrões mínimos de humanidade para que o preso não sofra com tratamentos degradantes e reprováveis, vez que é dever do Estado garantir a integridade psíquica e física dos que se encontram sob sua custódia. É o que dispõe o artigo 5º, inciso XLIX da Constituição Federal: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Na realidade, tal norma constitucional não é respeitada conforme o ordenado legalmente.

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) de junho de 2016, estima-se que o total de pessoas encarceradas no Brasil já chegou a 726.712 mil e cerca de 40% deste número são presos provisórios (ainda não possuem condenação judicial definitiva). Ademais, ainda segundo dados do INFOPEN, contabiliza-se que 89% da população prisional está em unidades superlotadas e que 78% dos estabelecimentos penais estão com mais presos que o número de vagas originariamente ofertadas, ficando evidente a superlotação carcerária, o que se apresentada, notadamente, um agravante para violação aos

direitos humanos: o detento não possui as condições básicas que lhe devem ser fornecidas se compartilha o local onde convive com número maior de pessoas que o permitido e adequado.

Logo, é evidente a afronta existente nas prisões brasileiras (que se assemelham às prisões medievais, de certa forma) em relação aos direitos humanos, em especial ao artigo V da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que prevê que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante” (tal dispositivo legal foi recepcionado, *a fortiori*, no artigo 5º da Constituição, no inciso III, indicando que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”).

O tratamento que tais pessoas sofrem, em decorrência de uma omissão estatal – no que tange tanto ao descaso com os detentos, como na falta de harmonia dos três poderes (em especial, o Legislativo) de criar novas soluções para resolver tais infortúnios, ou ao menos amenizar o transtorno sofrido pela população carcerária – deve, de acordo com previsão legal na CR/88 (art. 5, III, V, X e XLIX; art. 37, § 6º) e no art. 186 do Código Civil de 2002 garantir a reparação moral, garantida pelos dispositivos mencionados.

4. O DILEMA DA FUNÇÃO REPARATÓRIA

Na referida decisão do Supremo Tribunal Federal (RE 580252), foi fixada em favor ao presidiário em situação degradante e a superlotação na prisão a indenização por danos morais no valor de R\$2.000,00. Cabe dizer que tal indenização deve obedecer à função clássica da responsabilidade civil, a função reparatória – ou “compensatória”, neste caso, haja vista a impossibilidade do retorno ao *status quo* – em que se transfere o patrimônio em pecúnia do lesante ao lesado, buscando um “reequilíbrio” da situação degradante caracterizada como dano moral. A compensação por danos morais sempre encontra divergências jurisprudenciais nos mais variados aspectos (tanto na *civil law* quanto na *common law*, não existe uma quantificação exata de valoração), vez que não seria possível calcular a situação desagradável experimentada pela pessoa, devendo o magistrado avaliar de acordo com as peculiaridades do caso. Maria Celina Bodin de Moraes afirma, neste sentido, que:

O ordenamento pátrio, como é notório, concede ao juiz a mais ampla liberdade para arbitrar o valor da reparação dos danos extrapatrimoniais. Esse sistema, o do livre arbitramento como regra geral, tem sido considerado o que menos problemas traz e o que mais justiça e segurança oferece, atento que está para todas as peculiaridades do caso concreto. (BODIN DE MORAES, 2017. p. 270)

Acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal (decidida a compensação monetária em tal valor de forma majoritária pelos ministros Teori Zavascki, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Cármen Lúcia), surgiram impasses acerca de tal função no tocante ao tema do dano moral ao presidiário, considerando-se a realidade do sistema penitenciário.

Primeiramente, a compensação de dois (2) mil reais – que no contexto atual brasileiro têm diminuta representação em termos de poder aquisitivo – por si só encontra questionamentos de ambos lados: sob uma perspectiva, a indenização em tal valor poderia ser considerada ínfima, relativamente à condição do preso, como se a pessoa privada de liberdade possuísse de certo modo “menos dignidade do que o cidadão livre”, considerando a tendência jurisprudencial de se auferir valores consideravelmente maiores para situações de menor relevância jurídico-social, ainda que nos ordenamentos da *civil law* os valores se mantenham baixos no geral (ROSENVALD, 2018).

Por outro ponto de vista, caso se considere tal indenização adequada, estar-se-ia diante da impossibilidade monetária de se compensar todos os presos (726 mil pessoas) por tais situações violadoras dos direitos humanos, haja vista a maior parte dos estados federativos não possuírem recursos monetários para se reparar estas situações, tampouco possuem recursos para o investimento para desenvolvimento do sistema prisional brasileiro. Ainda neste viés, é possível afirmar que ao se compensar o indivíduo por tais situações, a situação da coletividade se agrava.

A urgência do debate acerca da indenização compensatória é efetivamente notável: reparar 726 mil presos por danos morais decorrentes da violação à dignidade humana nas situações outrora expostas é impossível, como apontado anteriormente, porém, não se pode retirar deles o direito de ação, previsto legalmente na Constituição Federal. Como solucionar tais casos? Certo é que tais situações são encaradas como afronta a coletividade prisional, e não apenas a um único indivíduo (ou tampouco ocorrências isoladas). Dito isto – e seguindo a tendência indenizatória adotada pela maioria do colegiado –, questiona-se também empecilhos judiciais como se o Ministério Público deveria atuar como substituto processual em demandas coletivas e se as indenizações deveriam ser escalonadas por tempo de chegada ao cárcere. Tais reflexões devem ser analisadas com certa urgência e cuidado, haja vista não existirem respostas a tais questionamentos até o presente momento.

Sob outra perspectiva, o ministro Luís Roberto Barroso posicionou-se no sentido da substituição da indenização pecuniária pela remição de pena, numa fórmula de um dia de redução da pena (remição) por 3 a 7 dias de prisão em situação desagradável e desumana. Tal

proposta – ainda que não debatida posteriormente – pode representar uma postura legiferante do legislativo em termos das normas atinentes à execução da pena, bem como enseja uma adoção de um método alternativo de reparação que remediaria o dano sofrido pelo detento.

Entretanto, tal medida encontra contratempos, conforme leciona Nelson Rosenvald:

Apesar de superior à fórmula adotada pela maioria do colegiado, a adoção da tutela específica pela via da remissão também não alcançaria o nirvana. Em termos de “*public policy*”, acabaria por estimular a classe política a rapidamente alterar a Lei de Execuções Penais para acrescentar a nova modalidade de redução de pena, enclausurando-se (além dos presos) qualquer outra ação que concretamente promovesse a humanidade dos detentos. (ROSENVALD, 2018. p. 207)

Dessarte, a adoção de tal método compensatório ensejaria não só uma banalização dos danos morais, como a dignidade humana dos presos: a pessoa está privada de sua liberdade, mas jamais deve ser privada de sua dignidade e suas garantias fundamentais. E sob outra ótica, poderia vir a corroborar com a degradação do sistema prisional como regra e majoração de pena, já que a redução de dias no cárcere não ameniza os imensuráveis transtornos dos dias nele vividos, ainda que em menor quantidade, nas condições em que hoje estão as prisões brasileiras. Analisando a impossibilidade realmente satisfatória de ambos métodos reparatórios, pergunta-se: como deve ser indenizado o presidiário pelas situações degradantes em que vive, acentuado pela superlotação carcerária, sendo que a Constituição garante o direito reparatório? A reparação do dano seria proporcional aos dias de cárcere e prestada quando da libertação do preso? E se ele viver a falecer encarcerado, a família será a destinatária?

A função preventiva da responsabilidade civil manifesta-se como melhor alternativa para tais imbróglios, sendo preferencial evitar ou reduzir os prejuízos a repará-los incessantemente. Teresa Ancona Lopez leciona que “o princípio da prevenção vai ser aplicado quando o risco de dano é concreto e real” (LOPEZ, 2013. p. 6). Ainda neste viés, aponta o mestre Felipe Peixoto Braga Netto que:

O direito do século XXI não se satisfaz apenas com a reparação dos danos. Mais importante do que tentar reparar – sempre imperfeitamente, como se sabe – os danos sofridos, a tutela mais adequada, e mais conforme à Constituição, é a tutela preventiva, que busca evitar que os danos ocorram ou que continuem a ocorrer. A função preventiva assume, portanto, neste século, fundamental importância. (BRAGA NETTO, 2014. p. 86)

Logo, é evidente que melhor que reparar tais danos de forma incessante é diminuí-los em níveis exponenciais (de modo a exterminá-los em longo prazo), alcançando-se os mínimos padrões éticos e humanitários inerentes ao indivíduo privado de liberdade.

5. A FUNÇÃO PREVENTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL COMO SOLUÇÃO POSSÍVEL

Nas últimas décadas, muito se avançou acerca da temática da responsabilidade civil, mas infelizmente, ela ainda exerce atualmente uma função meramente reparatória. O modelo indenizatório (realizado em pecúnia) não é solução simples, como visto *a priori*. Neste viés, a prevenção – âmago contemporâneo da temática da responsabilidade civil – possui a capacidade de atuar como meio moral para que eventuais danos não se concretizem. Conforme preceitua Nelson Rosenvald, “evitar e mitigar um dano se converte em questão central e maior desafio para a responsabilidade civil do século XXI” (ROSENVALD. 2014, p. 79). A impossibilidade monetária de compensação à todos presos deve ser levada em conta neste sentido, afinal, como nos aponta Ademir Buitoni, “os danos morais, quando comprovadamente existentes, devem se limitar a ser reparados por meio dos meios morais, pois não se converte a moral, que pertence ao campo da ética, em moeda, que pertence ao campo da lógica” (BUITONI, 2015. p. 857).

O modelo estatal de omissão deve ser reformulado. A construção de novos complexos prisionais não só é inviável monetariamente como não resolveria o aumento no número de detentos no país. A adoção de eficazes políticas públicas traduz-se como uma forma de prevenção satisfatória, no sentido de que medidas devem ser criadas e fundos devem ser destinados para melhorias no atual sistema, buscando-se resolver os problemas prisionais como um todo. Nesta linha de pensamento, atenção é merecida aos exemplos debatidos com maior relevância em nossa atualidade: (a) a adoção de medidas cautelares diversas da pena privativa de liberdade, adotando-se medidas como o monitoramento eletrônico em maior escala (a destinação de fundos aplicada aqui produziria efeitos auspiciosos) resolvendo se a problemática dos presos provisórios, que integram enorme parcela da população carcerária – se utilizadas tais medidas, em especial no tangente ao monitoramento eletrônico, tal população diminuiria consideravelmente, propiciando melhores condições ao bem-estar do indivíduo, tais sejam não degradantes e que não atentem à dignidade humana dentro do sistema prisional; (b) ajustes para a promoção de melhorias na Lei 11343/2006 (Lei de Drogas), norma legal que a princípio visava a redução das prisões em casos de tráfico de drogas, deixando o pequeno traficante fora do sistema prisional. Tais objetivos não serão atendidos se a legislação vigente continuar a endurecer penas para os menores traficantes, dependentes químicos que acabam por comercializar drogas, contribuindo, infelizmente, com um notável aumento para a massa prisional.

As referidas elucidações prestam-se como alternativas viáveis para melhorias na qualidade de vida do indivíduo que se encontra privado de sua liberdade, garantindo potencial avanço nas condições em que convive e atentando, sempre, à dignidade da pessoa humana. Atentar-se à tais políticas públicas traduz-se como o possível ideal de prevenção a ser atingido. Destarte, e consoante aos ensinamentos de Anderson Schreiber, “evita-se, assim, que os casos de ressarcimento de danos morais sejam vistos com ‘quotidianos exemplos de um exercício de quantificação e de tradução em dinheiro exatamente daquilo que o dinheiro não pode comprar’” (SCHREIBER, 2015. p. 198).

Assim, cabe aos entes estatais, por meio de *public policy*, atuarem em sentido que vise garantir ao cidadão privado de liberdade o mínimo de condições consideradas humanas, haja vista tal indivíduo estar sob sua custódia. Aplicando-se a prevenção, ainda que em um processo hercúleo, será possível atingir o mínimo ético humanitário necessário para a população carcerária, evitando e mitigando os danos em potencial.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se, nesta pesquisa, por meio da análise dos elementos expostos, da interpretação da Constituição da República, da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Código Civil Brasileiro, e da literatura outrora mencionada, analisar o tema da imputação dos danos extrapatrimoniais sofridos pelo preso em razão da violação à sua dignidade por via da negligência do Estado, analisando-se as funções da responsabilidade civil para possibilitar novos debates e soluções em relação ao tema.

Conforme exposto previamente, o caminho correto a ser seguido é o da prevenção, como espécie de *risk management*, analisando-se os riscos pontuais para que possa haver a eliminação destes de forma prévia à ocorrência de danos. As elucidações apontadas são apenas duas do vasto contingente de soluções que o Poder Público deve aplicar à realidade, de forma a não só se eliminar questões que possam ensejar danos morais, mas em relação a todo complexo, melhorando e elevando a um padrão ético e humanitário o sistema penitenciário do país, devendo ser imediata a preocupação estatal para que sejam implementados, pois o convívio nesta conjuntura é inaceitável.

Destarte, entende-se que por meios morais e humanos, tal qual se pretendeu descrever nesta pesquisa, tais situações deixarão de ocorrer no cenário brasileiro, visando-se mais uma vez a prevenção ante a reparação, afinal não deve se valorar a dor e o sofrimento, cabendo tais ponderações serem analisadas no caminho da ética.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 9. Ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017.

BUITONI, Ademir. Reparar os danos morais pelos meios morais. In: STOCO, Rui. **Teoria do dano moral e direitos da personalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 857-866.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. A dimensão preventiva da responsabilidade civil. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César (Org.). **Direito privado e contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014. p. 75-91

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Mortes na prisão**. Dom Total, 2009. Disponível em: <<http://domtotal.com/artigo/801/01/07/mortes-na-prisao/>> Acesso em: 19 de ago. 2018

BRASIL. **Código Civil (2002)**. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 de ago. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 18 de ago. de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 580252**. Relator: Min. Teori Zavascki. Data de Julgamento: 16/02/2017. Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJE 11-09-2017. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365#> > Acesso em: 18 de ago. 2018.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris**. 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wpcontent/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 18 de ago. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETO, Felipe Peixoto. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade Civil na Sociedade de Risco. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz

(Coordenadores.). **Sociedade de risco e Direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais.** São Paulo: Atlas, 2013. p. 3-13.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais:** teoria geral. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Brasil tem a 3ª maior população carcerária do mundo, com 726.712 mil presos.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-08/brasil-maior-populacao-carceraria-mundo-726-mil-presos>>. Acesso em: 18 de ago. 2018.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Direitos de (para) todos.** Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil:** a reparação e a pena civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ROSENVALD, Nelson. **O direito civil em movimento:** desafios contemporâneos. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social:** princípios do direito político. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil:** da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

WITKER, Jorge. **Como elaborar una tesis en derecho:** pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho. Madrid: Civitas, 1985.

PARTE IV
O DIREITO E O JUDICIÁRIO COMO ESPAÇOS DE IMPLEMENTAÇÃO DOS
DIREITOS HUMANOS

**O PERFIL DISCRICIONÁRIO DO STF NOS CASOS DE FORNECIMENTO DE
MEDICAMENTOS**

THE DISCRETIONARY PROFILE OF THE STF IN CASES OF SUPPLY OF
MEDICINAL PRODUCTS

Junior da Mata Sousa³¹
Keyze Bruna Santos³²
Erika Tayer Lasmar³³

RESUMO

Este trabalho visa identificar qual é o perfil decisório do STF nos casos de concessão de medicamentos à população. Tal estudo se justifica pela relevância desse assunto para o Direito e para os cidadãos, uma vez que a tutela à saúde é de extrema importância em nosso ordenamento jurídico. Para a compreensão dessa temática, tornou-se necessária a realização de um estudo minucioso em decisões relacionadas a medicamentos e proferidas pela Corte Constitucional. A pesquisa realizada, inicialmente, consistiu na realização de um levantamento bibliográfico sobre a previsão constitucional da tutela à saúde e a sua judicialização no atual contexto brasileiro. Posteriormente, a metodologia de trabalho baseou-se em um estudo descritivo e documental, fundamentado na análise de três votos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal a respeito dessa temática. Através dessa análise, foi possível concluir que o perfil do STF nesse aspecto pode ser definido como conservador, tendo em vista que todas as decisões demonstravam uma análise minuciosa do caso concreto, pautado, sobretudo, pelo princípio da reserva do possível.

³¹ Graduando do curso de Direito do Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves.

³² Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves.

³³ Mestre em Direito - Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Lavras (2009); Graduada em Jornalismo pelo Centro Universitário de Belo Horizonte (2002). Mediadora pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Secretária de Administração, Planejamento e Apoio Jurídico da Prefeitura Municipal de Itumirim/MG. Professora Universitária no UNIPTAN e professora do programa "DIREITO NA ESCOLA" da OAB/MG.

Palavras-chave: Medicamentos. STF. Direito Constitucional

ABSTRACT

This study aims to identify the decision-making profile of the STF in the cases of the granting of medicines to the population. This study is justified by the relevance of this subject to the Law and to the citizens, since health protection is of extreme importance in our planning legal. In order to understand this issue, it became necessary to carry out a detailed study on decisions related to drugs and issued by the Constitutional Court. The research initially consisted of a bibliographical survey on the constitutional prediction of health protection and its judicialization in the current Brazilian context. Subsequently, the work methodology was based on a descriptive and documentary study, based on the analysis of three votes handed down by the Federal Supreme Court regarding this issue. Through this analysis, it was possible to conclude that the STF profile in this aspect can be defined as conservative, since all the decisions showed a detailed analysis of the concrete case, based mainly on the principle of reserving the possible.

Keywords: Medications. STF. Constitutional right.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como tema o perfil discricionário do Supremo Tribunal Federal no que tange às demandas judiciais que versam sobre o fornecimento de medicamentos. Nessa perspectiva, o estudo visa identificar qual é o perfil adotado pela Corte Constitucional através da análise de votos proferidos pela Corte Constitucional.

Cabe destacar que o direito à saúde se encontra expressamente garantido em nossa legislação através de previsão constitucional. De acordo com a lei maior, a saúde é direito de todos os cidadãos e também é dever do Estado garanti-la mediante políticas sociais e econômicas. O que ocorre, porém, é que em diversos casos é necessário que os cidadãos recorram ao judiciário para conseguirem ter acesso a medicamentos que não estão na lista dos fármacos que devem ser concedidos gratuitamente pelo Sus. Logo, a judicialização nesses casos, tem se tornado comum em decorrência das negativas administrativas de se conseguir o fármaco junto ao Sistema Único de Saúde.

Nesse aspecto, o tema preterido tem relevância por se tratar de uma disciplina de cunho constitucional que reflete diretamente na vida e saúde dos cidadãos que necessitam da ingestão de determinados medicamentos para o tratamento de enfermidades e não tem condições financeiras de arcar com a compra dos mesmos.

Nesse contexto, para motivar a realização desse estudo, levantou-se o seguinte questionamento: “Qual é o atual posicionamento do STF no que tange o fornecimento de medicamentos?”

Diante dessa discussão acadêmica, a hipótese a ser comprovada afirma que o Supremo Tribunal Federal apresentou um perfil conservador no que tange ao fornecimento de medicamentos para a população de baixa renda.

Para a realização do estudo, foi utilizada uma metodologia de trabalho que se fundamentou em uma pesquisa descritiva à três votos proferidos pela Corte Constitucional, na qual se analisou os critérios utilizados pelos desembargadores para sua tomada de decisão.

Além disso, destaca-se também que foi necessária, inicialmente, a realização de um levantamento bibliográfico sobre esse assunto demonstrando conceitos e dispositivos legais essenciais à compreensão da temática abordada.

Os resultados da pesquisa realizada apontaram um posicionamento permissivo por parte da corte que analisou o caso e optou pelo bem dos cidadãos determinando a concessão dos medicamentos necessários para a saúde mental à população do Estado do Pará, determinando, inclusive multa para o Órgão Estatal e a Fundação por não terem cumprido com sua obrigação mesmo após o envio da verba pertinente pela União.

Diante do exposto, apresenta-se a seguir os conceitos já definidos pela doutrina sobre a judicialização da saúde e a análise dos posicionamentos do STF a respeito desse tema.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 O Direito à Saúde e sua previsão constitucional

O Direito à vida está resguardado na legislação brasileira e classifica-se como fundamental para todos os cidadãos. Nessa perspectiva, o art. 5º da Constituição Federal Brasileira assevera:

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 (...)

Sendo assim, verifica-se que a Carta Magna estabelece o direito à vida como fundamental para todos os cidadãos, independente de sua raça, etnia ou condição social.

Na mesma perspectiva, o direito à saúde também encontra proteção constitucional na medida em que está previsto como um direito social e é apontado na Lei Maior como um dever do Estado. Sendo assim, vejamos o que preleciona o art. 196 da Constituição Federal de 1988:

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

Dessa maneira, verifica-se que a própria carta magna versa sob a responsabilidade do Estado em garantir a saúde aos cidadãos ressaltando a necessidade de se desenvolver políticas públicas, sociais e econômicas que visem amenizar o risco de doença e outros agravos, bem como garantir acesso universal e igualitário para o acesso à saúde em território nacional.

O direito à saúde, doutrinariamente classifica-se como um direito de segunda geração, uma vez que foi estabelecido com fundamento no princípio da igualdade. Insta salientar que, os direitos sociais visam à promoção da justiça social (MORAIS, 2011).

No mesmo sentido, Barros (2003, p. 29) apresenta a classificação terminológica para o direito à saúde, vejamos:

[...] a melhor classificação terminológica a ser adotada para o caso da saúde é aquela que a enquadra enquanto direito humano fundamental. Isto porque além de revelar a concepção de matriz internacional com proteção de certos valores e reivindicações essenciais de todos os seres humanos, resguarda a fundamentalidade formal decorrente da positivação constitucional, com a vantagem de ressaltar a unidade essencial e indissolúvel entre direitos humanos e direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, cabe ressaltar que o direito à vida e à saúde estão consolidados pela doutrina alienígena e nacional como o topo das condições humanitárias, ainda que alguns países permitam que os indivíduos decidam sobre a disposição do direito a vida com a realização da eutanásia, por exemplo (GOUVÊA, 2004).

Sendo assim, é latente a importância e relevância do desenvolvimento de estudos acadêmicos a respeito da garantia do direito à vida e à saúde em nosso país, uma vez que vivenciamos uma realidade economicamente difícil para a maioria da população, que se vê carente de recursos econômicos para arcar com serviços de saúde privados e não se encontra abarcada por políticas de saúde pública eficientes.

2.2 A inércia do Estado e a necessidade de judicializar a tutela ao fornecimento de medicamentos

Conforme exposto, a previsão constitucional a respeito do direito à saúde aponta a necessidade de desenvolvimento de políticas públicas que garantam a concessão dos serviços humanitários de saúde a todos os brasileiros. Contudo, por diversos fatores políticos e

econômicos que não merecem ser abordados nesse estudo, sabe-se que o serviço público de saúde prestado em muitos locais não é suficiente para a devida e efetiva garantia da saúde para os brasileiros.

Além da prestação de serviços de saúde pública propriamente ditos como, por exemplo, o fornecimento de medicamentos, a existência de unidades de pronto atendimento gratuitas, hospitais equipados para a realização de internações, cirurgias e internações e profissionais qualificados para a realização desses atendimentos, outro aspecto merece ser abordado pelas políticas públicas: a concessão de medicamentos à população carente.

De acordo com Moraes (2008), as políticas públicas conforme a previsão constitucional deve perseguir a prevenção e o tratamento de doenças, afim de garantir a saúde a todos os cidadãos. Ainda segundo a autora, relacionando o que foi exposto à concessão de medicamentos, verifica-se que o poder público tem o dever de conceder os fármacos necessários para que a população possa promover os tratamentos necessários às enfermidades que lhe acometerem.

Nesse aspecto, com o prolação da Constituição Federal em 1988, o Estado se viu obrigado a promover inúmeras políticas que garantissem a efetividade dos direitos estabelecidos pela Carta Magna. Porém, as políticas de saúde foram vislumbradas como ineficientes por diversos setores da população que acabaram por buscar judicialmente a garantia de seus direitos. Nesse contexto, Moraes (2008, p. 3) destaca que:

No início, as ações tinham por objeto, em sua quase totalidade, tratamento e o fornecimento de medicamentos para terapia de doenças decorrentes do vírus da AIDS. Os Tribunais pátrios, entretanto, não deram guarida a essas pretensões, sob o argumento de que se tratava de norma programática, desprovida de eficácia plena.

Nesse sentido, a sociedade se mobilizou com a causa após o recebimento de diversas negativas a respeito do tratamento da AIDS sob a justificativa acima relacionada, foi promulgada a Lei 9.313, em 13 de novembro de 1996, que garante o tratamento gratuito mediante ação do Ministério da Saúde, a todos que forem acometidos pelo vírus da AIDS, sendo, os fármacos necessários concedidos pelo Sistema Único de Saúde.

Outro item que merece destaque é a criação do Sistema Único de Saúde em 1990, que profetizou sobre a necessidade de se reformular a política de medicamentos existente em nosso país e teve como sua primeira ação a criação da legislação acima mencionada. Nesse sentido, Barros (2016, p. 59):

No Brasil, com a Constituição Cidadã de 1988 e a criação do SUS, surgiu a Lei nº 8.080/90 que determinou que a formulação da política de medicamentos faria parte do âmbito de atuação do Sistema Único de Saúde; contudo, só ocorreu a primeira medida, com a 59 promulgação da nº Lei nº 9.313/96 a respeito do fornecimento de medicação gratuita para pacientes HIV/AIDS (Acquired Immunodeficiency Syndrome ou Síndrome da Imunodeficiência Adquirida).

De acordo com Moraes (2008), a simples prolação da Lei nº 9313/96 não foi suficiente para resolver os conflitos gerados entre o Sistema de Saúde Pública e os envolvidos, que muitas vezes viam seus direitos previstos na legislação não serem cumpridos e passavam a recorrer ao judiciário visando a sua concessão.

Outro importante momento sobre esse período de adaptação da formulação política de medicamentos em nosso país foi a publicação da Portaria nº 3918/ 98 que determinou a criação da Política Nacional de Medicamentos (PNM) com a finalidade de “garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais” (NEGRI, 2002, p. 11).

Nesse aspecto, segundo a OMS, os medicamentos determinados como essenciais são todos aqueles básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população.

Diante do exposto, observa-se que é inúmero do rol de enfermidades que podem acometer a população, sendo algumas dessas doenças ainda objeto de estudo e experimentos que viabilizem o seu melhor tratamento. Nesse ponto, conclui-se que é impossível que a política de medicamentos abarque em seu rol todos os fármacos necessários ao tratamento de todas as síndromes ou enfermidades que possam surgir.

Nessa linha de raciocínio, é possível apontar tal premissa como um grande desafio para a concessão dos medicamentos na via administrativa, uma vez que o governo para conceder o fármaco gratuitamente necessita que ele esteja no rol de medicamentos definidos como essenciais.

Nesse sentido, para que um fármaco entre para o rol de medicamentos essenciais e também para que eles possam ser comercializados de forma geral, é necessária a adaptação deste a uma série de regulamentos que atestem que a substância é segura para a comercialização.

Desse modo, Nunes (2010) disserta que o que significa segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos à luz da lei. Para o autor, medicamentos seguros são aqueles cujos efeitos terapêuticos advindos de sua utilização superam todos os seus efeitos colaterais, isto é, o medicamento traz mais benefícios do que malefícios; medicamento eficaz é aquele que, em um ambiente ideal, comprova atuar sobre a enfermidade que se propõe a tratar; e, medicamento de

qualidade é aquele que comprova obedecer às regras das Boas Práticas de Fabricação (BPF) expedidas pela Anvisa, consistente em um conjunto de exigências necessárias à fabricação e controle de qualidade de produtos farmacêuticos.

Além do exposto, verifica-se que a negativa do pedido de concessão de determinado medicamento na via administrativa pode se dar sob a justificativa de que ele não está no rol de tratamentos fornecidos pelo SUS ou pela justificativa de insuficiência de recursos, conforme trataremos a seguir.

2.3 Os pedidos de concessão de medicamento que chegam ao STF

A temática abordada pela pesquisa a ser realizada, possui diversos fatores que a permeiam, que vão desde a necessidade do aprimoramento das políticas públicas de saúde até a questões econômicas que impossibilitam o Estado a conceder determinado medicamento ou arcar com algum tratamento de alto custo.

Nesse sentido, verifica-se que diante da negativa pela via administrativa o cidadão se vê obrigado a recorrer ao judiciário visando a concessão do fármaco que lhe é necessário para a administração da sua saúde e fora negado pelo poder executivo.

De acordo com Nunes (2016, p. 505):

[...] as demandas judiciais dão visibilidade aos vazios assistenciais e às dificuldades enfrentadas pelos cidadãos no acesso aos serviços de saúde, apontando suas necessidades e contribuindo para a avaliação do sistema. Contudo, alguns autores têm discutido seu papel na incorporação de medicamentos no mercado e no SUS.

O primeiro aspecto a ser abordado nesse caso das demandas judiciais para a concessão de medicamentos seria o da competência para o fornecimento destes ao cidadão. Nas palavras de Barroso (2009, p.41):

No que toca particularmente à distribuição de medicamentos, a competência de União, Estados e Municípios não está explicitada nem na Constituição nem na lei. A definição de critérios para a repartição de competências é apenas esboçada em inúmeros atos administrativos federais, estaduais e municipais, sendo o principal deles a Portaria nº 3.916/98, do Ministério da Saúde, que estabelece a Política Nacional de Medicamentos. De forma simplificada, os diferentes níveis federativos, em colaboração, elaboram listas de medicamentos que serão adquiridos e fornecidos à população.

Desse modo, verifica-se que os casos que chegam ao Supremo Tribunal Federal para a análise, tratam-se de negativas administrativas recebidas em todas as outras demais esferas do poder executivo.

Com efeito, abaixo segue a ementa de uma importante e recente decisão do STF a respeito da demanda de medicamentos:

Ementa: DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE – PORTADORES DE TRANSTORNOS MENTAIS – DESATENDIMENTO DOS COMANDOS CONSTITUCIONAIS QUE TRATAM DIRETAMENTE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – DESCUMPRIMENTO DE ENCARGO POLÍTICO-JURÍDICO - COBRANÇA POR PARTE DA UNIÃO PARA QUE OS RÉUS CUMPRAM SUA PARCELA DE RESPONSABILIDADE NO ATENDIMENTO DA POLÍTICA NACIONAL DE ASSISTÊNCIA AOS PACIENTES COM TRANSTORNOS MENTAIS – NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO PARA A GARANTIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DE DIREITOS DE PESSOAS VULNERÁVEIS – REPASSE DA UNIÃO COMPROVADO ACERVO PROBATÓRIO EXAMINADO EM PROFUNDIDADE - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO COM RATIFICAÇÃO DE LIMINAR ANTERIORMENTE CONCEDIDA – FIXAÇÃO DE PRAZO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE MEDIDAS E MULTA EM PATAMAR RAZOÁVEL - AGRAVOS AOS QUAIS SE NEGA PROVIMENTO. I - O direito fundamental à saúde dos portadores de transtornos mentais encontra arrimo não somente nos arts. 5º, 6º, 196 e 197 da Carta da República, como também nos arts. 2º, § 1º, 6º, I, d, da Lei 8.080/1990, na Portaria 3.916/1998, do Ministério da Saúde, além dos artigos 2º, 3º e 12, da Lei 10.216/2001, que, conforme visto, redireciona o modelo assistencial em saúde mental no Brasil. II – A linha de argumentação desenvolvida pelo Estado requerido quanto à insuficiência orçamentária é inconsistente, porquanto comprovado que os recursos existem e que foram repassados pela União, não se podendo opor escusas relacionadas com a deficiência de caixa. III – Comprovação nos autos de que não se assegurou o direito à saúde dos portadores de transtornos mentais no Estado do Pará, seja da perspectiva do fornecimento de medicamentos essenciais ao seu tratamento, seja no que diz respeito à estrutura física e organizacional necessárias à consecução dos objetivos previstos pelo legislador constitucional e também pelo ordinário ao editar a Lei 10.216/2001. IV - A hipótese dos autos não cuida de implementação direta de políticas públicas, mas sim de cobrança realizada diretamente pela União, com fundamento na competência constitucional concorrente, para que os requeridos cumpram a sua parcela de responsabilidade no atendimento da política nacional de assistência aos pacientes com transtornos mentais. V - A omissão dos réus em oferecer condições de saúde digna aos portadores de transtornos mentais exigiu a intervenção do Judiciário, tal como solicitado pela União para que, pelo menos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana lhes seja assegurada, não havendo margem para qualquer discricionariedade por parte das autoridades locais no tocante a esse tema, ainda mais quando demonstrados os repasses do executivo federal para a concessão desse mister. VI – Os usuários dos serviços de saúde, no caso, possuem direito de exigir de um, de alguns ou de todos os entes estatais o cumprimento da referida obrigação e, na hipótese, a União demonstrou que fez a sua parte, com o que se credenciou a cobrar dos requeridos a observância de suas obrigações. VII - Os argumentos lançados nos agravos não são inéditos e já foram devidamente sopesados. A própria dedução de pedido alternativo de simples dilação de prazo para o adimplemento das medidas impostas indica que o recurso apresentado não deve prosperar. Ademais, ficaram bem divisadas as esferas de responsabilidade da União e da parte ré no atendimento aos portadores de transtornos mentais. Análise exaustiva do acervo probatório, tanto da perspectiva da falta de medicamentos, quanto no que se refere à instalações físicas, passando, ainda, pela reiteração de comportamento omissivo por parte dos réus em oferecer condições de saúde digna aos portadores de transtornos mentais. VIII-Assim, contrariamente ao sustentado pelas agravantes, in casu, o Judiciário está plenamente legitimado a agir, sobretudo em benefício dos portadores de transtornos mentais, pessoas vulneráveis que necessitam do amparo do Estado. Prazo razoável fixado para a adoção de medidas de extrema importância para o atendimento dos portadores de deficiência mental e a multa bem aplicada em patamar proporcional para estimular o cumprimento da obrigação, sem

prejudicar a prestação pela parte ré de outras políticas públicas. IX -Agravos regimentais a que se nega provimento. (ACO 1472 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-210 DIVULG 15-09-2017 PUBLIC 18-09-2017)

Observa-se na jurisprudência supramencionada, que a demanda acima tratava-se de um agravo regimental interposto pela Fundação Pública Estadual Hospital das Clínicas Gaspar Viana e pelo Estado do Pará em face da União. Tal procedimento foi interposto pela União com o objetivo de que fossem concedidos medicamentos de saúde mental pelos réus aos doentes mentais do Estado do Pará.

Superadas as questões processuais, o Ministro Ricardo Lewandowski ratificou a liminar previamente concedida que determinava que os réus concedessem os devidos medicamentos de saúde mental determinados pelas diversas normas estaduais e federais que regulamentam a matéria citada.

Nesse aspecto, verifica-se no inteiro teor do voto retro que o relator esclareceu o conteúdo que o procedimento fora instaurado para a cobrança pela União aos acusados, sob a alegação de competência constitucional competente entre os autuados para a concessão dos medicamentos de saúde mental no Estado do Pará, vejamos:

A hipótese aqui examinada não cuida de implementação direta, pelo Judiciário, de políticas públicas, amparadas em normas programáticas, supostamente abrigadas na Carta Magna, mas sim de cobrança realizada diretamente pela União, com fundamento na competência constitucional concorrente, para que os requeridos cumpram a sua parcela de responsabilidade no atendimento da política nacional de assistência aos pacientes com transtornos mentais.

Através da decisão supramencionada verificou-se um posicionamento permissivo por parte da corte que analisou o caso e optou pelo bem dos cidadãos determinando a concessão dos medicamentos necessários para a saúde mental à população do Estado do Pará, determinando, inclusive multa para o Órgão Estatal e a Fundação por não terem cumprido com sua obrigação mesmo após o envio da verba pertinente pela União.

Contudo, verifica se que a Corte Constitucional observa os limites impostos pelo princípio da reserva do possível para explicar suas decisões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa bibliográfica e descritiva realizada visou determinar qual foi o perfil adotado pelo STF nos julgamentos nas demandas de fornecimento de medicamentos.

O trabalho realizado inicialmente consistiu em uma revisão bibliográfica a respeito do tema abordado demonstrando a constitucionalidade do direito à saúde, bem como foi contextualizada a atual situação de nosso sistema de saúde no que tange à concessão de fármacos principalmente aos cidadãos de baixa renda.

Através das pesquisas realizadas, demonstrou-se a importância das legislações que regulamentam o Sistema Único de Saúde bem como a concessão de medicamentos para os cidadãos.

No desenvolvimento do trabalho foram abordados três votos emitidos pelo Supremo Tribunal Federal, dessas jurisprudências foi possível extrair conhecimentos muito importantes a respeito da matéria doutrinária que abarca a constitucionalidade da concessão de medicamentos, bem como foi possível conhecer o tipo de demanda que chega ao judiciário para esse tipo de causa de pedir.

Através da investigação científica realizada foi possível verificar a hipótese de discussão levantada no início da pesquisa, a qual se identificou que o perfil adotado pela corte suprema nesse período foi conservador, apenas possibilitando a concessão dos fármacos nos casos em que a legalidade do direito à droga estava devidamente comprovada nos autos, se pautando essencialmente pelo princípio da reserva do possível.

O trabalho realizado permitiu que abordasse a ineficácia do Sistema Único de Saúde brasileiro e a necessidade de se recorrer ao judiciário para garantir a efetividade do direito à saúde para todos os cidadãos. Sendo assim, a possível solução para a discussão levantada pela pesquisa seria o desenvolvimento e o aprimoramento das políticas públicas existentes no que tange à concessão de medicamentos aos cidadãos, bem como a criação de novos programas de saúde que visem a efetividade dos seus direitos aos cidadãos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Livia Dias. **A Judicialização do direito à saúde: uma análise acerca do fornecimento judicial de medicamentos no Estado de Pernambuco**. Recife, 2016.

BARROS, Sérgio Rezende. **Direitos humanos: paradoxo da civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em:< <http://www.tjmg.jus.br/portal/conhecimento-juridico/artigos-juridicos/detalhe-122.htm>>, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal **Agravo Regimental na Ação Cível nº 1472- Pará**. Agravantes: Fundação Pública Estadual Hospital de Clínicas Gaspar Viana e Estado do Pará. Agravado: União. Ministro Relator: Ricardo Lewandowsky 01 de setembro de 2017;

GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. **Revista forense**, v. 370, p. 103-134, 2004..

MORAIS, Mariana Rodrigues Gomes. **Breve análise sobre o direito ao fornecimento de medicamentos: do individual ao coletivo e difuso**, Campos do Jordão, 2008.

NEGRI, Barjas. **Política federal de assistência farmacêutica: 1990 a 2002**. Brasília: Ministério da Saúde, 2002. Disponível em: Acesso em: 02 de abril de 2018.

NUNES, Altacílo Aparecido. A avaliação econômica de fármacos e outras tecnologias em saúde instrumentalizando o poder público e judiciário para a tomada de decisão: potencialidades e limitações. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Org.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 60-78.

A VIOLAÇÃO ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS: UM ESTUDO REFERENTE ÀS ENCHENTES RECORRENTES EM BELO HORIZONTE

THE VIOLATION OF CONSTITUTIONAL GUARANTEES: A STUDY OF RECURRENT FLOODS IN BELO HORIZONTE

Luiza Ribeiro da Silva Santos³⁴

Túlio Coelho Alves³⁵

Priscila Ladeira Alves de Brito³⁶

RESUMO

No Brasil, muito já se discutiu a respeito dos direitos fundamentais, entendidos em reflexo ao conteúdo internacional entendido como direitos humanos. Entretanto, em termos empíricos, a aplicação de medidas estatais para garantir o pleno exercício dos direitos se vê insuficiente frente a casos de ocorrências anuais relativas a enchentes na cidade Belo Horizonte e região metropolitana. A pesquisa que se propõe pertence à vertente metodológica jurídico-sociológica. No tocante ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação de Witker (1985) e Gustin (2010), o tipo jurídico-projetivo.

Palavras-Chave: Direitos fundamentais; Estado; Responsabilidade; enchentes.

ABSTRACT

In Brazil, much has already been discussed about fundamental rights, understood internationally as human rights. However, in empirical terms, the application of state measures to guarantee the full exercise of rights is insufficient in the event of annual fatalities related to floods in the city Belo Horizonte and the metropolitan region. The research that is proposed belongs to the juridical-sociological methodological dimension. Regarding the type of investigation, the legal-projective type was chosen, in the classification of Witker (1985) and

³⁴ Graduando em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara (Curso Direito Convencional).

² Graduando em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara (Curso Direito Integral).

³ Orientadora – Mestre em Direito e Instituições Políticas pela Universidade FUMEC. Graduação em Direito pela Universidade FUMEC. Professora de Direito Civil e Processo Civil na Escola Superior Dom Helder Câmara.

Gustin (2010). The rationale developed in the research will be predominantly dialectical deductive.

Keywords: Fundamental rights; State; Responsibility; flood

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O tema abordado visa analisar criticamente o impacto gerado pelas enchentes, a vários anos na capital mineira, que exemplificam o total desrespeito a direitos, tidos como fundamentais, na Constituição vigente, tais como o direito de propriedade do art.5º, numa clara alusão ao aparente descaso estatal referente à adoção de obras de infraestrutura. Verificada a precariedade, bem como a falta de métodos preventivos, e medidas inibitórias, necessários à prevenção das referidas tragédias, às quais acabam por ilustrar a lacuna estrutural capaz de sustentar o mínimo bem-estar social, dever constitucional inerente ao Estado.

Ademais, é preciso aferir, que o Estado, provedor do estado de bem-estar social, acaba por descumprir com sua função de garantir o cumprimento da legislação, levantando a discussão referente à responsabilização estatal. De modo que haja a reparação dos cidadãos afetados pelo desastre recorrente de incidência das enchentes .

Tendo em vista que o Estado, recentemente, ainda respondia somente subjetivamente. Ao passo que nos dias atuais, já se faz imprescindível responsabilizá-lo objetivamente por falhas omissivas adstritas ao ideal de perfeita convivência entre cidadãos dentro da sociedade, a julgar pela apreciação dos danos. Pois, como se verá, o caos resultante destes fenômenos acaba por gerar incontáveis danos aos moradores dos bairros afetados, da cidade de Belo Horizonte e região metropolitana. Além de que a enchente coloca em xeque, não apenas a ordem, como o tráfego, o comércio e a segurança de todos os afetados.

Além do mais serão avaliadas as medidas já adotadas pelo órgão público visando dirimir os prejuízos resultantes, para que se possa compreender o real comprometimento do Estado para com seus cidadãos, casos do Programa de Recuperação Ambiental de Belo Horizonte -- DRENURBS, Núcleo de alertas de enchentes -- NAC, entre outros. Até porque, em tempos recentes, ainda se tinha a visão de que a enchente é um desastre natural. Ao passo que, atualmente, depreende-se, como sendo desastre em razão de lacuna estrutural.

Portanto, tem-se como objetivos no presente estudo, averiguar, também, as consequências materiais das enchentes, de forma que melhor se constate a relevância da

discussão proposta, a qual, a julgar pela recorrência de tragédias, se preza por ser realizada, em vista da inobservância às garantias mais fundamentais.

A pesquisa proposta pertence à vertente metodológica jurídico-sociológica. No tocante ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação de Witker (1985) e Gustin (2010), o tipo jurídico-projetivo. O raciocínio desenvolvido na pesquisa será predominantemente dedutivo dialético. Trata-se de uma pesquisa teórica, o que será possível comprovar a partir da análise de conteúdo dos textos doutrinários, normas e demais dados colhidos na pesquisa. Assim, a pesquisa se propõe a esclarecer e analisar as razões pelas quais a responsabilidade do Estado deve ser aplicada objetivamente em casos de omissão do exercício de dever inerente, no tocante a garantir o exercício pleno de direitos constitucionais fundamentais na sociedade brasileira.

2 INOVAÇÕES NO CAMPO PRECAUCIONAL CONTRA ENCHENTES

No contexto das inovações tecnológicas referentes a notificações por desastres, constata-se com mais efetividade, no cenário municipal, o Programa de Recuperação Ambiental dos Fundos de Vale e dos Córregos em Leito Natural de Belo Horizonte (DRENURBS), Núcleos de alerta de chuvas (NAC), bem como o sistema de envio de SMS para alerta de desastre.

Art. 1º Fica oficializado o Programa de Recuperação Ambiental e Saneamento dos Fundos de Vale e dos Córregos em Leito Natural de Belo Horizonte - DRENURBS como parte integrante do Projeto Sustentador Recuperação Ambiental do Programa BH Metas e Resultados, que estabelece as diretrizes para o Programa de Governo do Município.

Art. 2º O DRENURBS tem por objetivo promover a melhoria da qualidade de vida da população por meio da valorização do meio ambiente urbano atuando na despoluição dos cursos d'água, redução dos riscos de inundações, controle da produção de sedimentos e demais ações necessárias para o cumprimento de seu objetivo.

Parágrafo Único - A Secretaria Municipal de Políticas Urbanas e a Superintendência de Desenvolvimento da Capital - SUDECAP são responsáveis pela execução do DRENURBS.

Art. 3º O Programa DRENURBS, cuja execução se iniciou no mês de novembro de 2005, contempla as seguintes bacias e córregos [...] (BELO HORIZONTE, 2010).

O DRENURBS, oficializado no Decreto No 13.916/10, possui como proposta a melhora da qualidade de vida da população ao preservar o meio ambiente, despoluindo as águas, reduzindo a possibilidade de enchentes, bem como controlando a sedimentação. Trata-se de um projeto, iniciado em 2005, baseado na recuperação de Córregos por toda a grande BH. Que foi base da completa recuperação do Córrego 1º de Maio, apenas.

Para minimizar os problemas com mortes e acidentes devido às inundações, a Prefeitura de Belo Horizonte está investindo em ações de planejamento e monitoramento das regiões com maiores riscos através da criação dos Núcleos de Alerta de Chuvas (NAC). Estes núcleos foram formados em 2009 e são constituídos por grupos comunitários situados nas regiões de risco e têm como função consolidar um sistema de alerta às inundações, através do planejamento de ações preventivas e de socorro, como a criação de uma dinâmica de comunicação para disseminação dos alertas de chuvas, a criação de rotas de fuga e a localização de pontos de apoio. Todas as ações dos NAC são subsidiadas por uma equipe técnica da Superintendência de Desenvolvimento da Capital (SUDECAP). Também são promovidos eventos de capacitação dos agentes comunitários e vistorias conjuntas às áreas inundáveis envolvendo os agentes e técnicos de diversas instituições públicas, como engenheiros da prefeitura, bombeiros, Coordenadoria Municipal de Defesa Civil (COMDEC), Companhia de Saneamento de Minas Gerais (COPASA), dentre outros. Ao todo, existem 40 Núcleos de Alerta de Chuvas, totalizando cerca de 400 participantes. (ABCP; Programa Soluções para Cidades, 2015).

Nesse giro, outro projeto delineado foi o Núcleo de Alerta de Chuvas, implementado já em Belo Horizonte com a finalidade de monitorar os riscos relativos a enchentes, de modo a prevenir maiores estragos pela ação consciente de acompanhamento das tendências climáticas, informando aos cidadãos a respeito de incidências de chuva fora do comum, diretamente responsáveis por inundar regiões. Portanto, instrumento que, por óbvio, corrobora para a diminuição dos danos, entretanto, não enfrenta o cerne da questão, o fim das enchentes.

É, também, fundamental apontar as faltas do Governo Municipal em termos de prevenção frente a desastres. Nesse sentido, aponta-se, que somente, no ano de 2017, teve implementado sistema de envio de SMS para alerta de desastres que, em comparação, funciona no Japão desde 2007:

O sistema de envio de SMS para alerta de desastres começou a ser utilizado no Japão a partir de 2007 e, atualmente, também funciona em mais de 20 países. No Brasil, o projeto-piloto foi ativado inicialmente em 20 municípios de Santa Catarina, onde moram cerca de 500 mil habitantes. Em junho, outras cinco cidades do Paraná, com cerca de 100 mil moradores, passaram também a contar com o serviço. Essas cidades foram escolhidas por conta de eventos meteorológicos com potencial de acidentes, entre eles, ressacas, vendavais, alagamentos, enxurradas e granizo. (NASCIMENTO, 2017).

Observando-se, assim, o claro atraso tecnológico, se presume a inexistência do Órgão público respectivo no tocante à atividade de prevenção. Pois, enquanto, países, como o Japão,

se encontram amplamente preparados para desastres, inclusive, cuja ocorrência não há como evitar (caso de terremotos), seja por se valerem, acredite, de aplicativos até. No Brasil, particularmente, a capital mineira, a incidência de enchentes é desastre recorrente de várias décadas, e previsto, meteorologicamente, na mesma época do ano.

Desde que começou a operar, em fevereiro do ano passado, o programa já cadastrou 2,6 milhões de cidadãos e encaminhou 48 milhões de mensagens. Para receber os avisos gratuitamente, basta enviar o CEP do seu endereço — ou de outros interessados, podem ser registrados vários CEP's em um mesmo número de celular — para o 40199. (NASCIMENTO, 2017)

Assim, não se aclara por que a notificação de possíveis enchentes não havia, ainda, sido empregada. Em vista, também, da adesão da população brasileira, em geral, frente à iniciativa do programa inovador, conforme os dados inferidos anteriormente apontam. Fator que ilustra, o comportamento acolhedor da população a possíveis meios preventivos, em contraposição à demora do Estado em implementá-los.

[...] nos últimos anos a PBH vem executando em todo o município intervenções de combate a inundações, totalizando hoje um montante da ordem de R\$ 1,14 bilhões e já possui cerca de R\$ 290 milhões assegurados no âmbito do PAC 2 para elaboração de projetos executivos e obras. Em uma estimativa realizada pela PBH, acredita-se que ainda serão necessários cerca de R\$ 5 bilhões para solucionar todos os problemas sanitários da cidade, incluindo aqueles relativos à drenagem urbana. (PBH, 2018).

Noutro giro, enormes valores são divulgados pela Prefeitura, de modo a aparentar empenho. Ainda assim, os mesmos dados ressaltam a distância de uma solução definitiva, a julgar pelo valor que ainda será necessário investir. Somado à morosidade contextual que se percebe a julgar pela demora na aplicação dos projetos. A sensação que resta é de relativa ineficiência da máquina estatal.

1912 –Feita a primeiras coletas para previsão meteorológica em Belo Horizonte, pelo Instituto Nacional de Meteorologia^[1]

1923 –Registro de grande inundação na Bacia do Ribeirão Arrudas^[1]

1977 –Em 12 dezembro, no aniversário de 80 anos da cidade, chuva provoca 9 mortes e deixa BH isolada do resto do país^[1]

1979 –Em 7 de janeiro, abertas as comportas da Lagoa da Pampulha, com inundação de áreas e grande número de desabrigados^[1]

1983 – Cidade vive uma das suas maiores tragédias, quando águas invadem favela Sovaco de Cobra, em BH, e deixa 55 mortos^[1]

1997 –Em janeiro, são registrados 66 mortos no estado, sendo 29 na Região Metropolitana de Belo Horizonte ^[1]_[2]

2003 – Chuva na madrugada de 16 de janeiro mata 20 pessoas em BH e causa destruição nos aglomerados do Morro das Pedras, Cafezal e Taquaril ^[1]_[2]

2011–Dezembro registra índice pluviométrico de 720mm e é considerado o mês mais chuvoso da história da capital (WERNECK, 2012).

Feita a retrospectiva proposta no Jornal Estado de Minas (2012), a conclusão natural que se perpassa é de relativo descaso contínuo, bem como de insuficiência relativa à atividade desempenhada.

E para tanto, a Teoria do Risco Administrativo (CAVALIERI FILHO, 2010, p.242) se apresenta, perpetrando sua imprescindível verificação frente aos prejuízos, a julgar pela vinculação do nexos causal ao Estado em razão da omissão. Isso porque a necessária intervenção estatal, em defesa do cidadão, tanto não se observava, que, constatando-se, atualmente, inovações no campo da prevenção contra danos resultantes de desastres, no Brasil, percebe-se o atraso e descaso dos governantes. Visto que, nações como Japão e EUA, apesar de mais avançados, tecnologicamente, já apresentam sistemas capazes de prevenir prejuízos já a vários anos, caso dos sistemas de alerta (NASCIMENTO, 2017).

Deste modo, se faz possível observar que há medidas em funcionamento buscando subverter a questão das enchentes, de modo a promover a resolução da problemática das enchentes. Todavia, se verifica que dentre os instrumentos citados, somente o DRENURBS oferece alguma solução efetiva, ao passo que o mesmo, iniciado 13 anos atrás, reformulou por completo apenas um córrego. O que leva a crer que falta efetividade no combate à incidência de enchentes.

3 VIOLAÇÃO AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS PERANTE À HIPÓTESE DE ENCHENTES EM BELO HORIZONTE

Por mais que os direitos humanos estejam em ênfase nos últimos tempos, vide regra, entra em pauta a recorrente discussão se, em verdade, há respeito pelos mesmos, em razão, por exemplo, da ocorrência de enchentes no ano de 2018, em que observou-se a forte corrente de águas que tomou conta da Avenida Bernardo Vasconcelos em “BH” (G1, 2018) — visto que, nestas situações, incontáveis direitos são inviabilizados, a julgar pelos vários danos

causados e pela precariedade que se observa em função da tragédia, o que leva a discutir se há o devido respaldo, por exemplo, ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Afinal, este princípio desempenha uma função de prominência entre os fundamentos do Estado brasileiro (NOVELINO, 2016, p.251). Fator que exemplifica a relevância da dignidade, por explicitar a imprescindibilidade do cumprimento dos direitos inerentes mais básicos, os quais, a incidência de enchentes inibe.

Assim, faz-se imprescindível a presente crítica a que se propõe este artigo, que seria apontar o desrespeito às garantias constitucionais por parte do próprio Governo. Já que, constitucionalmente, a julgar pelo art.1º (BRASIL, 1988), promover a defesa da dignidade humana é função do Estado.

Visto que a dignidade nada mais é que um valor inerente a própria existência, não um luxo. Sendo assim, não representa absurdo algum que ele tenha plena observância na sociedade. Ao passo que a sua falta expõe as condições desumanas às quais a comunidade está inserida.

Tendo em vista que o valor intrínseco da dignidade da pessoa humana, no plano jurídico, inclui o direito à vida; à igualdade; à integridade física; assim como à integridade moral e psicológica (BARROSO, 2013, p.44-45). Ambos direitos violados perante o dano que as enchentes geram.

Por conseguinte, fundamental averiguar os mais variados direitos constitucionais infringidos em seus respectivos contextos, afinal, como bem entende José Afonso da Silva (2002), não há, certamente uma só inspiração, vez que o reconhecimento de tais direitos resulta de reivindicações, em determinados momentos em que a própria sociedade proporcionou as condições necessárias para sua consolidação, ainda que em função de muita luta. O que expressa a ideia de que para entender a relevância do direito é preciso contextualizá-lo.

A começar pelo direito à liberdade, previsto no art.5º, caput, da Constituição (BRASIL, 1988), o qual entende-se ser inviabilizado, em termos de deslocamento, pelo fato da corrente de águas impedir o deslocamento daqueles situados nas áreas de cheia, seja onde reside ou de onde mais estiver abrigado.

Imprescindível, também, se faz citar o direito de propriedade, presente também no já referido caput, o qual a élide colide com os prejuízos e impedimentos frutos das enchentes, visto que a corrente anormal de águas acaba por danificar imóveis, levar móveis consigo e, inclusive, impedir acesso aos bens, pela dificuldade de atravessar a água.

Assim como, o direito à vedação de tratamento degradante, inciso III, art.5º, explicitada a sua inobservância no simbolizado tratamento desumano, decorrente de situações em que o cidadão é exposto ao desagradável por causa da enchente, a exemplo do desabrigado

que tem sua residência devastada pela corrente de água. Fator que pode ensejar a exposição a doenças bacterianas, inclusive.

Por fim, apontar o direito de receber informações relevantes, seja de interesse público ou privado, pelos órgãos públicos, previsto no inciso XXXIII, que talvez melhore com o sistema de notificações via SMS.

As prestadoras de telefonia móvel expandiram para os Estados de Goiás, Mato Grosso do Sul e Minas Gerais o sistema que dará suporte ao envio de alertas para informar a população, via SMS, sobre o risco de ocorrência de desastres naturais, como chuvas fortes, alagamentos, enchentes e deslizamentos. O sistema, que passa a operar nesses três Estados na segunda-feira, 15, começou a funcionar em fevereiro de 2017 e está disponível, também, nos estados do Espírito Santo, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo. A operação nos nove estados vai compreender mais de 125 milhões de telefones móveis.

Desde fevereiro do ano passado, cerca de 2 milhões de cidadãos já se cadastraram e foram encaminhadas 25 milhões de mensagens de alerta. A previsão é que ainda no primeiro trimestre o sistema esteja disponível em todo o país. (TELESINTESE, 2018).

Recentemente colocado em prática em Belo Horizonte, o sistema aparenta uma alternativa para que se evitem prejuízos relativos à falta de aviso prévio de enchentes, ainda assim, reitera-se, que representa uma solução de curto alcance, em razão das notificações não enfrentarem o cerne da questão (TELESINTE, 2018).

Além do mais, é válido atribuir que o desrespeito aos direitos fundamentais para a sobrevivência também abrem discussão quanto ao cumprimento de tratados internacionais, tais como o Pacto de San José Da Costa Rica (COSTA RICA, 1969) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (FRANÇA, 1948) visto haver destaque nos mesmos do porquê há de se prover um ambiente propício ao exercício dos direitos e garantias fundamentais, tais como o art.25 da Declaração, no qual frisa-se a imprescindibilidade da saúde e bem-estar ao indivíduo, e dos art.12, 13, 15, 16 e 22, do Pacto, que prezam pela manutenção da ordem e contenção do caos.

Portanto, compreendendo os direitos constitucionais citados, também na condição de direitos humanos — pela sua amplitude universal de observância — se tem que os mesmos são irrenunciáveis, isto é, independente da concordância do indivíduo, se faz, veementemente, vedado retirar dele quaisquer destes direitos (SAMPAIO, 2013, p. 553-554).

4 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO

Avaliando o retrospecto no Brasil, de desastres, casos do desastre nuclear em Goiás no ano de 1987, e do desastre de Bento Rodrigues, recentemente, observa-se que falta estrutura ao

Brasil. Por exemplo, a falta de fiscalização do próprio órgão estatal frente a irregularidades na atividade e na estrutura da empresa responsável pela atividade mineral.

[...] Abandonando a desacreditada noção de culpa, para admitir que somos responsáveis não somente pelos atos culposos, mas pelos nossos atos, pura e simples, desde que tenham causado um dano injusto. Por esta nova concepção, abstrai-se da ideia de culpa: aquele que cria o risco responde, se ele se vem a verificar, pelas consequências a terceiros. (AGUIAR,2011, p.66).

Percebe-se, portanto, que o devido respaldo estatal frente à coordenação da sociedade enseja, de fato, à responsabilização do mesmo órgão. Se, para efeitos de embasamento, alude-se tal obrigação à Teoria do Risco Criado, embasada por Louis Josserand (FARIAS, BRAGA NETTO, ROSENVALD, 2015, p.506-508) que defende intermitentemente, que aquele que exercita determinada atividade por ela responde. Assim, é de se concluir que pelos riscos resultantes da atividade deve responder, independente do fator culpa, o responsável pela atividade, em clara influência da responsabilidade civil objetiva (TARTUCE, 2017, p. 500-501).

Se deve ao caráter cada vez mais perigoso da vida contemporânea: o século do automóvel, do avião, da mecanização universal não pode, logicamente, ser uma era de segurança material. A falta desta acarreta uma geral aspiração de segurança jurídica. Se não estamos a coberto dos riscos, tenhamos pelo menos a certeza de que não sofreremos impunemente as consequências da atividade alheia. (AGUIAR,2011, p.62-63).

Por conseguinte, adentrando ao instituto do risco há de se aferir que a questão das enchentes não se adequa ao termo acidente, que decorre de fatores imprevisíveis. Mas sim ao instituto do desastre, no sentido de ser algo trágico, porém que possivelmente seria previsível, isto é, passível de prevenção. Afinal, nas enchentes de Belo Horizonte, o que se tem é o desenvolvimento do alastramento de água, anualmente, de determinadas épocas do ano e em determinadas regiões do município e região. Sendo assim, perfaz-se a aceitação do risco pelos obrigados pela atividade, no caso, a manutenção à infraestrutura do município. Bem como ilustrado por estudos (ESTADO DE MINAS, 2012) registrarem ocorrência de enchentes desde 1923, quando ocorreu a primeira cheia no ribeirão Arrudas.

Não é o que sucede em nossos tempos: “temos sede de justiça, isto é, de equilíbrio jurídico, e, quando acontece um desastre, procuramos logo o responsável: queremos que haja um responsável; já não aceitamos docilmente os golpes do destino e, sim, pretendemos determinar a incidência definitiva. Ou, se quisermos, o acidente já não nos aparece como coisa do destino, mas como ato, direto ou indireto, do homem. [...]”. (AGUIAR, 2011, p.63)

Afinal, em pleno século XXI, onde há difusão de tecnologias e informações de forma infinita, não mais se justifica apenas conviver com desastres previstos anualmente, a população, por cumprir com a sua contribuição taxativa, já não mais se dá por satisfeita com a ocorrência de tragédias, ano após ano.

O que explica a tensão com o exercício de direitos fundamentais, como por exemplo os elencados no art. 6º da Constituição da República. Entre eles os direitos à saúde, ao trabalho e a moradia, de forma geral. Os quais ficam prejudicados pela impossibilidade de transitar livremente pelas ruas, como se constatou na movimentada Avenida Bernardo Vasconcelos neste ano. E, até mesmo, a saúde coletiva é posta em perigo pela incidência de água infectada que invade as residências de muitos, corroborando para o desenvolvimento de enfermidades.

Não é qualquer omissão que faz surgir o dever de indenizar do Estado. Diríamos que se trata de uma omissão qualificada. Ou, mais exatamente, de uma omissão juridicamente relevante. Uma omissão que se revista de cores que revelem que foi inadequada, injusta, a inação do Estado no caso concreto. (BRAGA NETTO, 2014, p. 184.)

Portanto, não se trata de extorquir a máquina estatal com a exigência de reparação, mas de compensar e prevenir, bem como defendem os ideais da Responsabilidade Civil, nas hipóteses de omissão qualificada. Afinal, a aplicação da Teoria do Risco administrativo, abordada, também por Farias, Braga Netto e Rosenvald (2015, p.506-508), busca reparar os ofendidos, em atenção à solidariedade para com o ofendido, não punir o Estado pelas falhas administrativas. Reparação imprescindível em razão de casos como o da inundação registrada em 2015 na região de Venda Nova — na qual, mais de 60 carros foram carregados pela água, dentre outros danos materiais (HOJE EM DIA, 2015).

Afinal, a falta de atividade estatal adequada para suprir a incidência de águas, que formam as enchentes, levam a justificar responsabilizar a o órgão, seja pelo exercício ou pela falta deste. Do contrário, não haverá previsão para o ressarcimento daqueles que tiveram lesões relevantes, sejam elas patrimoniais ou morais.

Enfatizando a relevância da atividade estatal para o bem-estar social, infere-se jurisprudência do Supremo³⁷, na qual se decidiu pela responsabilidade objetiva do Estado referente à omissão, em função de danos relativos a crimes cometidos por quadrilha, na qual era membro foragido.

⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Especial 130764 /PR. PRIMEIRA TURMA. Min. Rel. Moreira Alves, Julgamento: 12/05/92.

Em suma, por mais que a atribuição da responsabilidade pelos danos ao Estado, por omissão de atividade de sua competência, possa soar algo muito inovador, talvez fictício, de imediato, visto que a atitude inovadora de responsabilizar objetivamente, pela omissão, o órgão público possa ser de difícil aplicação, inicialmente. Na ocorrência de casos em que a omissão seja relevante para a causa do dano, como a falta de obras de infraestrutura, é inerente ao Estado o nexo causal, pois como analisado, direitos constitucionais básicos estão sendo claramente ignorados, o que legitima a aplicação da responsabilidade objetiva, de modo que haja respaldo ao lesados, de modo, que as garantias, a eles inerentes, sejam observadas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sendo assim, não há como deixar de constar que, em pleno século XXI, em que a informação e tecnologia alcançam gamas populacionais, antes inimagináveis, corroborando para um elevadíssimo desenvolvimento, não se ter uma harmonia em termos de observância de direitos humanos leva a questionamentos pontuais relativos ao desempenho do Estado na observância do bem-estar social.

É de se aparentar desanimador ainda haver casos de tragédias, como as de enchentes, em que direitos fundamentais de primeira, segunda, e terceira geração são inviabilizados, ao passo que chama a atenção a causa ocorrer anualmente, sem que medidas, de fato, concretas, no tocante a solucionar o problema, sejam efetivadas. Visto que obras estruturais com relação a redimensionamento de esgotos, para melhor vazão, bem como o planejamento de uma melhor estrutura para condução das águas são mínimas.

Os direitos humanos são tema recorrente de discussão, não por haver dúvida se a sua aplicação é devida, mas sim pela inobservância de seu cumprimento a todo momento num Estado Democrático de Direito. Afinal, direitos básicos como a moradia e a saúde não representam nada à mercê de um momento caótico como o da ocorrência de enchentes. Enquanto, o que se transmite, pela parte do Estado, no tocante ao combate a este fenômeno, nada mais são que reles promessas e projetos sem eficácia.

Caso, recentemente, do sistema de alertas de SMS, como bem se ilustra, um meio irrisório na caminhada para sanar o cerne da questão. Afinal, não se posta uma situação de bem-estar social ter de, ao menos anualmente, lidar com evacuações ou mesmo dias confinados na própria residência ou pior, fora dela. Ao passo que pouco ou nada pode fazer para evitar que a água carregue móveis ou promova o contato com enfermidades.

Em suma, é fundamental destacar que a Constituição, O Pacto de San José e a Declaração Universal de Direitos Humanos, bem como outros documentos, não representam meros pedaços de papel, mas sim informativos que transcrevem as obrigações do Estado para com seus governa- dos, em clara alusão a um documento pontual capaz de orientar o governo na condução de uma gestão responsável, para que assim se possa alcançar a ordem.

De modo que a sociedade, como um tudo, tenha harmonia, e para isso, nada mais adequado que conter problemas recorrentes, tais como enchentes, contaminações, guerras e todo tipo de evento capaz de potencializar a discórdia. Tendo a sociedade sempre como base a concepção contemporânea de direitos humanos, a qual é marcada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BELO HORIZONTE, **Decreto No 13.916, DE 8 DE ABRIL DE 2010**. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/mg/b/belo-horizonte/decreto/2010/1392/13916/decreto-n-13916-2010-dispoe-sobre-a-oficializacao-do-programa-de-recuperacao-ambiental-e-saneamento-dos-fundos-de-vale-e-dos-corregos-em-leito-natural-de-belo-horizonte-drenurbs-como-parte-integrante-do-projeto-sustentador-recuperacao-ambiental-do-programa-bh-metas-e-resultados-que-estabelece-as-diretrizes-para-o-programa-de-governo-e-da-outras-providencias> Acesso em: 22 jul 2018.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de responsabilidade civil do Estado**. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7aed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 jul. 2018

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Recurso Especial 130764 /PR**. PRIMEIRA TURMA. Min. Rel. Moreira Alves, Julgamento: 12/05/92. **Portal do STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28130764%2ENUM E%2E+OU+130764%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jbwgs c5> > Acesso em: 09 set. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2010.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 25 de agosto de 2018.

CLÁUDIO YUGE, Sistema de alerta sobre desastres naturais via SMS opera em todo o Brasil. **Tecmundo**. Disponível em:<<https://www.tecmundo.com.br/seguranca/127603-sistema-alerta-desastres-naturais-via-sms-opera-brasil.htm>> Acesso em: 08/04/2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense,2011.

FARIAS, Cristiano Chaves De; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil - Responsabilidade Civil**. 3.ed. lugar:Atlas,2015. Durante tempestade, muro desaba sobre casa, e homem morre em BH. **G1 MG**, Belo Horizonte, 24 fev. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/durante-tempestade-muro-desaba-sobre-casa-e-atinge-familia-em-bh.ghtml>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

WERNECK, Luciano, A BH das 200 enchentes. **Estado de Minas**. Belo Horizonte, 07 jan. 2012. Disponível em:<https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2012/01/07/interna_gerais,271132/a-bh-das-200-enchentes.shtml> Acesso em:10/04/2018.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3a. ed. Belo Horizonte: Del Rey,2010.

ALVES, Letícia, RODRIGUES, Ricardo. Obras de contenção na promessa e lixo jogado nas ruas deixam BH à mercê das enchentes. **Hoje em dia**. 29 out. 2015. Disponível em:<<http://hojeemdia.com.br/horizontes/obras-de-conten%C3%A7%C3%A3o-na-promessa-e-lixo-jogado-nas-ruas-deixam-bh-%C3%A0-merc%C3%AA-das-enchentes-1.328231>>Acesso em: 08/04/2018.

NASCIMENTO, Luciano. Sistema de alerta de risco de desastre natural por mensagem será ampliado. **Agência Brasil**. Brasília, 14 set. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-09/sistema-de-alerta-de-riscos-de-desastres-naturais-por-mensagens-sera-ampliado>> Acesso em: 10/04/2018.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 11aed. São Paulo: Método, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: < https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm >. Acesso em: 25 ago 2018.

PBH, **DRENURBS**. Disponível em: <https://prefeitura.pbh.gov.br/obras-e-infraestrutura/informacoes/diretoria-de-gestao-de-aguas-urbanas/drenurbs>. Acesso em: 10 jul 2018.

TEIXEIRA, Pedro Luiz. **Enchentes, tragédias e falta de planejamento**. Disponível em:<<https://maisminas.org/enchentes-tragedias-e-falta-de-planejamento/>> Acesso em: 08/04/2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade Civil**. 11a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

REDAÇÃO PORTAL T5, Serviço de alerta nos celulares sobre desastres naturais é antecipado no Nordeste. **Portal T5**. Paraíba, 16 fev. 2018. Disponível em:<<https://www.portalt5.com.br/noticias/paraiba/2018/2/58017-servico-de-alerta-nos-celulares-sobre-desastres-naturais-e-antecipado-no-nordeste>> Acesso em: 08/04/2018.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: editoria Atlas ,2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20a ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOLUÇÕES PARA CIDADES, **Programa DRENURBS: uma concepção Inovadora dos recursos hídricos no meio urbano**. Disponível em: http://www.solucoesparacidades.com.br/wp-content/uploads/2013/09/AF_DRENNURBS_WEB.pdf. Acesso em 06 jul 2018.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8. Ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais,2011.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

WITKER, Jorge. **Como elaborar uma tese em derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho**. Madrid: Civitas,1985.