

TENDÊNCIAS EM DIREITOS FUNDAMENTAIS

POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO



Volume 2, ano 2017



CONSELHO
NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO



CONSELHO
NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

TENDÊNCIAS EM DIREITOS FUNDAMENTAIS

POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Revista da Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais do CNMP

Volume 2, ano 2017

Brasília – 2017

EXPEDIENTE

© 2017, Conselho Nacional do Ministério Público
Permitida a reprodução mediante citação da fonte

Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais

Composição do CNMP:

Raquel Elias Ferreira Dodge (Presidente)
Orlando Rochadel Moreira (Corregedor Nacional)
Gustavo do Vale Rocha
Fábio Bastos Stica
Luciano Nunes Maia Freire
Marcelo Weitzel Rabello de Souza
Sebastião Vieira Caixeta
Silvio Roberto Oliveira de Amorim Junior
Dermeval Farias Gomes Filho
Lauro Machado Nogueira
Leonardo Accioly da Silva
Erick Venâncio Lima do Nascimento
Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho

Secretaria-Geral:

Adriana Zawada Melo (Secretária-Geral)
Roberto Fuina Versiani (Secretário-Geral Adjunto)

Supervisão Editorial e Revisão:

Assessoria de Comunicação Social – CNMP

Organizadores:

Lília Milhomem Januário
Jaqueline Barbosa Pinto Silva

C755

Conselho Nacional do Ministério Público

Tendências em Direitos Fundamentais : possibilidades de atuação do Ministério Público / Conselho Nacional do Ministério Público. Vol. 2, – Brasília : CNMP, 2017.
405 p. il.

ISSN 2526-5555

Coleção: Tendências em Direitos Fundamentais

1. Ministério Público – atuação. 2. Direitos Fundamentais. 3. Liberdade religiosa – Estado laico. 4. Femicídio – gênero. 5. Tortura. 6. População negra – saúde. 7. Cotas raciais. 8. Pessoa com deficiência. 9. Pessoa idosa. 10. Reforma previdenciária. 11. Políticas públicas – educação. 12. Desenvolvimento Harmônico e Sustentável. I. Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais – CNMP. II. Brasil. Conselho Nacional do Ministério Público.

Biblioteca/CNMP

CDD – 341.413

Sumário

Apresentação	7
1. Limites ao exercício do proselitismo religioso na radiodifusão	9
2. Femicídio: da invisibilidade à incompreensão. O papel do Ministério Público	45
3. O Ministério Público como agente de prevenção à tortura e aos maus-tratos: metodologia específica e parâmetros internacionais para sua efetivação	61
4. Universalidade da saúde e políticas públicas para a população negra: medidas afirmativas de igualdade	91
5. Fiscalização do sistema de cotas raciais: recomendação nº 41 do CNMP e suas formas de aplicação	105
6. A pessoa com deficiência mental e com dependência química: garantias para efetivação de seus direitos humanos pelo Ministério Público ...	135
7. O direito da pessoa com deficiência à moradia digna e tecnicamente acessível a reserva de 3% das unidades habitacionais em programas habitacionais públicos ou subsidiados com recursos públicos	157
8. Pessoas com deficiência e acessibilidade no diálogo social, na negociação coletiva e convenções coletivas de trabalho	171
9. A pessoa idosa e o benefício de prestação continuada na reforma previdenciária	199
10. Exclusão social, direitos humanos fundamentais e educação para o exercício da cidadania	223
11. O papel do controle social na implementação das políticas públicas de educação no Brasil contemporâneo	249
12. O Ministério Público e a gestão democrática no ensino	263
13. A atuação do Ministério Público na solução consensual de conflitos escolares	291
14. O fomento ao desenvolvimento harmônico e sustentável via atuações resolutivas, principalmente as atuações resolutivas de planejamento e de gestão sistêmicos, de negociação, de mediação e de conciliação (DHS VIA PGS e NMC)	311
15. O que os olhos não veem, a lei alcança? O dano psíquico na aplicação da lei maria da penha	369

APRESENTAÇÃO

A Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais é um espaço institucional direcionado ao desenvolvimento de estudos, estratégias e iniciativas nacionais afetos ao aprimoramento e unidade da atuação do Ministério Público na defesa dos direitos fundamentais, em coerência com as diversas previsões constitucionais e legais que conferem ao órgão o poder-dever de atuar como agente de transformação positiva da realidade social.

Tendo em vista a complexidade dos direitos fundamentais, bem como a amplitude dos temas relacionados, adotamos como opção metodológica a formação de Fóruns e Grupos de Trabalho temáticos, que contam, em sua composição, com representantes do MP de diferentes unidades e de distinto conhecimento e atuação nas respectivas áreas.

O objetivo da presente obra é contribuir com novas ideias, argumentos, soluções e abordagens em prol do avanço na efetivação dos direitos fundamentais, além de possibilitar diálogo entre os diversos grupos temáticos da Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais, construindo assim uma visão mais ampla, interdisciplinar e transversal dos diferentes temas.

Boa leitura!

LIMITES AO EXERCÍCIO DO PROSELITISMO RELIGIOSO NA RADIODIFUSÃO

Sergio Gardenghi Suiama¹

Bráulio Santos Rabelo de Araújo²

Sumário: 1. Introdução. 2. Dimensões constitucionais da liberdade de religião. 3. Tipologia das relações entre Estado e Igreja. 4. Funções dos direitos fundamentais em jogo. 5. Liberdade de expressão e proselitismo religioso. 6. Proselitismo religioso nos meios de comunicação de massa. 7. Limites à comercialização do tempo de programação. 8. Conclusão. Referências.

Resumo: O artigo busca analisar, do ponto de vista da teoria geral dos direitos fundamentais, a forma e os limites do exercício da liberdade de comunicação de ideias religiosas na radiodifusão (televisão e rádio).

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Liberdades religiosas. Comunicação social. Radiodifusão. Concessões públicas. Proselitismo. Laicidade estatal.

1. Introdução

Há um fato de grande relevância no cotidiano nacional e que até agora não tem merecido uma análise jurídica mais detida: trata-se da ocupação do espaço de rádios e TVs brasileiras por programas religiosos. Em 2015, de acordo com o último informe de acompanhamento de mercado publicado pela Agência Nacional do Cinema – Ancine, o gênero religioso, “líder histórico de ocupação da grade”, ultrapassou a marca de 1/5 do tempo total de veiculação de programas da TV aberta, alcançando a média de 21,1% do espaço da programação das nove emissoras analisadas. No caso da rede CNT, este percentual chegou a 89,8% da programação; na Rede TV, a 43,4% (ANCINE, 2016)³. Considerando que em 2012, quando a pesquisa começou a ser feita pela Agência, o percentual médio de ocupação

1 Mestre em Direito (LL.M) e *Human Rights Fellow* da Universidade de Columbia. Procurador da República.

2 Doutor em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado.

3 Os percentuais são os seguintes: Bandeirantes: 16,4%; CNT: 89,8%; Globo: 0,6%; Record: 21,7%; Rede TV: 43,4%; SBT: 0%; TV Brasil: 1,7%; TV Cultura: 0,7%; TV Gazeta: 15,8%. O segundo gênero em ocupação da grade dessas emissoras, segundo a mesma pesquisa, é o telejornal, com o percentual de 14,6% (ANCINE, 2016).

era de 13,6%, verifica-se que, em apenas três anos, quase dobrou a participação de programas religiosos na televisão brasileira.

O objetivo deste artigo é examinar algumas das questões jurídicas relacionadas ao exercício da liberdade religiosa no serviço de radiodifusão. Especificamente: *há algum limite constitucional ou legal à prática do proselitismo religioso na TV e no rádio? É lícito que uma entidade religiosa seja titular ou controle de algum modo a concessão pública de radiodifusão ou, como tem sido mais comum, que uma igreja “adquira” espaço na grade de programação de uma emissora comercial para a difusão de cultos e outros programas religiosos?*

As questões, como se vê, são bastante espinhosas, sobretudo quando se tem em conta o enorme poder exercido pelos meios de comunicação. Segundo dados da última Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD (IBGE, 2015), 97,4% dos domicílios brasileiros são dotados de um aparelho televisor. É fácil constatar a relação entre o crescimento de algumas religiões e o acesso privilegiado que possuem às rádios e TVs do país. Segundo levantamento da agência *Pública* (2016), a bancada evangélica compõe a quinta maior bancada da Câmara dos Deputados, sendo integrada por 196 deputados.

Considerando, deste modo, o inegável poder exercido pelos meios de comunicação de massa na sociedade brasileira e o fato de que somente algumas poucas religiões têm acesso a esse instrumento⁴, pretendemos examinar, neste artigo, a especificidade do exercício do proselitismo religioso realizado pela radiodifusão, tendo em conta que o espectro de radiofrequência em que as concessionárias do serviço operam constitui-se como bem público de uso fisicamente limitado.

2. Dimensões constitucionais da liberdade de religião

Convém, de início, precisar o objeto da investigação. Não há, com efeito, uma única liberdade religiosa na Constituição de 1988,

⁴ Pois o acesso depende de uma concessão pública, nos termos do que dispõe o art. 223 da Constituição brasileira.

mas sim uma plêiade de posições jurídicas⁵ do indivíduo e das organizações religiosas em face do Estado e dos demais particulares. Essas posições jurídicas podem ser agrupadas basicamente em quatro⁶ dimensões distintas, a saber: a) liberdade de consciência religiosa ou liberdade de crença (art. 5º, inciso VI, primeira parte); b) liberdade de culto (art. 5º, inciso VI, *fine*); c) liberdade de associação religiosa (art. 5º, incisos XVII a XX); d) liberdade de comunicação das ideias religiosas (art. 5º, IX, c.c. o art. 220). A distinção não tem valor puramente acadêmico pois, como salienta Elival da Silva Ramos (1987, p. 199), os diferentes níveis em que se desenvolve a liberdade de religião se refletem em *distintos regimes jurídicos*.

A *liberdade de crença*, na formulação de José Afonso da Silva (2011, p. 249), compreende não apenas “a *liberdade de escolha* da religião, a *liberdade de aderir* a qualquer seita religiosa, e a *liberdade* (ou o *direito*) *de mudar de religião*, mas também (...) a *liberdade de não aderir a religião alguma*, assim como a *liberdade de descrença*, a *liberdade de ser ateu* e de exprimir o agnosticismo”. Trata-se, como se vê, de manifestação específica da liberdade de consciência⁷, reconhecida no mesmo inciso constitucional (inciso VI do art. 5º), e, em última instância, também do próprio princípio da autonomia da pessoa⁸.

A *liberdade de culto* consiste na faculdade, conferida a cada indivíduo, de exteriorização ritual de suas crenças, por intermédio de cerimônias, reuniões, práticas e obediência a hábitos. O culto pode ocorrer no âmbito privado ou em espaços abertos ao público, tais como igrejas, templos, ou mesmo ruas e praças. É interessante lembrar que, na época do Império, era permitida apenas a exteriorização dos

5 Do ponto de vista funcional, na esteira do que propôs Alexy (1997), podemos identificar na Constituição e em tratados internacionais de direitos humanos um sistema de posições jurídicas fundamentais composto por dois grandes grupos: direitos a ações negativas do Estado (os “direitos de resistência”) e direitos a ações positivas estatais, estas últimas de natureza fática ou normativa. São direitos de resistência (*Abwehrrechte*): a) os direitos ao não impedimento de ações; b) os direitos à não afetação de propriedades e situações; e c) os direitos à não eliminação de posições jurídicas. Os direitos a ações positivas do Estado, por sua vez, compreendem: a) os direitos a ações positivas de ordem material (os chamados “direitos a prestações em sentido estrito”); b) os direitos à organização e ao procedimento; e c) os “direitos de proteção”. “Direitos de proteção” são direitos a que o Estado realize ações fáticas ou normativas que tenham por objeto a delimitação da esfera jurídica de terceiros. Na Constituição, todas essas posições jurídicas assumem a natureza de princípios, isto é, “mandatos de otimização” que ordenam que “algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”. A definição desse “algo” deve levar em conta o resultado da lei de colisão entre os princípios em jogo, cujos contornos dependem, no caso concreto, da ponderação com outros princípios jurídicos.

6 José Afonso da Silva (2011, p. 249) omitiu a liberdade de comunicação das ideias religiosas; Elival da Silva Ramos (1987, p. 199) incluiu a liberdade de proselitismo, mas omitiu o direito coletivo à organização de igrejas.

7 Nesse sentido é a posição de Jean Rivero (1977, p. 148): “A la base de l'appartenance à une religion, il y a nécessairement un acte personnel d'adhésion au système du monde qu'elle propose, acte qui a d'autant plus de valeur et de signification qu'il est plus libre. Par cet aspect, la liberté religieuse est une forme de la liberté d'opinion, celle qu'on désigne plus spécialement sous le nom de liberté de conscience”.

8 Sobre o princípio da autonomia da pessoa, cf. Santiago Nino (1989, pp. 199-236).

cultos da religião católica apostólica romana. Os membros de outras religiões podiam tão somente dedicar-se ao “culto doméstico ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de templo” (art. 5º da Constituição de 1824).

A *liberdade de associação religiosa* refere-se à faculdade de criar igrejas, nelas permanecer ou delas se desligar. Não é lícito ao Estado restringir o conceito de igreja àquelas organizações religiosas tradicionalmente estabelecidas para limitar, por exemplo, a imunidade tributária prevista no art. 150, inciso VI, “b”, da Constituição⁹.

Por fim, a *liberdade de comunicação das ideias religiosas* diz respeito à transmissão de catequeses a terceiros, geralmente com o propósito de convertê-los à religião daquele que faz a pregação. É este o direito objeto da presente investigação, e dele trataremos logo adiante. Antes, porém, é necessário explicitar qual o papel constitucional do Estado nos assuntos da religião e apresentar as funções dos direitos fundamentais que estão em jogo na solução do problema proposto.

3. Tipologia das relações entre Estado e Igreja

De acordo com a doutrina constitucional¹⁰, há três sistemas que buscam explicar a relação entre Estado e Igreja: os *sistemas de fusão, união e separação*. No primeiro, há a confusão total entre religião e Estado, sendo este considerado propriamente uma manifestação do fenômeno religioso. É o que ocorre nos Estados islâmicos e também no Japão anterior à 2ª Guerra.

No sistema de união, menos radical que o primeiro, as relações jurídicas entre o Estado e as igrejas dizem respeito à organização e ao funcionamento das entidades religiosas. Neste sistema, pode ocorrer que o Estado reconheça oficialmente uma ou mais igrejas e passe a nomear os ministros do culto, ou a remunerá-los. Pode acontecer, também, que, dentre as religiões reconhecidas, o Poder Público defina uma delas como “religião de Estado”. É o que acontecia no período imperial de nossa história. A Constituição de 1824 declarava que “a religião católica apostólica romana continuará a ser a religião

9 Como observa Jacques Robert (1994, pp. 519-520): “Ni le petit nombre des adeptes – la religion reste certes un phénomène collectif, mais trois hommes rassemblés peuvent former une Eglise, et une secte, ici clairsemée, peut être ailleurs multitude -, ni la nouveauté – les hérésies et les réformes attestent la possibilité de confessions nouvelles, instantanément dressées -, ni l'excentricité – ne peuvent conduire à considérer les sectes autrement que comme des religions et les traiter différemment. Dès l'instant qu'elles reposent sur un ensemble de croyances proposant une explication du monde et de sa création, qu'elles se fondent sur des pratiques et des rites et qu'elles entretiennent un 'clergé' permanent, pourquoi les sectes ne se verraient-elles point reconnaître comme 'religions'”.

10 Cf. a respeito: Robert (1994, pp. 508-524); Rivero (1977, pp. 150-165); Silva (2011, pp. 250-253); e Ramos (1987, pp. 236-239).

do Império” (art. 5º), cabendo ao monarca, dentre outras atribuições, “nomear bispos e prover os benefícios eclesiásticos” (art. 102, II) e “conceder ou negar o beneplácito aos decretos dos concílios, letras apostólicas, e quaisquer outras Constituições eclesiásticas” (art. 102, XIV). Por ocasião de sua aclamação, deveriam o imperador e seus sucessores jurar “manter a religião católica apostólica romana” (arts. 103 e 106).

Antes mesmo da promulgação da primeira Constituição republicana, o governo provisório presidido por Deodoro havia abolido, por intermédio do Decreto 119-A, de 7 de janeiro de 1890, o sistema de união, instituindo, no lugar, a rigorosa separação entre Igreja e Estado. O constitucionalista João Barbalho, em seus comentários à Carta de 1891 (citado por RAMOS, 1987, pp. 222-223), assim explicou o princípio da neutralidade do Estado em relação às igrejas:

A fé e piedade religiosa, apanágio da consciência individual, escapa inteiramente à ingerência do Estado. Em nome de princípio algum pode a autoridade pública impor ou proibir crenças e práticas relativas a este objeto. Fora violentar a liberdade espiritual; e o protegê-la, bem como às outras liberdades, está na missão dele. (...)

E, - se ao Estado não toca fazer-se pontífice, sacerdote nem sacristão, e tampouco dominar a religião e constitui-la instrumento de governo, como não lhe cabe tornar-se doutor e mestre ou diretor da instrução e fazedor de programas de ensino, nem arvorar-se em empreiteiro e administrador de obras, etc., (...) e ainda sendo exato, na frase de E. de Laboulaye, que o Estado nada tem que ver com o fiel, com o crente, - mas só com o cidadão, - é fora de dúvida que, na sua tarefa de garantir o direito em todas as suas relações, do poder público é dever assegurar aos membros da comunhão política que ele preside, a livre prática do culto de cada um e impedir quaisquer embaraços que o dificultem ou impeçam, procedendo nisso de modo igual para com todas as crenças e confissões religiosas.

De acordo com o sistema da *separação*, portanto, o Estado assegura as liberdades religiosas, mas recusa-se a intervir no funcionamento das igrejas. Jacques Robert (1994, pp. 509-510) assinala, a propósito, que há duas modalidades distintas de separação: o regime de tolerância (pelo qual o Estado tem em conta o fato religioso e a existência de uma ou mais igrejas, mas não se imiscui no funcionamento delas) e o regime de desconhecimento deliberado e completo do fenômeno religioso. Elival da Silva Ramos (1987, pp. 237-238), por seu turno, observa que, no sistema de separação, o Estado pode adotar a posição de absoluta *neutralidade* (*regime de separação*

rígida), mas também pode valorar *negativamente* o fenômeno religioso (como ocorre nos Estados ateus, nos quais haveria o desestímulo à crença e às manifestações religiosas) ou ainda emitir um julgamento *positivo* sobre as religiões em geral, sem porém estabelecer nenhum tipo de discriminação em relação a uma seita específica. Trata-se, nesta última hipótese, do *regime da separação atenuada*, adotado, segundo o autor, pela Constituição de 1934 e por todas as outras que a sucederam¹¹.

Enfim, como concluiu Locke, em sua conhecida *Epistola de Tolerantia* (1689/1964, p. 12), “o poder do governo civil diz respeito tão-só aos interesses civis dos homens, limitando-se ao cuidado de quanto pertence a este mundo, nada tendo que ver como mundo a vir”¹². A conclusão ora apresentada não implica, por certo, no desconhecimento do fenômeno religioso pelo Estado. Como veremos nos itens seguintes, a conduta exigida dos poderes públicos em relação às liberdades religiosas não é puramente omissiva, cabendo a eles, também, o dever de proteção dos titulares do direito perante eventuais agressões praticadas por terceiros.

11 Convém indagar se não haveria uma indevida ingerência na esfera de autonomia do indivíduo caso o Estado fosse autorizado a emitir juízos de valor – positivos ou negativos – a respeito do fenômeno religioso. Nos parece que sim. Dissemos, mais acima, que o art. 5º, inciso VI, da Constituição da República assegura ao indivíduo não apenas a liberdade de escolha de uma ou outra religião, mas também a liberdade de não aderir a religião alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo. Pois bem. Ao nosso ver, a norma em questão buscou dar concreção ao princípio da autonomia, norma basilar de todo Estado democrático, segundo a qual, sendo valiosa a livre eleição de planos de vida e a adoção de ideais de excelência humana, o Estado e os demais indivíduos não devem interferir nessa eleição ou adoção, limitando-se a criar instituições que facilitem a persecução individual desses planos de vida e a satisfação dos ideais de virtude que cada um sustente, e impedindo a interferência mútua no curso de tal persecução (NINO, 1989, pp. 204-205). Em outras palavras, um Estado que se pretenda democrático não está autorizado a definir, ele próprio, o que é bom para seus cidadãos, ou o que melhor satisfaz seus interesses. Não pode, por isso, emitir juízos de valor sobre as crenças de cada um, desde que, obviamente, a manifestação dessas crenças não importe em prejuízos a terceiros. Sem dúvida, a maioria dos brasileiros professa alguma religião. O princípio majoritário, porém, encontra seu limite precisamente na proteção dos direitos das minorias. A propósito, a História registra episódios abomináveis de perseguição de grupos religiosos minoritários por Estados autoritários que professavam um ateísmo militante. Ora, se esses episódios repugnam nossa consciência, é porque entendemos que não é lícito ao soberano impor aos seus súditos uma visão de mundo qualquer, por mais “verdadeira” que ela aparente ser.

12 Ou, como disse João Barbalho (citado por RAMOS, 1987, p. 226): “Instituição de caráter temporal, secular, o Estado não tem na sua missão a catequese e a propaganda religiosa. Aberraria ele de seus fins, caso a tomasse a si. E, tomando-a, naturalmente, preferiria a de uma única religião. Ora, esta religião privilegiada seria ensinada à custa do produto dos impostos pagos pelos cidadãos em geral, incluídos os dissidentes dela, com dupla violência – de seu bolso e de sua consciência, à qual repugnária fazer despesas de um ensino contrário às suas crenças religiosas. E o Estado quebrantaria o princípio da igualdade se curasse do ensino exclusivo de uma religião; em homenagem a esse princípio deveria ensinar ou todas as religiões ou nenhuma delas. Num caso, aberração e despropósito, noutro, neutralidade e respeito a todas as crenças”.

4. Funções dos direitos fundamentais em jogo

De acordo com Canotilho (1998, pp. 373-376), os direitos fundamentais possuem quatro funções primordiais, a saber: prestação social, defesa, não discriminação e proteção perante terceiros. Nesta investigação, cuidaremos apenas das três últimas, pois a função de prestação social não incide sobre as liberdades religiosas aqui debatidas.

Para o constitucionalista português, os direitos fundamentais cumprem a *função de direitos de defesa (ou de liberdade)* sob uma dupla perspectiva: a) constituem, num plano jurídico objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; b) implicam, num plano jurídico subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos – liberdade negativa (CANOTILHO, 1998, p. 373). Assim, por exemplo, o art. 5º, inciso IV, assegura subjetivamente o direito de exprimir e divulgar livremente o pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio (liberdade positiva), mas também assegura que a liberdade de expressão seja feita sem impedimentos por parte dos poderes públicos (liberdade negativa). Além disso, a norma em questão proíbe a edição de qualquer ato normativo que importe em censura (norma de competência negativa).

A *função de não discriminação* busca assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como iguais. Esta função, anota Canotilho (1998, p. 375), alarga-se a todos os direitos, e seu fundamento é o princípio geral de igualdade, declarado no art. 5º, *caput*, de nosso texto constitucional.

A *função de proteção*, por fim, diz respeito ao dever do Estado de adotar medidas positivas destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais de atividades perturbadoras ou lesivas praticadas por terceiros. Diversamente do que ocorre na função de defesa, a conduta exigida do Estado, aqui, é comissiva. Como ressalta Alexy (1997, p. 436), o espectro dos direitos à proteção é muito amplo, alcançando, inclusive, os chamados “direitos de primeira geração”, como a vida, a liberdade, a privacidade e a propriedade. As ações estatais de proteção podem ter natureza *normativa* ou *fática*. Os direitos a ações positivas normativas são direitos a atos estatais de imposição de uma norma jurídica (ALEXY, 1997, p. 95). As normas penais que tutelam os bens jurídicos fundamentais e as normas de organização indispensáveis para a proteção desses bens (v.g., as normas de organização do Sistema Único de Saúde) são ações

positivas desta natureza. Há o direito a uma ação positiva fática, por exemplo, quando a Constituição obriga o Estado a assegurar a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva (CR, art. 5º, VII), a fim de garantir aos reclusos o pleno exercício das liberdades de crença e culto.

Retornaremos a esses conceitos logo adiante, quando examinarmos, concretamente, as possibilidades e os limites da intervenção estatal na liberdade de proselitismo religioso exercida nos meios de comunicação de massa. Antes, porém, vejamos o conteúdo específico dessa liberdade.

5. Liberdade de expressão e proselitismo religioso

Afirmamos, no item 3, que a liberdade de comunicação das ideias religiosas diz respeito à transmissão de catequeses a terceiros, geralmente com o objetivo de convertê-los à religião daquele que faz a pregação. A Constituição da República tutela especificamente essa liberdade? Haveria, em relação a ela, também o dever de proteção estatal, ou incidiria, apenas, a função de defesa, acima apresentada?

A Corte Europeia de Direitos Humanos – CEDH entendeu que a pregação está protegida pela cláusula que garante a todos a livre manifestação das ideias religiosas (art. 9º da Convenção Europeia de Direitos Humanos). No caso específico julgado¹³, um cidadão integrante da religião Testemunhas de Jeová fora condenado na Grécia pelo crime de proselitismo, previsto na legislação penal daquele país, porque tentara converter a esposa de um membro da igreja ortodoxa grega à sua própria religião. A Corte, por maioria de votos, decidiu que a condenação proferida pelo Estado grego violara o art. 9º da Convenção, pois “a liberdade de manifestar sua religião comporta, em princípio, o direito de tentar convencer seu próximo (por exemplo, por meio de ‘ensinamentos’), sem o qual a liberdade de mudar de religião ou convicção, consagrada pelo art. 9º, correria o risco de se tornar letra morta” (§ 31 do acórdão citado).

Elival da Silva Ramos (1987, p. 233) argumentou que a liberdade de proselitismo religioso e de ministrar ensinamentos religiosos “recebeu agasalho constitucional de modo indireto, ao se assegurar a liberdade de manifestação do pensamento”. No julgamento do RHC 134.682, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a liberdade de religião abrange o direito de “empreender o proselitismo”, ação que “constitui não apenas desdobramento da liberdade de expressão religiosa, mas figura como núcleo essencial desse direito, de modo

13 Trata-se do caso *Kokkinakis c. Grèce*, número 3/1992/348/421, julgado em 19.04.1993.

que negar sua prática configuraria excessiva restrição às liberdades constitucionais”¹⁴.

Os precedentes do STF e da Corte Europeia citados nos parecem apropriados para definir os contornos da liberdade de proselitismo religioso em nosso sistema constitucional. De fato, o direito está garantido *prima facie*¹⁵ pela norma que assegura a todos a livre manifestação do pensamento (CR, art. 5º, inciso IV) e também pela norma contida no art. 220 da Constituição¹⁶.

O direito ao proselitismo religioso assegura, em primeiro lugar, a proteção do indivíduo em face de ingerências indevidas do Estado (função de defesa, liberdade negativa). Isso significa que os poderes públicos não estão autorizados a cercear indevidamente esse direito. Significa, também, que a Constituição permite ao indivíduo e às igrejas fazerem, livremente, pregações e catequeses (função de defesa, liberdade positiva).

Em segundo lugar, parece-nos que o direito em exame impõe ao Estado o *dever de assegurar a todos, sem distinção, o exercício do proselitismo religioso (função de não discriminação)*, não sendo obviamente permitido aos poderes públicos autorizar a pregação religiosa de uma seita e proibir a catequese feita pelas demais.

Resta saber se haveria, também, um dever estatal de proteção desse direito fundamental, isto é, se seria exigível dos poderes públicos a adoção de medidas positivas destinadas a proteger o exercício do proselitismo religioso contra atividades perturbadoras ou lesivas praticadas por terceiros. A doutrina constitucional liberal refere-se tão somente ao dever de omissão dos poderes públicos, em relação às liberdades religiosas. Não obstante, a mera leitura dos dispositivos constitucionais é suficiente para concluirmos que o Estado também tem obrigações positivas nessa matéria. O art. 5º, inciso VI, por exemplo, ordena que o legislador infraconstitucional proteja os locais de culto e suas liturgias; o inciso seguinte determina a prestação de assistência religiosa nos estabelecimentos de internação coletiva. No direito infraconstitucional, há normas penais específicas, tutelando as liberdades de crença e culto (art. 208 do Código Penal; art. 3º, “d” e “e”, da Lei nº 4.898/65; art. 20 da Lei nº 7.716/89).

14 STF, RHC 134682/BA, Rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma, julgado em 29.11.2016, informativo n. 849. O direito ao proselitismo religioso também foi reconhecido pelo STF no julgamento da Medida Cautelar na ADPF 431, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 14.12.2016, DJe Divulg. 16.12.2016, Public. 19.12.2016.

15 Para a compreensão fundamental do conceito de direito *prima facie*, cf. Robert Alexy (1997, pp. 81-170).

16 *In verbis*: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

Pensamos, portanto, que há o dever de proteção do Estado em relação à liberdade de proselitismo religioso. É essencial, porém, fixar os contornos desse dever, uma vez que poderá ele colidir com a natureza laica da República brasileira, princípio constitucional estabelecido no art. 19, inciso I, da Constituição¹⁷. O princípio consagra, a nosso ver, autêntico bem jurídico comunitário¹⁸, conquistado após quase quatro séculos de confusão entre os interesses religiosos e os negócios estatais.

Da ponderação entre o dever estatal de proteger o proselitismo religioso e o princípio da laicidade da República brasileira, podemos, desde logo, indicar *duas regras de colisão*: a) *o Estado brasileiro não pode subvencionar, ainda que de forma indireta, nenhuma organização religiosa que pretenda divulgar suas catequeses*; e b) *também não está ele autorizado a manter com as igrejas relações de dependência ou aliança que tenham por objeto a comunicação de ideias religiosas*. Essas duas regras estão contidas no art. 19, inciso I, da Constituição, já citado.

De que forma, então, poderiam os poderes públicos tutelar a liberdade de proselitismo religioso? Precipualemente por intermédio de *atos normativos ou fáticos que assegurem a livre e plural manifestação das ideias (religiosas ou não)* e que, eventualmente, sancionem aqueles que obstam a livre comunicação do pensamento.

Isto posto, podemos então, finalmente, analisar o problema que motivou a redação deste artigo.

6. Proselitismo religioso nos meios de comunicação de massa

6.1. Regime jurídico do direito à comunicação por meio da radiodifusão

As posições jurídicas relacionadas ao direito à comunicação em geral podem ser identificadas a partir da interpretação dos seguintes artigos constitucionais: arts. 1º (incisos III e V); 5º (incisos IV, V, VI, IX, XIV, XXXIII e LX); 21 (incisos XI, XII, “a”, e XVI); 215; e 220 a 224. Do ponto de vista topológico, os incisos do art. 5º contemplam as liberdades clássicas associadas à comunicação. Já nos arts. 220 a

17 *In verbis*: “É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”.

18 Sobre o conceito de “bem jurídico comunitário”, cf. Canotilho (1998, pp. 1138-1139).

224, a comunicação social é tratada como *subsistema jurídico*¹⁹, cujo regime depende do *meio* e da *natureza* da manifestação (se impresso ou por radiodifusão, se a mensagem é jornalística, comercial ou artística etc.).

Como veremos de forma mais detalhada adiante, a radiodifusão possui, na Constituição, regime jurídico próprio, inclusive no que se refere ao exercício das liberdades comunicativas negativas. Justifica-se o regime jurídico diferenciado porque o espectro de radiofrequência é um bem público de uso bastante restrito: duas emissões não podem ocupar o mesmo canal, e a faixa de frequência aproveitável não comporta a utilização simultânea por todos os interessados. Além disso, o alcance das mensagens emitidas pelas ondas hertzianas é incomensuravelmente maior do que o produzido por outras formas de mídia. Daí a necessidade de atuação do Estado no sentido de organizar o espaço, definindo quem poderá utilizar o espectro, como os canais serão distribuídos entre os interessados e como será feita a compatibilização entre as liberdades comunicativas e outros direitos fundamentais, na perspectiva de um Estado Democrático de Direito.

Inobstante o escasso tratamento do assunto pelo STF, ao examinar as normas constitucionais referentes à comunicação social, verificamos que a maioria das posições jurídicas relacionadas à radiodifusão tem a estrutura de *direitos à organização*²⁰. Isso significa que, *na radiodifusão, a realização do direito fundamental à comunicação depende, primordialmente, da organização do uso do espectro público de radiofrequência pelo poder concedente*. Tal organização compreende, dentre outros elementos: a) a definição de que a radiodifusão é um *serviço público*, cuja exploração pode ser feita diretamente ou mediante outorga a particulares (art. 21, XII, “a”); b) o dever estatal de *regular e fiscalizar o cumprimento dos princípios constitucionais declarados no art. 221 da Constituição*. Vale notar que os incisos II e III do artigo referem-se expressamente à obrigação de se garantir o *pluralismo* na radiodifusão, na perspectiva da promoção de uma cultura regional e do estímulo à produção independente; e c) o dever estatal de impedir o monopólio do poder de fala nos meios de comunicação (art. 220, § 5º). Na comunicação social, os efeitos deletérios da concentração de poder se espalham de forma a comprometer a própria liberdade de imprensa e o pluralismo de ideias, uma vez que não há mecanismos aptos a proteger a independência editorial e dos profissionais de mídia,

19 Sobre a comunicação social entendida como subsistema jurídico inserido na Constituição, cf. Bitelli (2004).

20 Os direitos à organização e ao procedimento têm por objeto o estabelecimento das normas procedimentais necessárias à realização e proteção de um direito fundamental. Dirigem-se especialmente aos “direitos a que exista algo para cuja criação são necessárias ações positivas” (ALEXY, 1997, p. 462). Desenvolvemos mais amplamente tais ideias em artigo próprio (SUIAMA, 2009, pp. 233-259).

a liberdade de crítica e a própria liberdade de receber informações a partir de múltiplas fontes²¹.

Os deveres estatais acima indicados consubstanciam o que a teoria constitucional alemã chama de “garantias de organização” (*Einrichtungsgarantie*) sobretudo em seu *status positivo*, isto é, o direito a instituições que sustentem e promovam o exercício dos direitos fundamentais²². No julgado BVerfGE 57, 295 (conhecido como *Saarländisches Rundfunkgesetz*), o Tribunal Constitucional Federal alemão especificamente observou que a liberdade de radiodifusão tem, como os direitos de liberdade clássicos, um significado de resistência à intervenção estatal. Todavia, a simples liberdade em face do Estado não garante, por si só, a formação livre da opinião pública através da radiodifusão. “Muito mais necessária é uma ordem positiva que garanta que a diversidade das opiniões existentes seja expressa na radiodifusão da forma mais ampla e completa possível, oferecendo-se, desse modo, informação abrangente”, registra o julgado (SCHWABE; MARTINS, 2005, p. 478). Além disso – prosseguem os juízes da Corte Constitucional alemã:

Devem ser consideradas, justamente em um *Medium* da importância da radiodifusão, as possibilidades de uma concentração de poder sobre a opinião pública e do risco do abuso implícito no propósito da manipulação da opinião pública. Em uma tal situação não se atenderia ao mandamento constitucional de garantia da liberdade de radiodifusão, se apenas as intervenções estatais fossem excluídas e a radiodifusão fosse entregue ao jogo livre das forças [sociais, econômicas], ainda mais porque os desenvolvimentos equivocados já iniciados podem ser – se é que possível – corrigidos apenas em parte e somente com dificuldades consideráveis (SCHWABE; MARTINS, 2005, p. 480).

Assim, conclui a decisão, “é da responsabilidade do legislador (...) enfrentar o perigo (...) dos titulares de opinião que detenham o uso de frequências de emissão e meios financeiros dominarem a formação da opinião pública” (SCHWABE; MARTINS, 2005, p. 480).

6.2. Proselitismo religioso na radiodifusão

Analisando-se mais de perto o modo como se dá atualmente a ocupação do espectro de radiodifusão de sons e imagens por entidades religiosas, verifica-se basicamente a ocorrência de *três situações*

21 A propósito do tema, veja-se Araújo (2014).

22 Sobre direito à organização e teoria do *status*, cf. Alexy (1997, pp. 461 e ss.) e Dimoulis e Martins (2007, pp. 74-76).

distintas, a saber: a) a concessionária do serviço dedica, gratuitamente, um pequeno período em sua grade de programação para a veiculação de culto ou outro conteúdo de religião específica. É o que ocorre na veiculação de programação religiosa pela TV Globo, Cultura e TV Brasil, as duas últimas financiadas com recursos estatais²³; b) em uma segunda situação, cada vez mais frequente, a entidade religiosa “compra” uma faixa horária na grade da programação da radiodifusora comercial, mediante remuneração. É a situação da programação religiosa veiculada nas emissoras CNT, Rede TV, Bandeirantes e Gazeta²⁴; e, por fim, c) a concessionária é *controlada* de fato ou de direito por representantes vinculados a uma religião específica, como ocorre com a TV Record²⁵. Especialmente nas duas últimas situações, o que ocorre em termos práticos é que a entidade religiosa “adquire” o acesso ao espaço público da radiodifusão (fisicamente limitado, como já visto) para, nele, comunicar suas ideias religiosas e obter mais adesões à sua igreja.

Tendo em conta as normas constitucionais aplicáveis à comunicação social, quais seriam as obrigações estatais diante dessa situação?

Um primeiro ponto a ser considerado é que, como visto no tópico anterior, é um imperativo do Estado de Direito e do regime democrático que o poder dos meios de comunicação de massa seja dividido e não seja absorvido pelo poder político governamental de conjuntura, *nem por qualquer forma de poder social, seja ele econômico ou religioso*²⁶. Deste modo, *é um dever constitucional do Estado zelar para que os meios de comunicação de massa não sejam objeto de monopólio ou oligopólio de qualquer espécie*, garantindo, na maior medida possível, o pluralismo de ideias, fundamento maior da República brasileira (art. 1º, inciso V, da Constituição).

Além disso, como vimos, uma das funções primordiais dos direitos fundamentais é a função de não discriminação, pela qual é dever do Estado assegurar que todos os seus cidadãos sejam tratados como fundamentalmente iguais no gozo dos direitos e garantias declarados na Constituição. Em espaços públicos que se constituem como bens de uso comum do povo, como por exemplo praças, ruas ou parques, é fácil garantir a não discriminação no exercício do proselitismo, bastando ao Estado, para tanto, garantir que qualquer

23 Segundo a pesquisa “Informe de Acompanhamento de Mercado – TV Aberta”, já citada, a participação de programação religiosa na grade destas três emissoras era, em 2015, de: Globo, 0,6%; TV Brasil, 1,7%; TV Cultura, 0,7% (ANCINE, 2016).

24 Os percentuais são os seguintes: Band: 16,4%; CNT, 89,8%; Rede TV, 43,4%; TV Gazeta, 15,8% (ANCINE, 2016).

25 Onde o percentual de programação religiosa é de 21,7% (ANCINE, 2016).

26 No mesmo sentido, cf. Miranda (1993, p. 400).

religião tenha igual direito de transitoriamente ocupar o bem público para divulgar suas ideias. O que fazer, contudo, nos espaços públicos de *acesso restrito*, como é o caso do espectro de radiofrequência? Especificamente: é juridicamente válido que o poder econômico ou político de uma igreja seja o critério de acesso a um bem público de uso restrito, como é o espectro de radiofrequência? Lembrando que o acesso a este espaço privilegiado assegura ao emissor da mensagem uma audiência regional ou nacional potencial de dezenas de milhões de telespectadores. Haveria, nestas condições, algum dever estatal de garantir uma “igualdade de oportunidades comunicativas” (*kommunikative Chancengleichheit*) entre as várias crenças e não crenças? Ou seja, está o Poder Público obrigado a corrigir a desigualdade *de fato* no exercício da liberdade de proselitismo religioso no serviço de radiodifusão, por exemplo, limitando o tempo ou o meio utilizado para a pregação religiosa?

Como já dito, a própria Constituição estabelece duas importantes regras de colisão em seu artigo 19, inciso I, a saber: a) *o Estado brasileiro não pode subvencionar, ainda que de forma indireta, nenhuma organização religiosa que pretenda divulgar suas catequeses;* b) *também não está ele autorizado a manter com as igrejas relações de dependência ou aliança que tenham por objeto a comunicação de ideias religiosas.* Tendo em conta essas duas regras, de que forma o Estado, como poder concedente, poderia, garantir igualdade no acesso aos meios de comunicação de massa? Afiguram-se três possibilidades, analisadas a seguir.

A primeira delas seria o Estado brasileiro assegurar, a *todas* as igrejas que manifestarem interesse, o pleno acesso à radiodifusão, por meio da concessão de canais ou, ao menos, do espaço disponível nas redes públicas de rádio e TV. A medida, contudo, apresenta inúmeras dificuldades para ser executada. Com efeito, seria possível que *todas* as organizações religiosas existentes no Brasil – mesmo as menores seitas – tivessem acesso aos canais de rádio e TV? Como distribuir o tempo de acesso entre elas e, principalmente, como assegurar o cumprimento das outras finalidades da radiodifusão previstas no art. 221 da Constituição, considerando, sobretudo, as naturais limitações de tempo e espaço no uso da radiofrequência? E se alguma organização não possuísse os recursos materiais necessários à gravação e à transmissão dos programas? Poderia o Estado financiá-los?

A segunda possibilidade seria vedar, por completo, a pregação religiosa nos canais de rádio e televisão do país. Inequivocamente a medida asseguraria a igualdade entre as múltiplas igrejas e seitas, na medida em que eliminaria o fator que privilegia as organizações

religiosas dotadas de poder político e recursos econômicos para acessar a radiodifusão. Poder-se-ia, é claro, argumentar que a proibição em questão feriria o núcleo essencial do proselitismo religioso, ou seja, que a restrição aventada importaria na aniquilação do próprio direito de comunicação das ideias religiosas. Não parece que assim seja, pois existem inúmeras outras formas de divulgação das ideias religiosas, sobretudo em tempos de internet, e por certo nenhuma igreja possui o direito público subjetivo de comunicar suas doutrinas especificamente por meio do serviço de radiodifusão.

A completa vedação do proselitismo religioso nos canais de rádio e TV, todavia, parece contrariar dois outros critérios que devem ser levados em conta quando se trata de estabelecer restrições a direitos fundamentais, a saber: a *necessidade da limitação* e a *proporcionalidade em sentido estrito*. O requisito da necessidade ou exigibilidade refere-se à inexistência de meios menos gravosos para a consecução dos fins buscados; o requisito da proporcionalidade em sentido estrito exige a ponderação entre os benefícios alcançados com a norma restritiva e o ônus imposto ao titular do direito.

Examinemos melhor esses dois critérios à luz da Constituição e, especialmente, de seu artigo 221. O artigo em questão estabelece, como é sabido, os princípios (i.e. os mandados de otimização, na linguagem da teoria geral dos direitos fundamentais, aqui adotada) aplicáveis à produção e programação das emissoras de rádio e TV. Tendo em conta tais princípios e o que já foi dito a respeito da liberdade de comunicação das ideias religiosas, podemos afirmar que os objetivos lícitamente buscados com a intervenção estatal são de duas ordens: em primeiro lugar, garantir, na radiodifusão, a preferência às finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas (inciso I do art. 221). E, em segundo lugar, assegurar condições igualitárias mínimas no exercício do direito ao proselitismo religioso, promovendo o pluralismo de ideias e impedindo o monopólio do poder de fala por parte de quem quer que seja.

Dessa forma, se por um lado não parece necessário, nem proporcional, proibir, *por completo*, o proselitismo nas rádios e TV, por outro, não há impedimento algum ao estabelecimento de limites à pregação religiosa na radiodifusão.

No Brasil, o art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.612/98 proíbe expressamente a prática do proselitismo “de qualquer natureza na programação das emissoras de radiodifusão comunitária”, sendo certo que o dispositivo é compatível com a Constituição, como o considerou o pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da

Medida Cautelar na ADI 2566/DF²⁷. Outra limitação legal igualmente compatível com a Constituição e que será tratada no tópico seguinte, é a proibição de comercialização do espaço da radiodifusão em benefício de igrejas para além do limite de 25% do tempo total da programação da emissora.

No plano internacional, a jurisprudência da CEDH sustenta que *a imposição de limites legais ao proselitismo religioso nos meios de comunicação de massa não viola a liberdade de expressão nem a liberdade de religião*.

No caso *United Christian Broadcasters Ltd. v. Reino Unido*²⁸, a Corte tratou da vedação imposta pelo Reino Unido ao controle de determinados tipos de outorgas de radiodifusão por instituições religiosas²⁹. A empresa requerente, prestadora de serviços de radiodifusão religiosa no Reino Unido e na Irlanda, alegou que a proibição legal ao controle de determinadas licenças de radiodifusão por entidades religiosas violava a liberdade de expressão, a liberdade de religião e a proibição de discriminação, previstas nos artigos

27 STF, ADI 2566/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 22.05.2002, Dje de 27.02.2004. Como salientou o relator do acórdão em seu voto, a proibição do proselitismo na radiodifusão comunitária deve ser compreendida no contexto da lei em que se insere. A nosso ver, na interpretação do dispositivo impugnado na ADI, deve-se ter em conta que a Lei 9.612/98 garantiu apenas *um único e específico* canal na faixa de frequência do serviço de radiodifusão sonora em frequência modulada para o atendimento de uma determinada comunidade (arts. 1º, 5º e 9º da Lei). Nos termos dos §§ 4º e 5º do art. 9º deste diploma legal, “havendo mais de uma entidade habilitada para a prestação do serviço, o Poder Concedente promoverá o entendimento entre elas, objetivando que se associem”. Não alcançando êxito na iniciativa, “o Poder Concedente procederá à escolha da entidade levando em consideração o critério da representatividade, evidenciada por meio de manifestações de apoio encaminhadas por membros da comunidade a ser atendida e/ou por associações que a representem”. Ora, como apenas um canal poderá ser autorizado para uma determinada comunidade, parece-nos evidente que ele não poderá ser apropriado por nenhum grupo em especial, havendo, ao contrário, “dar oportunidade à difusão de ideias, elementos da cultura, tradições e hábitos sociais da comunidade” como um todo (art. 3º, inciso I, da Lei) e “permitir a capacitação dos cidadãos no exercício do direito à expressão da forma mais acessível possível” (inciso V do mesmo artigo), vedada qualquer “discriminação de raça, religião, sexo, preferências sexuais, convicções político-ideológico-partidárias e condição social nas relações comunitárias” (inciso IV do art. 4º da Lei). Em outras palavras, a proibição do proselitismo religioso na radiodifusão comunitária está plenamente justificada pela finalidade (comunitária) do canal e pela restrição da autorização a uma única faixa de frequência e a uma única associação ou entidade em uma determinada área. Além disso, considerando a realidade concreta do setor, face à presença da comunicação religiosa nos demais tipos de outorgas de radiodifusão e à liberdade da pregação em outros meios de comunicação e espaços públicos, a proibição ao proselitismo de qualquer natureza no sistema comunitário constitui medida proporcional e adequada para promover um maior pluralismo e equilíbrio na comunicação realizada pelos meios de radiodifusão.

28 CEDH, caso *United Christian Broadcasters Ltd. v. Reino Unido*, número 44802/98, julgado em 07.11.2000.

29 Trata-se de uma vedação mais ampla da que ocorre no Brasil, pois atinge um número maior de tipos de outorga, com maior alcance territorial. Enquanto, no Brasil, a limitação alcança apenas a radiodifusão local (comunitária), no Reino Unido, a vedação atinge outorgas de alcance nacional e regional, permitindo, por outro lado, em casos excepcionais, a outorga de serviços locais de radiodifusão a instituições religiosas. Para a descrição da restrição britânica ao controle de licenças de radiodifusão por entidades religiosas, veja-se a Seção 348 das Notas Explicativas ao *Communications Act 2003* (DTI; DCMS, 2003, pp. 114-115).

10, 9 e 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Em suas observações, o governo britânico sustentou

que o objetivo da restrição à detenção de uma licença nacional por um grupo religioso é promover a utilização eficiente dos recursos escassos, a fim de salvaguardar o pluralismo nos meios de comunicação, satisfazer uma variedade de gostos e interesses e evitar a discriminação entre as muitas religiões diferentes praticadas no Reino Unido.

Desse modo, considerando: (i) a jurisprudência da Corte atinente ao artigo 9º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, segundo a qual, “em sociedades democráticas, em que várias religiões coexistem (...), pode ser necessário impor restrições à liberdade de manifestação de religião ou de crença a fim de conciliar os interesses dos vários grupos e garantir que as crenças de todos sejam respeitadas”; (ii) que os Estados têm uma margem de discricionariedade para determinar os critérios de alocação do espectro de radiofrequências, em razão da natureza limitada deste recurso; (iii) que a restrição em questão é determinada por lei, não sendo nem arbitrária (pois atinge a todas instituições religiosas) nem absoluta (pois permite a obtenção de outros tipos de licenças de radiodifusão por essas organizações); e (iv) a alegação do governo britânico de que “em um país como o Reino Unido, que abriga uma ampla diversidade de crenças religiosas e crenças políticas, a regra é necessária para garantir que nenhum ponto de vista possa se tornar dominante em detrimento de outros”; a Corte julgou que a restrição à liberdade de expressão em causa, “cujo objetivo é evitar a discriminação, não pode ser considerada arbitrária ou não abrangida pela margem de apreciação do Estado”³⁰.

No caso *Murphy v. Irlanda*³¹, a CEDH tratou da contratação de emissora de rádio local, por um pastor cristão, para a transmissão de comercial divulgando a exibição de um vídeo religioso pelo

30 Vale dizer que a legislação britânica impõe uma série de restrições aos programas religiosos: (i) impede a veiculação de qualquer tratamento abusivo de outras visões e crenças religiosas; (ii) veda a transmissão em horários em que número significativo de crianças podem estar ouvindo ou assistindo quando os programas contiverem alegações de que uma pessoa ou grupo tenha poderes ou habilidades especiais; (iii) proíbe a busca direta de novos fiéis, quando veiculados pela televisão (exceto no caso de serviços especiais de televisão dedicados à religião); quando veiculados pelo rádio, os programas religiosos podem buscar novos fiéis; (iv) proíbe a promoção de crenças e visões religiosas de forma dissimulada; (v) determina que a identidade da religião deve ser clara para o público quando uma religião for objeto ou um dos objetos do programa religioso; e (vi) proíbe a exploração imprópria de quaisquer suscetibilidades da audiência, impondo restrições a pedidos de contribuições feitos ao longo da programação para financiar instituições de caridade ou as próprias instituições responsáveis pelo serviço de radiodifusão. Restrições como essas – especialmente a vedação à exploração das suscetibilidades da audiência e a regulamentação dos pedidos de contribuição feitos por emissoras de rádio e TV – podem contribuir para evitar que a fé dos telespectadores seja explorada de forma abusiva e indevida pelos canais de radiodifusão como forma de ampliação do poder econômico, social e político das instituições religiosas. As restrições ora descritas são previstas pelas Seções 319 (2) e 319 (6) do *Communications Act 2003* e pela Seções 4.1 a 4.7, 9.33, 9.34, 9.36 a 9.39, 10.11 e 10.12 do *The Ofcom Broadcasting Code*, do Reino Unido.

31 CEDH, caso *Murphy v. Irlanda*, número 44179/98, julgado em 10.07.2003.

Centro de Fé Irlandesa de Dublin (*Irish Faith Centre*) cujo conteúdo era composto de “fatos históricos sobre Cristo” e “evidência da ressurreição”. O órgão regulador irlandês determinou a interrupção da divulgação do comercial, com base em preceito da legislação nacional dispondo que “nenhum comercial dirigido a qualquer fim religioso ou político ou que tenha relação com qualquer disputa industrial deverá ser transmitido pelos meios de radiodifusão”. Após perder a disputa judicial interna, o pastor recorreu à CEDH, sustentando que a proibição à transmissão de seu comercial viola a liberdade de religião e a liberdade de expressão (arts. 9º e 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos).

A Corte decidiu que a proibição em causa não viola a liberdade de expressão, pois é prevista por lei e visa ao atendimento dos fins legítimos de preservação da ordem pública, segurança e proteção dos direitos e liberdades dos outros. A Corte entendeu que a proibição justifica-se em uma sociedade democrática pois (i) leva em consideração a sensibilidade da questão religiosa na sociedade irlandesa; (ii) não é absoluta, já que a legislação irlandesa permite a transmissão por radiodifusão de outras expressões religiosas, como programas voltados a essa temática; (iii) a publicidade comercial, além de ser parcial, tende a desequilibrar o uso da radiodifusão em favor de grupos religiosos com mais recursos, pelo fato de constituir programação comprada; logo, na visão da Corte, mesmo uma liberdade parcial de transmissão de propagandas religiosas tenderia a beneficiar a religião dominante; e (iv) os Estados possuem uma margem de discricionariedade para regulamentar a transmissão de propagandas religiosas por canais de radiodifusão.

No caso *Glas Nadezhda EOOD e Anatoliy Elenkov v. Bulgária*³², a Corte Europeia tratou de uma empresa voltada à radiodifusão de programação cristã que teve sua licença negada pelo governo búlgaro, sob a justificativa de que a companhia falhou no atendimento dos requisitos legais. Na opinião dos requerentes, a recusa não foi devidamente motivada, razão pela qual inferiram que a programação religiosa fora considerada inaceitável em si mesma, o que constituiria uma violação da liberdade de expressão e da liberdade de religião. A Corte entendeu que os critérios exigidos pelo órgão regulador não eram suficientemente claros e que a deliberação não foi devidamente motivada, pública e transparente, razão pela qual concluiu que a recusa da licença de radiodifusão pelo governo búlgaro violou a liberdade de expressão dos requerentes (art. 10º da Convenção).

32 CEDH, caso *Glas Nadezhda EOOD e Anatoliy Elenkov v. Bulgária*, número 14134/02, julgado em 11.10.2007.

Na linha do que se afirmou acima, os casos *United Christian Broadcasters* e *Murphy* demonstram que o estabelecimento de limites ao proselitismo religioso nos meios de comunicação de massa é compatível com regimes democráticos e com os direitos humanos, em especial, com a liberdade de expressão e a liberdade de religião. Tais limites devem se voltar a fins legítimos, como a garantia de condições igualitárias mínimas no exercício do direito ao proselitismo religioso, a promoção do pluralismo de ideias – impedindo a concentração do poder de fala por determinadas religiões e o predomínio da programação religiosa em detrimento dos demais tipos de programação – e a proteção contra a exploração abusiva da fé dos telespectadores e das suscetibilidades da audiência pelos canais de radiodifusão como forma de ampliação do poder econômico, social e político das instituições religiosas. O caso *Glas Nadezhda*, por outro lado, demonstra que as instituições que desejam comunicar ideias religiosas por meio da radiodifusão não podem ser limitadas sem base legal e sem procedimento administrativo transparente e devidamente motivado.

7. Limites à comercialização do tempo de programação

Como já referido, no Brasil, boa parte da programação religiosa é inserida nas emissoras de rádio e televisão mediante a comercialização de tempo de programação. Essa prática consiste na relação contratual em que empresas de radiodifusão assumem a obrigação de veicular conteúdos determinados por terceiros em troca do pagamento de um certo valor.

Além de se submeter às normas constitucionais e infraconstitucionais que regulamentam os serviços públicos, a comercialização de tempo de programação está sujeita a um limite temporal previsto pelo artigo 124 da Lei nº 4.117/1962 e pelo artigo 28, § 12, “d”, do Decreto nº 52.795/1963. Segundo esses artigos, o espaço destinado à publicidade comercial não pode exceder 25% do tempo total de programação.

Ocorre que esse limite é frequentemente violado, gerando, como consequência, um forte aumento da programação religiosa

nas emissoras do país³³. Esta violação ocorre pois, na realidade cotidiana do setor de radiodifusão, há uma controvérsia jurídica em torno da licitude da comercialização do tempo de programação acima do limite legal. De um lado, instituições da sociedade civil, membros da academia e representantes do Ministério Público Federal apontam a inconstitucionalidade e a ilegalidade dessa prática³⁴. De outro, boa parte das empresas de radiodifusão atuam como se não houvesse nenhuma restrição, e o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC), órgão responsável pela outorga e fiscalização do serviço, afirma que a matéria não foi regulamentada pela legislação, razão pela qual a existência desses contratos seria irrelevante para o poder concedente³⁵.

Em razão dessa controvérsia, analisaremos a seguir, com maior detalhamento, a prática da comercialização do tempo de programação, de forma a determinar seus contornos constitucionais e legais e resolver as dúvidas em torno de sua licitude³⁶.

33 Dados de 2014 (INTERVOZES – COLETIVO BRASIL DE COMUNICAÇÃO SOCIAL, 2014; MENDONÇA, 2014) apontam que, sem levar em consideração os intervalos comerciais da programação ordinária, as seguintes quantidades de programação negociadas pelas emissoras: (i) Bandeirantes – 32 horas por semana, equivalente a 19,04% da programação, (ii) Record – 35 horas por semana, equivalente a 20,83% da programação, (iii) TV Gazeta – 38 horas e 30 minutos por semana, equivalente a 22,91% da programação, (iv) Rede TV – 83 horas e 50 minutos por semana, equivalente a 49,90% da programação, (v) Rede 21 e CNT – 154 horas da programação por semana cada uma, equivalente a 91,66% da programação.

Os principais contratantes são as organizações religiosas e empresas que anunciam produtos, serviços e mensagens institucionais. Segundo Ricardo Mendonça (2014), as igrejas contratam a seguinte quantidade de programação de televisão por semana: (i) a Igreja Universal do Reino de Deus – 364 horas; (ii) a Igreja Internacional da Graça de Deus – 49 horas; (iii) a Igreja Mundial do Poder de Deus – 2 horas e 30 minutos; e (iv) a Assembleia de Deus Vitória em Cristo – 2 horas.

As poucas informações publicamente disponíveis dão conta de que essas operações envolvem altas cifras e proporcionam rendas consideráveis aos detentores das outorgas. A título de exemplo, Keila Jimenez (2014) relata que a Igreja Universal do Reino de Deus paga cerca de R\$ 5 milhões por mês pela contratação de 22 horas diárias da CNT, e R\$ 7 milhões por mês pela contratação de 22 horas diárias do Canal 21.

34 Nesse sentido, veja-se COMPARATO, 2009; LIMA, 2011; INTERVOZES – COLETIVO BRASIL DE COMUNICAÇÃO SOCIAL, 2014; HAJE, 2011; CIMINO, 2014.

35 Disse o Ministério das Comunicações (2012, pp. 2-3), antecessor do MCTIC: “No que se refere à questão de arrendamento do espaço da grade horária de programação de uma emissora de radiodifusão para outra empresa comercial, esclareça-se que a matéria não está capitulada no Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/1962) tampouco no Regulamento de Serviços de Radiodifusão (Decreto nº 52.795/1963) o que dificulta a ação desta Pasta Ministerial na instauração de processo administrativo investigativo, por falta de previsão legal/regulamentar. [...] I) a legislação dos serviços de radiodifusão é omissa quanto ao contrato de arrendamento; II) o contrato de arrendamento é irrelevante para o Poder Concedente, uma vez que a responsabilização será sempre do outorgado. Quando se configurar transferência de outorga há a previsão legal”.

36 Para essa análise, valemo-nos de parcela dos argumentos alinhados em ARAÚJO, 2015.

7.1. O limite de 25% determinado pela legislação do setor de radiodifusão

Ao reconhecer determinadas atividades econômicas como serviços públicos, o Estado as retira do domínio econômico privado, assumindo-as sob sua titularidade, e atribui-lhes uma disciplina jurídica peculiar, nos termos do que prevê o artigo 175 da Constituição (MELLO, 2011, pp. 678-679).

O setor privado pode assumir a prestação de serviços públicos mediante concessão e permissão. Não obstante, quando isso ocorre, os serviços não poderão ser prestados sob a lógica privada da livre busca pela maximização dos resultados. Não há, nos serviços públicos, a livre concorrência e a livre iniciativa que caracterizam as atividades econômicas em sentido estrito³⁷. Neles, a autonomia privada será sempre limitada pela regulamentação constitucional e infraconstitucional voltadas a garantir o atendimento do interesse público. Tudo de modo a atender a norma da supremacia do interesse público sobre o interesse particular³⁸.

Uma das formas de regulamentação é a que disciplina a remuneração dos concessionários e permissionários.

Nos serviços em que o particular remunera-se mediante cobrança direta dos usuários, a lei deve dispor sobre a política tarifária³⁹, e as tarifas devem ser módicas⁴⁰, pois, como observa Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 743), “o serviço público, por definição, corresponde à satisfação de uma necessidade ou conveniência básica dos membros da sociedade”. Fixadas pelo preço da proposta vencedora da licitação, as tarifas só poderão ser revisadas

37 Nesse sentido, veja-se MELLO, 2011, p. 684; MEDAUAR, 2003, p. 125; ARAÚJO, 2014, pp. 112-113. Na jurisprudência: (i) STF, ADPF 46, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Eros Grau, julgamento em 05.08.2009, DJe-035 Divulg 25.02.2010, Public 26.02.2010; e (ii) STF, ADI 845, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 22.11.2007, DJe-041 Divulg 06.03.2008, Public 07.03.2008.

38 Jean Rivero (1990, p. 584) e Jean Waline (2010, p. 379) ressaltam que o problema fundamental do instituto da concessão de serviços públicos é conciliar o interesse geral que rege os serviços públicos com o interesse pessoal do particular que assume os serviços. Os autores destacam que a questão é encaminhada mediante a sujeição do concessionário à estrita autoridade do poder concedente, e a garantia ao particular dos benefícios que ele pode legitimamente pretender. Lê-se em Jean Rivero (1990, p. 584, grifos e itálicos do autor): “Problèmes fondamentaux. – Le régime de la concession classique résulte de la conciliation entre les deux données fondamentales, et apparemment antithétiques, du système: d’une part, un service public, soumis aux impératifs de l’intérêt général; d’autre part, un particulier, qui n’en accepte la gestion que mû par le souci de son intérêt personnel. Il a donc fallu, tout à la fois, maintenir au concédant, sur le service, une stricte autorité, et garantir au concessionnaire les bénéfices auxquels il peut légitimement prétendre. La nécessité de cette conciliation domine tout le régime de la concession”. Sobre essa questão, veja-se, na doutrina nacional, MELLO, 1951, pp. 869-873.

39 Cf. artigo 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição.

40 Cf. artigos 6º, § 1º, e 29, V, da Lei nº 8.987/1995.

ou reajustadas de acordo com as regras previstas em lei, no edital e no contrato⁴¹.

No serviço público de radiodifusão, a remuneração dos concessionários e permissionários não se dá mediante a cobrança direta dos usuários. A principal fonte de renda do setor é a *comercialização de tempo de programação*.

A outorga de radiodifusão confere a seu titular o direito de usar um canal do espectro de radiofrequências durante as 24 horas do dia para transmitir sons ou sons e imagens para uma determinada localidade. Mediante a prática da *comercialização de tempo de programação*, os concessionários e permissionários de radiodifusão assumem a obrigação de veicular os conteúdos determinados pelos terceiros com quem contratam em troca do pagamento de um certo valor. Destinam, assim, parcela do horário de sua programação à transmissão de programas comercializados com terceiros e por eles determinados.

Assim como os concessionários e permissionários de serviços públicos remunerados mediante tarifas possuem restrições em seu direito de buscar a maximização de resultados em razão (i) da política tarifária determinada pelo poder concedente, (ii) da obediência à norma da modicidade tarifária e (iii) dos limites estabelecidos em lei, no edital e no contrato para a revisão e o reajuste de tarifas, os concessionários e os permissionários de radiodifusão encontram limites para se remunerar pela exploração do serviço que executam. Esse limite é estabelecido pelo artigo 124 da Lei nº 4.117/1962 e pelo artigo 28, § 12, “d”, do Decreto nº 52.795/1963, que estipulam que “[o] tempo destinado na programação das estações de radiodifusão à publicidade comercial não poderá exceder de 25% (vinte e cinco por cento) do total”⁴².

O limite de 25% faz parte da própria estrutura do serviço de radiodifusão. Pois ao mesmo tempo em que impede que o particular preste o serviço sob uma lógica eminentemente privada de busca exclusiva pela maximização dos resultados, obriga-o a dedicar a maior parte do tempo de programação – no mínimo, 75% – aos objetivos públicos do serviço, determinados pelo artigo 221 da Constituição⁴³. Afinal, se o concessionário ou permissionário de radiodifusão deve utilizar no máximo 25% do tempo de programação para atender ao

41 Cf. artigos 9º, 18, VIII, e 23, IV, da Lei nº 8.987/1995.

42 Redação do artigo 124 da Lei nº 4.117/1962.

43 “Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”.

seu intuito lucrativo, então, conseqüentemente, segundo o mesmo dispositivo legal, no mínimo 75% do tempo de programação deve se voltar ao atendimento dos objetivos determinados pelo artigo 221 da Constituição. Isso quem determina é a lei, ao impor o limite de 25% à publicidade comercial.

Não houvesse essa regra, o montante de programação produzida e transmitida pelos concessionários e permissionários tenderia a diminuir. Os intervalos comerciais tenderiam a aumentar de quinze minutos por hora (25%) para, v. g., trinta ou quarenta e cinco minutos por hora. Ou os programas comuns tenderiam a ser substituídos por programas *vendidos*, voltados à transmissão de anúncios publicitários ou de conteúdo religioso, como de fato vem ocorrendo.

É verdade que a própria concorrência do mercado tende a moderar a quantidade de programação comercializada nos meios de radiodifusão. Na medida em que uma parcela da audiência prefere os programas audiovisuais que veiculam informação, cultura, arte, conteúdo educacional e entretenimento, a própria lógica concorrencial faz com que uma parte da programação de rádio e TV seja composta por esse tipo de conteúdo e não por programação comercializada, tais como anúncios publicitários ou conteúdo religioso.

No entanto, a radiodifusão, reitera-se, é um serviço público. A Constituição assim o determinou por reconhecer que o rádio e a televisão não possuem importância meramente econômica. Ao integrarem o sistema de comunicação social, espaço em que se realiza o debate público, as emissoras de rádio e de televisão desempenham um papel fundamental na democracia. Destinam-se a acompanhar e divulgar (i) as informações relativas ao exercício do poder público e privado, (ii) as demais informações socialmente relevantes, tais como as relativas à economia, política nacional e internacional, ciência, tecnologia e cultura, e (iii) as opiniões e os interesses de representantes de distintos setores sociais. Além disso, constituem dois dos principais canais de distribuição da produção cultural ao público. Não é por outra razão que a Constituição dedicou todo um capítulo aos meios de comunicação social e atenção diferenciada à atividade de radiodifusão.

Por isso, em nosso ordenamento, não é o mercado, mas a lei que estabelece o limite à comercialização de tempo de programação pelos concessionários e permissionários do serviço de radiodifusão.

Como se apontou acima, no sistema brasileiro de radiodifusão tem sido frequente a comercialização de tempo de programação superior ao limite de 25%, alguns casos chegando a envolver a negociação de toda a grade da emissora. Essa prática costuma se dar

sob diversas modalidades e denominações contratuais, tais como contratos de publicidade comercial, contratos de arrendamento, contratos de divulgação de programação, contratos de aquisição de espaço comercial para a veiculação de programação de televisão e rádio e contratos de terceirização comercial, administrativa e gerencial⁴⁴. Pode, ademais, envolver a negociação de distintos direitos e obrigações a respeito, v. g., (i) da divisão de responsabilidade pela produção do conteúdo e pela contratação da mão de obra e (ii) da utilização ou não dos estúdios dos concessionários e permissionários. A despeito das diversas denominações, todos esses contratos importam em comercialização de tempo de programação e devem, portanto, ser considerados para o cálculo do limite legal de 25%.

Daí a conclusão de que a comercialização, por emissoras de rádio e TV, de quantidade superior a 25% da programação, sob quaisquer modalidades e denominações contratuais – seja as acima mencionadas ou outras que venham a ser criadas –, viola os artigos 124 da Lei nº 4.117/1962 e 28, § 12, do Decreto nº 52.795/1963, bem como as normas de produção e programação estabelecidas pelo artigo 221 da Constituição⁴⁵.

O limite de 25% aplica-se isonomicamente a todos os concessionários e permissionários de radiodifusão. O agente que o viola obtém uma receita ilegal, que lhe permite aumentar arbitrariamente seus lucros em prejuízo de seus concorrentes. Logo, a não observância do limite constitui infração à ordem econômica, nos termos do disposto no artigo 36, III (aumento arbitrário de lucros) e I (prejuízo à concorrência), da Lei nº 12.529/2011.

Além disso, a contratação de tempo de programação acima do limite permitido em lei constitui uma forma contratual de transferência parcial ou integral da outorga⁴⁶. Em vez de obter a prestação do serviço mediante o processo de licitação, o indivíduo contrata horários de rádio ou TV acima do limite legal e, assim, passa a controlar uma parcela relevante de determinada outorga de

44 A título de exemplo, (i) o acórdão da Apelação Cível nº 2003.004344-6, julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, refere a existência de contrato particular de arrendamento de rádio, e (ii) o acórdão do Agravo de Instrumento nº 126566-5, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, aponta a existência de contrato de terceirização comercial, administrativa e gerencial de rádio, caracterizado pelo Desembargador Relator como um “arrendamento de empresa de radiodifusão”. Cf. TJSC, Quarta Câmara de Direito Civil, Apelação cível n. 2003.004344-6, Rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, data de julgamento 10.12.2009; e TJPR, Primeira Câmara Cível, Agravo de Instrumento 126566-5, Rel. Des. Marcos de Luca Fanchin, data de julgamento 01.12.1998, data de publicação 05.12.1999.

45 A título de comparação, admitir que o titular de outorga de radiodifusão possa comercializar mais de 25% do tempo de programação é tão incorreto quanto admitir que um concessionário ou permissionário de serviço público possa aumentar a tarifa acima do permitido pelas regras estabelecidas na lei, no edital e no contrato. A propósito, veja-se o artigo 9º da Lei nº 8.987/1995.

46 Análoga aos casos de controle externo de sociedades mediante relações contratuais. Veja-se COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2008, pp. 89 e ss.

radiodifusão⁴⁷. Nesses termos, a comercialização de parcela maior do que 25% da programação implica em alienação da posição de delegatário de serviço público a um terceiro que não participou do processo de licitação. Viola, assim, a regra constitucional que exige a realização de licitação para a celebração de contratos pelo Poder Público (artigos 37, XXI, e 175 da Constituição) e o caráter personalíssimo das concessões e das permissões de serviço público. Descumpra as normas da isonomia⁴⁸ – ao impedir que os administrados tenham igual chance de contratar com o Poder Público – e da impessoalidade⁴⁹ – por permitir que os particulares titulares de concessões e permissões escolham, segundo sua própria conveniência e arbítrio, quem terá o benefício de controlar parcial ou integralmente outorgas de um serviço público tão relevante e rentável como a radiodifusão. Viola o caráter *extra commercium* do serviço público de radiodifusão e do bem público constituído pelo espectro de radiofrequências⁵⁰ e enseja, nessa medida, o desvio de finalidade das concessões e permissões de radiodifusão e o enriquecimento ilícito dos que comercializam os horários acima dos limites legais. Tudo isso em afronta à norma da eficiência da Administração⁵¹ na gestão do serviço público de rádio e TV.

7.2. O significado do termo *publicidade comercial* e o estímulo à produção independente determinado pelo artigo 221 da Constituição

O texto dos artigos 124 da Lei nº 4.117/1962 e 28, § 12, do Decreto nº 52.795/1963 estabelecem que o limite de 25% refere-se ao tempo destinado à *publicidade comercial*.

Cogitar-se-ia afirmar, mediante interpretação meramente literal e gramatical, que, em razão do termo *publicidade comercial*, o limite de 25% aplica-se apenas à *publicidade comercial strictu sensu*, isto é, à atividade de difusão de mensagens destinadas a estimular

47 Isso é bastante evidente nos casos em que se comercializa toda ou quase toda a programação. Tome-se como exemplos: (i) a CNT e o Canal 21, que comercializaram 22 horas de sua programação, (ii) as emissoras que comercializam toda a programação, como o caso do arrendamento da Rede Brasil FM, da cidade de Leme-SP, informado pelo jornal O Estado de S. Paulo, e (iii) os contratos de arrendamento e de terceirização comercial, administrativa e gerencial de rádio reportados pela jurisprudência – (a) TJSC, Quarta Câmara de Direito Civil, Apelação cível n. 2003.004344-6, Rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, data de julgamento 10.12.2009; e (b) TJPR, Primeira Câmara Cível, Agravo de Instrumento 126566-5, Rel. Des. Marcos de Luca Fanchin, data de julgamento 01.12.1998, data de publicação 05.12.1999. Cf. MENDONÇA, 2014; JIMENEZ, 2014; CHAPOLA, 2012.

48 Cf. artigo 5º, *caput*, da Constituição e artigo 3º da Lei nº 8.666/1993.

49 Cf. artigo 37, *caput*, da Constituição e artigo 3º da Lei nº 8.666/1993.

50 Nos termos do artigo 157 da Lei nº 9.472/1997, “[o] espectro de radiofrequências é um recurso limitado, constituindo-se em bem público, administrado pela Agência”.

51 Cf. artigo 37, *caput*, da Constituição e artigo 3º da Lei nº 8.666/1993.

o consumo de determinados produtos ou serviços ou a promover a imagem de determinadas instituições comerciais perante a audiência. Dessa forma, não estaria compreendida nesse limite a parcela de tempo de programação contratada para a veiculação de outro tipo de conteúdo – v.g., conteúdo não comercial de cunho religioso, político, institucional ou informativo pago por entidades não comerciais tais como entes estatais (União, Estados, Municípios e autarquias diversas), organizações religiosas, partidos políticos e instituições sem fins lucrativos como associações, sindicatos e universidades públicas ou privadas sem finalidade lucrativa.

Essa interpretação não é correta nem adequada, pois atribui um significado equivocado ao termo *publicidade comercial* para os fins da Lei nº 4.117/1962 e do Decreto nº 52.795/1963. O termo *publicidade comercial* refere-se ao caráter comercial que a operação tem para o concessionário ou permissionário de radiodifusão, e não ao caráter comercial ou não do conteúdo ou da instituição que contrata determinado tempo de programação. Observe-se que uma emissora de rádio ou televisão pode:

(i) comercializar tempo de programação com uma instituição comercial – como, por exemplo, um banco, uma empresa de cosméticos, uma rede varejista de eletrodomésticos – que pague pela veiculação de conteúdo de caráter comercial, caracterizado como *publicidade comercial strictu sensu* – como uma propaganda em intervalo comercial, um *merchandising* que se realize dentro da própria programação ou um programa todo voltado à publicidade de uma instituição, como, v. g., programas de meia hora ou uma hora vendidos para redes de farmácias ou academias promoverem suas atividades; ou

(ii) comercializar tempo de programação com uma instituição não comercial – como, por exemplo, a União, os Estados e os Municípios, organizações religiosas, associações, partidos políticos, sindicatos e universidades públicas ou privadas sem fins lucrativos – que pague pela veiculação de conteúdo de caráter não comercial, não caracterizado como *publicidade comercial strictu sensu* – v.g. (a) propaganda institucional de ações governamentais; (b) comunicações de caráter informativo a respeito, por exemplo, de campanhas de vacinação, cuidados com saúde ou obrigações com a justiça eleitoral; (c) mensagens de interesse de sindicatos, como a promoção de atividades sindicais (v. g. festa do dia do trabalho), comunicações a respeito de uma greve ou manifestações favoráveis ou contrárias a determinada medida governamental; (d) mensagens promovendo a imagem institucional de universidades públicas,

universidades privadas sem fins lucrativos ou associações sem fins lucrativos como, v.g., a AACD; e (d) a transmissão de programas religiosos, tão difundidos na atualidade.

Em qualquer dessas hipóteses, o concessionário ou permissionário de radiodifusão *comercializa tempo de programação*. Para ele, a operação sempre tem caráter comercial – sempre é *publicidade comercial* – pois, com ela, auferem renda. E isso ocorre independentemente da destinação comercial ou não que o terceiro dará à programação contratada – se irá anunciar a venda de carros ou transmitir programação religiosa⁵².

Em todos os casos acima cogitados, a emissora de rádio ou TV assume a mesma obrigação, qual seja, de veicular o conteúdo determinado pelo terceiro com quem contrata em troca do recebimento de um certo valor. O caráter jurídico e econômico dessas operações são idênticos. Logo, sob a perspectiva do concessionário ou permissionário de radiodifusão, todas essas operações caracterizam-se como *publicidade comercial*. Não é à toa que os textos normativos ora tratados regulamentam os concessionários e permissionários de radiodifusão – referem-se a eles – e não aos terceiros que contratam tempo de programação.

Por todos esses motivos, conclui-se que o termo *publicidade comercial* inserto no artigo 124 da Lei nº 4.117/1962 e no artigo 28, § 12, do Decreto nº 52.795/1963 designa toda e qualquer operação de comercialização de tempo de programação realizada por todo e qualquer concessionário e permissionário de radiodifusão, independentemente do caráter comercial ou não do contratante e da caracterização ou não do conteúdo como *publicidade comercial strictu sensu*.

Interpretação contrária a essa torna as normas em questão inócuas, incapazes de atingir suas finalidades, além de esvaziar-lhes o objeto.

A afirmação de que o limite de 25% não se aplica aos conteúdos que – sob a perspectiva dos terceiros contratantes – não possuem caráter comercial ou não se caracterizam como *publicidade comercial strictu sensu* permitiria que as emissoras de rádio ou televisão comercializassem todo o tempo de programação que lhe foi concedido,

52 A título de comparação, imagine-se, por exemplo, uma rede de papelaria, que comercializa materiais didáticos, equipamentos de computação e materiais para escritório. A loja tanto pode vender folhas de papel para um estudante, que as utilizará para *finalidades não comerciais* (estudo), quanto para uma gráfica, que as destinará a *finalidades comerciais*, tais como a produção de fotocópias ou de materiais gráficos comercializados com terceiros. Em ambos os casos, a rede de papelaria recebe pagamentos como contraprestação ao fornecimento das folhas de papel. Logo, para essa rede, as duas operações possuem *caráter comercial*, independentemente da *destinação comercial ou não* que seus clientes darão às folhas de papel vendidas.

desde que o conteúdo veiculado fosse diverso da *publicidade comercial strictu sensu*. Em outras palavras, permitiria a destinação da integralidade do serviço público de radiodifusão à maximização dos resultados do particular, em clara inversão da norma da supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Voltadas a restringir o intuito lucrativo privado no serviço de radiodifusão, as normas aqui tratadas, compreendidas de maneira tão restritiva, a nada serviriam.

Interpretação inadequada como essa valeria apenas como subterfúgio para iludir o limite de 25% mediante a diferenciação de operações idênticas, que claramente se enquadram nas normas em questão. Se o particular que presta radiodifusão não pode comercializar mais de 25% da programação, não importa se contrata com A ou B, nem qual o conteúdo obriga-se a veicular. Pois, como ensina Carlos Maximiliano (2011, p. 166, *itálicos do autor*):

Cada disposição estende-se a todos os casos que, por paridade de motivos, se devem considerar enquadrados no conceito, ou ato jurídico; bem como se aplica às coisas virtualmente compreendidas no objeto da norma.

[...]

Quando se proíbe um fato, implicitamente ficam vedados todos os meios conducentes a realizar o ato condenado, ou iludir a disposição impeditiva. A regra prevalece até mesmo quando provenha de terceiro a ação adequada a facilitar o que a lei fulmina. *Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet: in fraudem vero, qui salvis verbis legis, sententiam ejus circumvenit*: “procede contra a lei quem faz o que a lei proíbe; age em fraude da mesma o que respeita as palavras do texto e contorna, ilude a objeção legal” (Paulo, no *Digesto*, liv. 1, tít. 3, frag. 29).

O Direito deve ser interpretado de maneira a realizar as finalidades a que almeja. Recorrendo, novamente, a Carlos Maximiliano (2011, pp. 136; 203; 100, *itálicos do autor*):

Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um *absurdo*, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que tome aquela sem efeito, inócua, ou este, juridicamente nulo.

Não deve, portanto, prevalecer a interpretação meramente literal e gramatical que, além de se fiar erroneamente à redação do artigo 124 da Lei nº 4.117/1962 e do artigo 28, § 12, do Decreto nº 52.795/1963 – pois atribui aos textos um sentido incorreto –, confere-lhes um significado que lhes retira o efeito que pretendem produzir.

O regime jurídico da radiodifusão no Brasil é claro: (i) concede ao privado um canal no espectro de radiofrequências para a veiculação de 24h de programação, (ii) permite-lhe comercializar até 25% desse tempo para se financiar e (iii) obriga-o a destinar no mínimo 75% do tempo para a veiculação de programação que atenda ao artigo 221 da Constituição. Qualquer comercialização além do limite de 25% importa em violação ao regulamento do serviço e ao artigo 221 da Constituição.

Vale ainda dizer que a prática da comercialização de tempo de programação não constitui um *estímulo à produção independente*, nos termos do artigo 221, II, da Constituição.

Essa produção é estimulada quando as emissoras de rádio e TV compram programas feitos por produtores independentes⁵³, direcionando, assim, a outras empresas parcela da renda da atividade de radiodifusão e ampliando a demanda por produção audiovisual. Por aí se vê que o artigo 221, II, da Constituição atua no sentido de incentivar a desconcentração do setor. Se, por um lado, o Estado outorga a um particular o controle sobre todo um canal de rádio ou TV, por outro, determina que ele compre programas audiovisuais produzidos por outras empresas. Assim, uma parte da renda auferida com a radiodifusão é dirigida para o mercado. O estímulo à produção independente constitui forma de *distribuição* e não de *obtenção* de renda pelo radiodifusor.

No caso ora avaliado, os radiodifusores *não compram* programas, mas *sim comercializam* horários de sua programação. Os terceiros contratantes *não auferem renda*. Ao contrário, *pagam pela veiculação de programas* por terem interesse em atingir a audiência da emissora. Quem lucra é o radiodifusor.

Não se pode, portanto, dizer que a comercialização de tempo de programação constitui *estímulo à produção independente*, nos termos do artigo 221, II, da Constituição, pois essa operação não gera demanda nem direciona recursos a produtores independentes. De mais a mais, ainda que assim se considerasse, a comercialização de programação permaneceria vinculada ao limite de 25% determinado pela Lei nº 4.117/1962.

A exposição aqui desenvolvida resulta na conclusão de que a comercialização de tempo de programação acima do limite legal de 25% – realizada sob qualquer modalidade e denominação contratual – viola a Constituição e a legislação que regulamenta o serviço. Não tem razão o MCTIC (2012, pp. 2-3) ao afirmar que a prática

53 Sobre a definição de produtores independentes, o artigo 16, § 1º, alínea “d”, do Decreto nº 52.795/1963 refere-se a “entidade que não tenha qualquer associação ou vínculo, direto ou indireto, com empresas ou entidades executoras de serviços de radiodifusão”.

de arrendamento não pode ser fiscalizada pelo Estado, pois constitui um negócio privado não previsto pela legislação. Além de constituir forma de comercialização de tempo de programação, que deveria ao menos respeitar ao limite legal de 25%, esse contrato é nulo, pois, como se viu, viola o regime jurídico das concessões e permissões do serviço de radiodifusão⁵⁴.

8. Conclusão

Buscamos, neste artigo, examinar alguns dos aspectos jurídicos relacionados ao exercício do proselitismo religioso no serviço de radiodifusão. Partindo da constatação de que a televisão e o rádio são poderosos instrumentos de comunicação (na medida em que potencialmente atingem a quase totalidade dos brasileiros) e tendo em conta o visível crescimento do número de horas de programação religiosa nos meios de comunicação de massa, procuramos examinar limites e fundamentos constitucionais de atuação do Estado neste espinhoso assunto.

Para isso, distinguimos as múltiplas dimensões constitucionais da liberdade de religião (liberdade de consciência religiosa, liberdade de culto, liberdade de associação religiosa e liberdade de comunicação das ideias religiosas) e apresentamos a tipologia das relações entre o Estado e as igrejas. Vimos, nesse passo, que o Estado brasileiro, desde os primeiros dias da República, adotou o sistema da *separação* do poder civil em relação ao poder eclesiástico, sistema pelo qual o Estado garante a todos o gozo das liberdades religiosas declaradas na Constituição, mas recusa-se a intervir no funcionamento das igrejas e a emitir qualquer juízo de valor – positivo ou negativo – a respeito do fenômeno religioso.

Ocorre que, de acordo com a doutrina constitucional contemporânea, as normas instituidoras de direitos fundamentais não têm apenas a *função de direitos de defesa*, isto é, não asseguram apenas a proteção do indivíduo contra ingerências estatais indevidas, mas também impõem ao Estado o dever de adotar medidas *positivas* destinadas a *proteger* o exercício desses direitos, contra atividades perturbadoras ou lesivas praticadas por terceiros. Além disso, a *função de não discriminação* busca assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como fundamentalmente iguais, devendo, portanto, atuar para reduzir as desigualdades de fato que atrapalhem a fruição dos direitos declarados na Constituição e nos tratados internacionais.

54 Outra forma de comercialização de outorgas de radiodifusão que gera o aumento de programação religiosa nas emissoras de rádio e TV é a transferência direta e indireta de concessões e permissões do serviço. Trata-se de prática permitida pela legislação, porém violadora da Constituição. Sobre o tema, veja-se Araújo (2015, pp. 256-274).

Especificamente no que se refere ao proselitismo religioso através da televisão e do rádio, lembramos, de início, que a radiodifusão possui regime constitucional próprio, inclusive quanto ao exercício das liberdades comunicativas negativas. Justifica-se o regime jurídico diferenciado porque o espectro de radiofrequência é um bem público de uso restrito no qual não é possível a utilização simultânea por todos os interessados. Daí a necessidade de atuação estatal no sentido de *organizar o espaço*, definindo quem poderá utilizar o espectro, como os canais serão distribuídos e como será feita a compatibilização entre as liberdades comunicativas e outros direitos fundamentais.

Em outras palavras, o Estado deve, neste campo, promover o exercício das liberdades comunicativas mediante a implementação das chamadas “garantias de organização”. Deve, assim, criar e manter um sistema que garanta a plena observância dos princípios contidos no art. 221 da Constituição (notadamente a preferência a conteúdos educativos, artísticos, culturais e informativos, a promoção da cultura nacional e regional, o estímulo à produção independente e o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família) e, ainda, condições equilibradas para que a diversidade de opiniões seja expressa da forma mais ampla possível, evitando que o sistema seja entregue ao livre jogo das forças econômicas e sociais (inclusive religiosas) e que os titulares de opinião que detenham o uso de frequências de emissão e meios financeiros dominem a formação da opinião pública.

Desse modo, se, por um lado, não parece necessário, nem proporcional, proibir *por completo* a programação religiosa nas rádios e TV, por outro, na medida em que se depreenda com situações concretas geradoras de desequilíbrio estrutural no exercício das liberdades de expressão e de religião, *o Estado tem o poder e o dever de impor limites legais à pregação religiosa nos meios de radiodifusão*. Tais limites devem se voltar a fins legítimos, como a garantia de condições igualitárias mínimas no exercício do direito ao proselitismo religioso, a promoção do pluralismo de ideias (impedindo-se, com isso, a concentração do poder de fala e o predomínio da programação religiosa em detrimento dos demais tipos de programação) e a proteção contra a exploração abusiva da fé dos telespectadores, como forma de ampliação do poder econômico, social e político de organizações religiosas.

No caso brasileiro, boa parte da ampliação da programação religiosa nos canais de rádio e televisão decorre da prática ilícita de comercialização das outorgas acima dos limites legais e mediante a violação do regime jurídico das concessões e permissões de radiodifusão. Nesse caso, o poder concedente deve coibir tal prática, seja mediante a adoção das medidas para obter a declaração de nulidade

dos contratos, seja pela imposição de sanções aos concessionários e permissionários responsáveis. Caso não o faça, o Ministério Público deverá atuar, requerendo judicialmente a declaração de nulidade das operações e a aplicação das sanções cabíveis.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE CINEMA [ANCINE]. **Informe de Acompanhamento de Mercado – TV Aberta** (resultados de 2015). Rio de Janeiro: Ancine, 2016.

AGÊNCIA PÚBLICA. **As Bancadas da Câmara**. 18/02/2016. Disponível em: <<http://apublica.org/2016/02/truco-as-bancadas-da-camara/>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARAÚJO, Bráulio Santos Rabelo de. A transferência de outorgas de radiodifusão e a comercialização de tempo de programação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 268, p. 249-292, mai. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/50741>>. Acesso em: 6 abr. 2017.

_____. Limites à concentração de propriedade dos meios de comunicação – poder do Estado e papel do SBDC. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFD FE**. Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 105-137, set. 2013/fev. 2014.

BITELLI, Marcos Alberto Sant’Anna. **O direito da comunicação e da comunicação social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes Canotilho. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CHAPOLA, Ricardo. Russomanno nega irregularidades em rádio que opera no interior de SP. **O Estado de S. Paulo**, 10 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/politica,russomanno-nega-irregularidades-em-radio-que-opera-no-interior-de-sp,914533,0.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

CIMINO, James. CNT viola lei duas vezes ao arrendar até 92% da grade para Igreja Universal. **UOL**, 17 jul. 2014. Disponível em: <<http://televisao.uol.com.br/noticias/redacao/2014/07/17/>>

cnt-viola-lei-duas-vezes-ao-arrendar-ate-92-da-grade-para-igreja-universal.htm>. Acesso em: 1 set. 2014.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. Rio de Janeiro: Gen; Forense, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **Parecer sobre ato, formal ou informal, de cessão ou arrendamento a terceiros de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, efetuado por um concessionário**. Outubro de 2009. Disponível em: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/_ed673_omissao_do_congresso_desprezo_dos_concessionarios>. Acesso em: 1 set. 2014.

DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY [DTI]; DEPARTMENT FOR CULTURE, MEDIA AND SPORT [DCMS]. **Explanatory Notes to Communications Act 2003**. United Kingdom, 2003. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/21/notes/contents>>. Acesso em 9 maio 2017.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HAJE, Lara. Venda de espaço na programação de rádio e TV é ilegal, dizem debatedores. **Agência Câmara Notícias**, 15 dez. 2011. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/comunicacao/207057-venda-de-espaco-na-programacao-de-radio-e-tv-e-ilegal,-dizem-debatedores.html>>. Acesso em: 1 set. 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA [IBGE]. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: síntese de indicadores 2014**. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94935.pdf>>. Acesso em 25 mar. 2017.

INTERVOZES – COLETIVO BRASIL DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. **Intervozes, FNDC e MPF criticam arrendamento das grades de programação de TV em audiência pública realizada na Câmara**. 09.08.2014. Disponível em: <<http://intervozes.org.br/intervozes-fndc-e-mpf-criticam-arrendamento-das-grades-de-tv-em-audiencia-publica-na-camara/>>. Acesso em: 1 set. 2014.

JIMENEZ, Keila. Universal aluga duas redes de TV por R\$ 12 milhões. **Folha de S. Paulo**, 22 mai. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrada/167055-universal-aluga-duas-redes-de-tv-por-r-12-milhoes.shtml>>. Acesso em: 26 jul. 2014.

LIMA, Venício A. de. Omissão do Congresso, desprezo dos concessionários. **Observatório da Imprensa**, edição 673, 20 dez. 2011. Disponível em: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/_ed673_omissao_do_congresso_desprezo_dos_concessionarios>. Acesso em: 1 set. 2014.

LOCKE, John. **Carta a Respeito da Tolerância**. São Paulo: Instituição Brasileira de Difusão Cultural, 1964.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEDAUAR, Odete. Serviços Públicos e Serviços de Interesse Econômico Geral. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). **Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo**: obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 115-126.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Natureza jurídica da concessão de serviço público. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**. Porto Alegre, ano III, nº 1, vol. II, p. 859-899, 1951.

MENDONÇA, Ricardo. Avanço da Universal tira força de rivais na televisão. **Folha de S. Paulo**, 17 jul. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/07/1487099-avanco-da-universal-tira-forca-de-rivais-na-televisao.shtml>>. Acesso em: 1 set. 2014.

MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. **Nota informativa nº 168/2012/DEAA/SCE-MC, emitida no âmbito do Procedimento Preparatório do MPF nº 1.34.001.007519/2011-36**. Brasília, 07 dez. 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundamentación**. Barcelona: Ariel, 1989.

RAMOS, Elival da Silva. Notas sobre a Liberdade de Religião no Brasil e nos Estados Unidos. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo** n.º 27/28, jan./dez. 1987.

RIVERO, Jean. **Les Libertés Publiques – Régime de Principales Libertés**. Paris: Presses Universitaires de France, 1977.

_____. **Droit Administratif**. 3 ed. Paris: Dalloz, 1990.

ROBERT, Jacques. **Droits de l'Homme et Libertés Fondamentales**. Paris: Montchrestien, 1994.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

SUIAMA, Sergio Gardenghi. O direito fundamental à comunicação e o STF. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Líliliana Lyra (orgs.). **O STF e o direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 233-259.

WALINE, Jean. **Droit Administratif**. 23 ed. Paris: Dalloz, 2010.

FEMINICÍDIO: DA INVISIBILIDADE À INCOMPREENSÃO. O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Valéria Diez Scarance Fernandes¹

Sumário: 1. Introdução: o efeito cadáver. 2. Por que uma lei de feminicídio? 3. A “assinatura” do feminicida. 4. Natureza da qualificadora: subjetiva ou objetiva? 5. Como vencer os desafios 6. Conclusão: Qual o papel do Ministério Público? Referências.

Palavras-chave: Feminicídio. Índices. Natureza da qualificadora. Efetividade.

1. Introdução: o efeito cadáver

Os índices de violência contra mulher causam abalos sísmicos mundo afora, mas não geram sequer tremores no Brasil, justamente o quinto país mais violento do mundo para as mulheres.

Apenas um exemplo: em outubro de 2016, Buenos Aires parou para protestar o feminicídio de uma jovem adolescente, e essa mobilização se alastrou pela Europa e parte da América Latina. No nosso Brasil, há mais comoção pelo aumento de passagem do ônibus do que pela violência.

Notícias e mais notícias de mulheres mortas trazem a falsa sensação de que o feminicídio só acontece lá, na televisão e em locais distantes, e de que as instituições – Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Segurança Pública- não têm responsabilidade sobre esses índices. Afinal, *devem atuar em causas relevantes e mais importantes como crime organizado, ações civis públicas, improbidade administrativa, e não em processos nos quais as próprias vítimas desistem da proteção*. Lamentavelmente, este ainda é o pensamento de parte das autoridades de ambos os sexos.

¹ Promotora de Justiça de São Paulo, Coordenadora do Núcleo de Gênero. Foi Coordenadora Nacional da Copevid/CNPG/GNDH. Membro do GT6/CNMP. Mestra e Doutora em Processo Penal. Post Graduated in Victimology at Inter-University Centre Dubrovnik. Professora de Cursos de Pós-graduação. Autora de artigos jurídicos. Escreve para o Jornal Carta Forense. Publicou o livro: Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade da Editora Atlas.

A resposta “formal” de que todas e todos merecem proteção não corresponde à atuação efetiva em todos os inquéritos e processos de feminicídio. Existe um vácuo entre o discurso de defesa da mulher e a prática processual.

Por que isso acontece?

Como pessoas inseridas na sociedade, as/os profissionais de todas as instituições não estão imunes a repetir conceitos machistas e sexistas. Não estão isentos de sofrer violência em suas vidas pessoais ou mesmo repetir inconscientemente esses padrões nas audiências, nos inquéritos e processos. Por isso, o conhecimento e a formação específica em gênero tornam-se fundamentais para uma atuação justa e efetiva.

Os números revelam que não se trata de problema de “menor importância” ou relevância, mas de uma questão complexa que exige um olhar atento e muito perspicaz por parte do/da profissional.

Este é o cronômetro da violência contra a mulher no Brasil, realizado pelo Instituto Patrícia Galvão, em relação a todas as modalidades de violência no Brasil:



Fonte: Dossiê Feminicídio.

Outra recente pesquisa revelou como as violências atingem as mulheres no seu dia a dia. São as cantadas, os assédios nos transportes públicos, beijos e abordagens forçadas. Essas condutas corriqueiras, toleradas e mantidas pela sociedade mandam uma mensagem: coisificam a mulher, tornam-na objeto, um corpo sem voz.

É essa coisificação – um CORPO SEM VOZ – que causa o feminicídio, pois um corpo não tem vontade, não tem desejo, não pode dizer não. A mulher deixa de ser uma pessoa, é um bem

apropriado, um corpo destinado a servir, prover bem estar ou satisfazer sexualmente o homem.

Seguem os dados:

Visível e invisível, a vitimização de mulheres no Brasil (2016, DataFolha)	Índices
29% de todas as mulheres do Brasil	Relatam <u>alguma forma de violência</u>
503 mulheres agredidas/hora (2016)	4,4 milhões no ano
3% espancamento/tentativa de estrangulamento	1,4 milhões
40% das mulheres já sofreram assédio	Transporte público
1% sofrem disparo de arma	257 mil
5% agarradas/beijadas sem consentimento	2,2 milhões
10,4% assediadas em transporte público	5,2 milhões

Fonte: Pesquisa realizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2017)

Uma das características mais marcantes da violência contra a mulher é a invisibilidade, que se mantém por meses ou anos. Mas quando a violência se torna visível, há a incredulidade por parte das autoridades, porque essa não é uma violência comum: agressor e vítima não agem como agem nos outros processos.

Duvida-se da vítima. Questiona-se. Duvida-se novamente. Questiona-se novamente. E assim por diante. Até que ela desiste e todos ficam convencidos de realmente mentia. Afinal, por que a vítima demorou tantos anos para noticiar a violência? Por que ela se retratou? Há autoridades que demonstram inconformismo por “perder tempo” com vítimas que se retratam. Um homem primário não teria motivos para agredir a esposa...Esse raciocínio é o resultado do desconhecimento quanto ao que é – e como acontece – a violência contra a mulher.

Como já afirmado em artigo anterior, no prelo, lamentavelmente a violência contra a mulher ainda depende do “efeito cadáver” para ser levada a sério. Com a morte, não há como se negar que as ameaças relatadas pela vítima eram sérias, que ela dizia a verdade e desejava proteção ao procurar a Justiça.

2. Por que uma lei de feminicídio?

A Lei 13.104, de 08 de março de 2015, trouxe para o Código Penal uma nova qualificadora do homicídio: o feminicídio, que consiste em matar a mulher justamente por ser mulher.

Essa categoria traz em sua origem histórica um componente político, pois foi criada em razão da omissão do Governo do México em apurar as sistemáticas mortes de mulheres em Juarez. Significa: a morte de mulheres por omissão do Estado. Assim, ao empregar “feminicídio”, o Brasil assume sua responsabilidade e o compromisso de evitar a morte de mulheres.

Seguem os termos da lei:

Feminicídio

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:

§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I - violência doméstica e familiar;

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Logo após a vigência, dividiram-se as opiniões.

Os argumentos contrários à criação do feminicídio foram os seguintes:

- a. Não havia necessidade da alteração legislativa, pois o homicídio de mulheres já era qualificado;
- b. O feminicídio é discriminatório, pois também homens sofrem violência em casa, tal como as mulheres;
- c. A lei mais gravosa não soluciona questões sociais ou “resolve a criminalidade” e o Brasil está na contramão da evolução da política criminal e direito internacional.

Vejamos:

1ª CRÍTICA: desnecessidade da lei porque o homicídio de mulheres já era qualificado.

REALIDADE: a inclusão de qualificadoras dependia do entendimento individual de cada Promotor ou Promotora e, nos julgamentos, era comum a desclassificação para homicídio simples ou privilegiado com penas brandas.

Em razão do princípio da independência funcional, o/a representante do Ministério Público tem liberdade para oferecer denúncia por crime qualificado ou simples (Lei Orgânica Nacional

do Ministério Público art. 1º, parágrafo único, da Lei 8625/93) nos processos envolvendo as mortes de mulheres. Antes da criação da qualificadora, a denúncia estava atrelada ao entendimento individual, mesmo que a vítima estivesse em situação de evidente vulnerabilidade.

Nos crimes de feminicídio, em comparação com os homicídios, há o risco de análise subjetiva e julgamento baseado na honra e valores morais. Ainda se julga o crime pela conduta da mulher e postura social do homem.

Na pesquisa realizada pelo Ministério da Justiça sobre o feminicídio constatou-se:

Se os discursos sobre as mulheres tendem majoritariamente a inverter sua posição no processo (de vítimas a agressoras ou provocadoras), no atinente aos homens o esforço é no sentido contrário, para suscitar aspectos que os transformam em vítima na situação. Assim, a busca pelo estereótipo do homem trabalhador e pai de família é traçada em diversos processos, frequentemente como forma de mitigar a violência ocorrida, retratando-a como um episódio isolado e anormal em sua conduta (grifo nosso)

A construção desses perfis tem impactos sobre o andamento processual e seu desfecho. A descrição do agressor como pai de família, trabalhador, religioso e honesto contribui para afastar sua responsabilidade, como se os comportamentos sociais citados isentassem o acusado da prática, frequente ou passageira, da violência contra a mulher. Ao mesmo tempo, quando a mulher é estampada como alguém que provocou o agressor e, dessa maneira, frustrou a expectativa social de docilidade; ou alguém com comportamento social questionável, o que justificaria a agressão.

Nesse conjunto de casos, os réus em sua maioria são primários sem envolvimento cotidiano com atividades ilícitas, o que os leva habitualmente a responderem ao processo criminal em liberdade. As penas, nessas situações, são mais brandas, havendo o reconhecimento do homicídio privilegiado (artigo 121, parágrafo 1º, do Código Penal) ou do homicídio simples (artigo 121, caput, do CP)(Diálogos sobre Justiça, 2015). (grifo nosso)

Desse modo, não é verdade a alegação de que o crime sempre era qualificado e de que a Justiça era isenta em relação às mulheres. Ao contrário, o julgamento dos feminicídios ainda está sujeito não só a uma análise subjetiva como ao julgamento “moral”, justificando-se uma postura “pré” determinada da lei.

2ª CRÍTICA: homens também sofrem violência em casa, tal como as mulheres.

REALIDADE: a violência doméstica atinge prioritariamente mulheres.

Homens e mulheres sofrem violências distintas, em ambientes distintos e por causas distintas.

Homens são mortos nas ruas, ainda jovens, em razão de confrontos e/ou de uma vulnerabilidade social.

Em contrapartida, as mulheres morrem no lar, nas mãos dos próprios parceiros.

O Atlas da Violência de 2017 revelou que a maior incidência de morte masculina é de jovens negros, de 15 a 29 anos de idade, em decorrência de fatores sociais (Ipea, 2017). Há essa interseccionalidade entre idade, sexo e raça, pois “de cada 100 pessoas que sofrem homicídio no Brasil, 71 são negras. **Jovens e negros do sexo masculino continuam sendo assassinados todos os anos como se vivessem em situação de guerra**” (grifo nosso).

Mais dados:

Analizando o ano de 2015, a participação do homicídio como causa de mortalidade da juventude masculina, entre 15 a 29 anos de idade, correspondeu a 47,8% do total de óbitos (e 53,8% se considerarmos apenas os homens entre 15 a 19 anos) . Nesse último ano, 60,9 indivíduos para cada grupo de 100 mil jovens, entre 15 e 29, foram mortos. Se considerarmos apenas a juventude masculina, este indicador aumenta para 113,6 (grifo nosso).

Assim, a mortalidade dos homens não ocorre no lar, e não são as mulheres as responsáveis pela violência contra os homens.

Quanto à morte de mulheres, a mesma pesquisa concluiu:

Em 2015, 4.621 mulheres foram assassinadas no Brasil, o que corresponde a uma taxa de 4,5 mortes para cada 100 mil mulheres. Ainda que, em termos de letalidade violenta, as mulheres sejam menos afligidas, este número representa uma pequena ponta do iceberg das centenas de milhares de violências (físicas, psicológicas e teriais) que afligem a população feminina, que são motivadas por uma cultura patriarcal e que passam invisíveis aos olhos da sociedade (grifo nosso)

Os autores da violência são conhecidos e parceiros íntimos, pessoas com as quais as mulheres convivem.

Atualmente, podem ser destacados três tipos fundamentais de violência de gênero:

- pais/padrastos contra filhas – em regra cometem estupros, que podem ser seguidos de feminicídios. Quando descobertos, muitos estupradores alegam que a mãe da criança “inventou” o crime e acusam as mães de praticar alienação parental. Importante salientar que o acolhimento dessa alegação pode colocar em risco mães e filhas/filhos, conforme reiteradamente tem sido afirmado na Europa e nos Estados Unidos, dada a ausência de caráter científico da alegada Síndrome da Alienação Parental e sua utilização como estratégia de defesa em processos de crimes sexuais contra crianças (Clara Sottomayor, 2011).

- parceiros – em regra praticam violência psicológica e moral, depois física, neste crescente. A violência sexual não é reconhecida pelo homem ou pela mulher como violência.

- filhos e mães – os filhos passam a agir como “senhores” do lar. Muitos estão envolvidos com álcool ou drogas e se apropriam dos bens das mães ou as agridem. Os casos de feminicídio estão se tornando cada vez mais comuns porque a genitora se recusa a falar ou pedir ajuda.

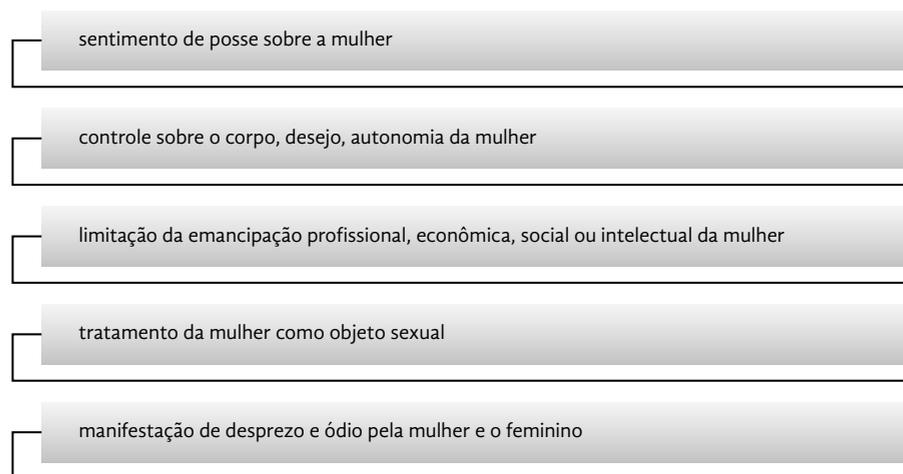
3ª CRÍTICA: é uma lei na contramão da política criminal atual e do direito internacional.

REALIDADE: está embasada em orientação da ONU e constituiu uma estratégia política e legislativa adotada em vários países.

A morte de mulheres ainda é invisível e não compreendida. Assim, criar um tipo penal específico foi uma estratégia adotada para vários países.

Nas Diretrizes para Investigar, Processar e Julgar com Perspectiva de Gênero da ONU Mulheres ressaltou-se que nomear o tipo como feminicídio é uma estratégia “para sensibilizar as instituições e a sociedade sobre sua ocorrência e permanência na sociedade, combater a impunidade penal nesses casos, promover os direitos das mulheres e estimular a adoção de políticas de prevenção à violência baseada no gênero”(ONU, 2016). Além disso, o tipo penal reflete as condições estruturais das mortes, conforme quadro reproduzido a seguir:

Condições estruturais das mortes violentas de mulheres por razões de gênero



Fonte: Diretrizes para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres, p. 43.

Além do Brasil, os seguintes países têm leis específicas sobre a morte de mulheres: Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Equador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Peru, República Dominicana e Venezuela.

3. A “assinatura” do feminicida

Os homens não praticam feminicídio por amor, mas porque consideram que a vítima, por ser mulher, não pode ter ou exercer os mesmos direitos de um homem. Durante o relacionamento, reforçam padrões já naturalizados da sociedade e estabelecem regras do casal que devem ser cumpridas: cuidar da família em primeiro lugar, não chegar tarde, priorizar a casa, etc..

Em regra, o agressor exerce controle sobre a mulher – suas ações, roupas, amigos, família como se estivesse cuidando da parceira e da família. Quando pratica violência, justifica seus ataques por fatores externos (álcool, drogas, desemprego) e culpa a vítima, dizendo que ela deu causa ao seu descontrole, não entende seu momento de dificuldade, imputando-lhe descumprimento de uma regra, de suas atividades de “esposa”. Essas são as hipóteses mais comuns para as brigas iniciais.

Logo depois do ataque, o agressor pede perdão e diz que perdeu o controle, “não queria fazer isso”, mas a vítima provocou essa situação. Como em regra é um “bom cidadão”, ou alguém que não destoa do restante da comunidade, a vítima passa a acreditar que

o problema é com ela. São tantas alternâncias entre descontrole e amor que a vítima perde a referência e não sabe em que acreditar.

Com essa repetição, ocorre a chamada “Síndrome do Desamparo Aprendido”, em que a mulher tem a sensação de que não adianta reagir, pois a situação não se alterará. As principais consequências são: distorções ou dissociação da realidade, alteração da autoimagem, baixa autoestima, sentimento de culpa, minimização da violência e stress pós-traumático (LABRADOR, 2011).

Trata-se de uma reação orgânica gerada no cérebro pela repetição da dor, comprovada cientificamente por experimentos com animais que foram submetidos a choques elétricos. Assim, fica inerte durante o ataque e perde a noção do perigo.

O feminicida pratica um ato covarde, pois sabe que ataca uma presa acuada e que já não pode se defender.

Além desse aspecto, quanto ao modo de execução, há sinais tão marcantes do feminicídio que quase constituem uma “assinatura” do crime.

Mudam as vítimas, os réus e as cidades, mas os crimes em sua maioria são semelhantes. Por isso, são evitáveis.

No modelo de Protocolo Latino Americano para Investigação de Mortes Violentas de Mulheres consta uma tabela com as principais circunstâncias da morte, reproduzida a seguir:

Autópsia	Local do crime	Circunstâncias	Vítima	Agressor
Violência excessiva	Convivência: local mais frequente o domicílio	Separação ou divórcio	Existência de violência prévia na relação	Existência de violência prévia na relação
Localização da maioria das lesões em áreas vitais	Sinais da agressão e de violência simbólica	Agressores mais frios e distantes do ponto de vista emocional agem quando se produz “ponto de não retorno” e comprovam que a mulher não volta para eles depois da separação	Autópsia psicológica	Existência de associados aos agressores da violência de gênero

Grande intensidade e força nas agressões e no uso da arma homicida	Ausência de convivência: lugar mais frequente: Domicílio do agressor ou da vítima	Denúncias anteriores por violência de gênero	Consequências e alterações físicas causadas pela violência de gênero	Conduta do agressor após o ato: entrega voluntária, tentativa de suicídio, suicídio
Mais de um procedimento (instrumento) homicida	Outros lugares: Espaços públicos relacionados aos hábitos do dia a dia	Problemas com guarda de filhos e filhas ou por questões econômicas	Consequências e alterações psicológicas causadas pela violência de gênero	Presença de elementos identificados como fatores de risco de feminicídio/femicídio na violência de gênero
Mãos como mecanismo homicida direto	Não é ocultado de possíveis testemunhas		Situação e estado de saúde dos filhos e filhas. Possíveis alterações provocadas pela violência de gênero.	
Lesões de datas diferentes				

Fonte: Modelo de Procolo Latino Americano de Investigação das Mortes Violentas de Mulheres por Razões de Gênero (grifo nosso)

No feminicídio íntimo, o fator determinante para a morte é a alegação de ciúmes ou a separação recente - o “ponto do não retorno”, havendo insistência do homem em retomar o relacionamento e não aceitação da mulher.

Como já dito, não se trata de amor, tanto que o feminicídio é cometido com **muita violência**, repetição de golpes não fatais – na região fatal - e mais de um instrumento. O uso de faca de cozinha, martelo, barra de ferro e ferramentas é mais comum quando o crime é cometido em casa, normalmente associado à asfixia ou espancamento.

Se o feminicídio acontece na rua ou o réu exerce profissão de policial ou segurança, o uso de arma de fogo é mais comum.

Esses crimes acontecem na presença dos familiares que estiverem no local, quer se tratem de crianças, idosos, o que é indiferente. Familiares também podem ser mortos se ampararam a vítima na separação.

O feminicida não se envergonha do seu crime, porque na verdade não acredita que praticou um crime, mas que tomou a única atitude possível naquela circunstância. Por isso, não foge das autoridades e muitas vezes confessa, atribuindo a responsabilidade do crime à vítima.

Dois exemplos concretos:

- 2017, Guarulhos/SP: réu e vítima namoravam há um ano e meio, mas terminaram o relacionamento uma semana antes dos fatos. A vítima se recusou a reatar o namoro. O acusado ingressou na sua casa e esfaqueou a ex-namorada diversas vezes quando dormia, com uma faca da própria residência. Houve socorro e o crime não se consumou.

- 2016 – Araçatuba/SP – o réu esfaqueou violentamente a jovem namorada, que estava deitada sobre a cama, de costas para ele, pois durante uma discussão ela anunciou o término do relacionamento. A genitora da jovem saiu em defesa da filha e tentou salvá-la, mas foi agredida com um soco e também esfaqueada. O crime foi consumado quanto à primeira vítima e consumado quanto à segunda.

4. Natureza da qualificadora: subjetiva ou objetiva?

Um dos aspectos mais controvertidos na aplicação da lei é a natureza das qualificadoras.

§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I - violência doméstica e familiar;

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Na prática, tem prevalecido o entendimento de que a qualificadora do inciso I é objetiva porque refere um contexto, e a qualificadora do inciso II é subjetiva por referir um sentimento.

Entendimento diverso adotou a COPEVID – Comissão Permanente de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher nos Enunciados 23 e 24, elaborados com a presença de Wânia Pasinato, representante da ONU Mulheres responsável pela adaptação das Diretrizes ao Brasil.

São os seguintes:

Enunciado nº 23 (005/2015):

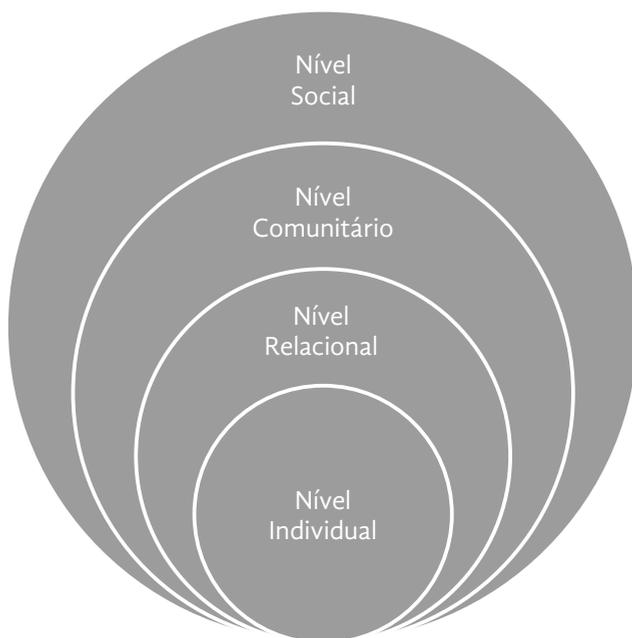
A qualificadora do feminicídio, na hipótese do art. 121, §2º-A, inciso I, do Código Penal, é objetiva, nos termos do art. 5º da Lei n. 11.340/2006 (violência doméstica, familiar ou decorrente das relações de afeto), que prescinde de

qualquer elemento volitivo específico. (Aprovado na II Reunião Ordinária do GNDH em 07/08/2015 e pelo Colegiado do CNPG em 22/09/2015).

Enunciado nº 24 (006/2015):

A qualificadora do feminicídio, na hipótese do art. 121, §2º-A, inciso II, do Código Penal, possui natureza objetiva, em razão da situação de desigualdade histórico-cultural de poder, construída e naturalizada como padrão de menosprezo ou discriminação à mulher. (Aprovado na II Reunião Ordinária do GNDH em 07/08/2015 e pelo Colegiado do CNPG em 22/09/2015).

Adotou-se o entendimento da objetividade também quanto ao inciso II tendo em vista que, diversamente do que ocorre com o motivo fútil ou torpe, o menosprezo e a discriminação são anteriores ao crime e naturalizados. Decorrem de fatores que extrapolam a relação do agente com a vítima, tendo em conta os âmbitos social, comunitário e da sociedade, conforme o modelo ecológico de violência, reproduzido pela seguinte imagem.



Diretrizes Nacionais Feminicídio – Investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres. Brasília/DF, 2016. p. 33.

Quanto ao inciso I, o *leading case* que considerou a qualificadora de natureza objetiva foi o seguinte julgado:

PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. RÉU PRONUNCIADO POR HOMICÍDIO COM MOTIVO TORPE. MORTE DE MULHER PELO MARIDO EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. PRETENSÃO ACUSATÓRIA DE INCLUSÃO DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO. PROCEDÊNCIA. SENTENÇA REFORMADA. 1 Réu pronunciado por infringir o artigo 121, § 2º, inciso I, do Código Penal, depois de matar a companheira a facadas motivado pelo sentimento egoístico de posse. 2 Os protagonistas da tragédia familiar conviveram sob o mesmo teto, em união estável, mas o varão nutria sentimento egoístico de posse e, impelido por essa torpe motivação, não queria que ela trabalhasse num local frequentado por homens.

A inclusão da qualificadora agora prevista no artigo 121, § 2º, inciso VI, do Código Penal, não poderá servir apenas como substitutivo das qualificadoras de motivo torpe ou fútil, que são de natureza subjetiva, sob pena de menosprezar o esforço do legislador. A Lei 13.104/2015 veio a lume na esteira da doutrina inspiradora da Lei Maria da Penha, buscando conferir maior proteção à mulher brasileira, vítima de condições culturais atávicas que lhe impuseram a subserviência ao homem. Resgatar a dignidade perdida ao longo da história da dominação masculina foi a *ratio essendi* da nova lei, e o seu sentido teleológico estaria perdido se fosse simplesmente substituída a torpeza pelo feminicídio. Ambas as qualificadoras podem coexistir perfeitamente, porque é diversa a natureza de cada uma: a torpeza continua ligada umbilicalmente à motivação da ação homicida, e o feminicídio ocorrerá toda vez que, objetivamente, haja uma agressão à mulher proveniente de convivência doméstica familiar. 3 Recurso provido (20150310069727RSE, 1ª TURMA CRIMINAL, Desembargador GEORGE LOPES, j. 29.10.2015).

5. Como vencer os desafios

Feminicídio é o capítulo final de uma história de dor e sofrimento. Mas não é preciso chegar ao último capítulo. É possível interferir e mudar essa história, modificando o padrão violento do homem com os grupos reflexivos e retirando a vítima desse enredo com as medidas protetivas e o seu encaminhamento à rede. Essas simples medidas salvam o homem, a mudar, os filhos e a nossa sociedade. Salvam vidas.

Mas, se o último capítulo precisa ser recontado em um processo, então que se faça Justiça e que a atuação seja efetiva.

Diante dos desafios que se colocam para fazer valer e tornar efetiva a nova lei, alguns pontos podem ser observados no processo:

1º) Refutar argumentos relacionados à vítima ideal (“virgem”, “honesta”, “caseira”, “fiel”)

- Afronta a dignidade humana admitir argumentos relacionados à honra.
- Esses argumentos têm influência no julgamento, “isentando” o réu de responsabilidade ou diminuindo sua pena.
- Na hipótese de feminicídio consumado, deve-se zelar pela memória da mulher e sua família.

2º) Não centralizar a prova no depoimento da vítima

- O comportamento padrão de muitas vítimas sobreviventes é inocentar o parceiro, em razão da Síndrome do Desamparo Aprendido, aquele estado de inação gerado pela repetição da dor. Assim, não há como esperar que a vítima sobrevivente seja a principal “testemunha”.
- “O corpo fala” – ainda que a vítima não queira depor, o laudo pode contar a história da violência. Assim, pode-se requerer que a perícia indique todas as lesões pretéritas e o grau de cicatrização, para demonstrar que a vítima estava submetida a uma vida/contexto de violência (não um ato esporádico).

3º) Resgatar o histórico de violência do casal

- juntar todos os boletins de ocorrência registrados
- atendimentos médicos anteriores
- fotografias de lesões atuais ou pretéritas

4º) Mostrar o “perfil” do feminicida

Em regra, o agressor se apresenta como um homem apaixonado que “perdeu a razão”. Assim, convém juntar aos autos mensagens de texto do casal (normalmente há palavras como “vagabunda” (sic) e outras pejorativas), e-mails, imagens do circuito de câmeras quando existentes, boletins de ocorrências em relação a outras mulheres.

5º) Empatia com a vítima

É preciso muita perspicácia para entender que a mulher em situação de violência se retrata porque está confusa e frágil. Mesmo quando negou proteção estava em perigo. Para compreender que o feminicida não ama a vítima, tanto que a aniquila, destrói seu corpo com crueldade após haver destruído sua alma. Mas há uma tendência a ter empatia com ele, como ressaltam os estudiosos do tema, como se fosse um homem

apaixonado ...e aí está o grande risco de não conhecer o que é violência de gênero.

6. Conclusão: Qual o papel do Ministério Público

O papel do Ministério Público, de cada uma e cada um, é transcender a lei fria e entender que se pode salvar vidas com atitudes simples, como solicitar medidas de proteção e encaminhar mulheres e filhas/filhos para a rede de atendimento. Se a vida se foi, lutar para que a Justiça seja feita, para que a memória seja respeitada e para que nunca uma história seja em vão ou minimizada por aqueles que não conhecem a dor do silêncio.

REFERÊNCIAS

IPEA. **Atlas da Violência**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/170602_atlas_da_violencia_2017.pdf>. Acesso em 30 jun 2017.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Mitos que matam**. Carta Forense. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/mitos-que-matam/17166>>. Acesso em 30 jun. 2017.

_____. **Lei Maria da Penha: O processo penal no caminho da efetividade**. São Paulo: Atlas, 2015.

Fernández-Velasco, Rocío; Labrador, Francisco Javier; Rincón, Paulina Paz; Luis, Pilar de. **Mujeres víctimas de la violencia doméstica: Programa de actuación**. Madrid: Pirámide, 2011.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil**. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/visivel-e-invisivel-a-vitimizacao-de-mulheres-no-brasil/>>. Acesso em 30 jun 2017.

MACHADO, Marta Rodrigues de Assis (Coord). **A violência doméstica fatal: o problema do feminicídio íntimo no Brasil**. Diálogos sobre Justiça. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015.

ONU MULHERES. Diretrizes para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres.

Brasília. 2016

_____. **Modelo de Procolo Latino Americano de Investigação das Mortes Violentas de Mulheres por Razões de Gênero (Femicídio/Feminicídio).** Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/05/protocolo_feminicidio_publicacao.pdf>.

Acesso em: 29 jun. 2017.

SOTTOMAYOR, MARIA CLARA. A fraude da Síndrome da Alienação Parental e a proteção das crianças vítimas de abuso sexual. Disponível em: <<http://www.eas.pt/wp-content/uploads/2014/01/A-fraude-da-SAP-e-a-protec%C3%A7%C3%A3o-das-crian%C3%A7as-v%C3%ADtimas-de-abuso-sexual.pdf>>. Acesso em 30 jun 2016.

_____. **Uma análise crítica da Síndrome da Alienação Parental e o risco de sua utilização nos Tribunais de Família.** Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/073-107-Aliena%C3%A7%C3%A3o-parental.pdf>>. Acesso em 30 jun. 2016.

O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AGENTE DE PREVENÇÃO À TORTURA E AOS MAUS-TRATOS: METODOLOGIA ESPECÍFICA E PARÂMETROS INTERNACIONAIS PARA SUA EFETIVAÇÃO

Nívia Mônica da Silva¹

Sílvia Corradi Sander²

Sylvia Dias³

“Tortura é prática que envolve três atores: o torturado, o torturador e a sociedade que a permite”.⁴

Sumário: 1. Introdução. 2. A prevenção da tortura na Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura. 3. O papel dos órgãos de monitoramento no Brasil. 4. O Ministério Público como agente preventivo contra tortura e maus-tratos. 5. Conclusão. Referências.

Resumo: O artigo discute o papel fundamental do monitoramento dos locais de privação de liberdade como medida de prevenção à tortura e aos maus-tratos, apontando as normas e parâmetros internacionais relevantes ao tema. Aborda como a normativa nacional incorpora o referido monitoramento como medida de controle e proteção na execução da pena, e apresenta uma análise sobre o papel do Ministério Público como órgão de monitoramento das condições de detenção. Demonstra, ao final, como a qualificação dos membros do Ministério Público relativamente aos parâmetros e recomendações internacionais na matéria, combinada com a adoção metodológica dos critérios apresentados, pode contribuir para o fortalecimento da instituição e

1 Promotora de Justiça e Coordenadora do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa dos Direitos Humanos, Apoio Comunitário e Controle Externo da Atividade Policial do Ministério Público de Minas Gerais. Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

2 Assessora Jurídica no Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa dos Direitos Humanos, Apoio Comunitário e Controle Externo da Atividade Policial do Ministério Público de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, com formação complementar pela University of Wisconsin at Madison, ênfase em Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Constitucional.

3 Diretora do Escritório para América Latina da Associação para a Prevenção da Tortura na Cidade do Panamá. Advogada. Mestre (LL.M.) em direito internacional pela Universidade de Connecticut nos Estados Unidos.

4 ARANTES, Maria Auxiliadora de Almeida Cunha. **Tortura**. Coordenação Geral de Combate à Tortura (Org.). 1. Ed. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010. p. 14.

para uma maior proteção dos direitos fundamentais das pessoas que se encontram privadas de sua liberdade.

Palavras-chave: Privação de liberdade. Prevenção à tortura e aos maus-tratos. Monitoramento preventivo. Protocolo Facultativo à Convenção da ONU contra a Tortura. Ministério Público.

Abstract: The article discusses the role of the monitoring of places of deprivation of liberty as a measure to prevent torture and ill-treatment, presenting norms and international standards that focus on the subject. It discusses how national legal framework incorporates such monitoring as a measure of protection and control of enforcement of sentences, and presents an analysis of the role of the Public Prosecutor's Office as a monitoring body of detention conditions. It demonstrates, at the end, how the qualification of the Public Prosecutor's Office members concerning the parameters and international recommendations on this matter, combined with the adoption of the methodological criteria presented, will contribute to the strengthening of the institution and for a greater protection of fundamental rights of people who are deprived of their freedom.

Keywords: Deprivation of liberty. Prevention of torture and ill-treatment. Preventive monitoring. Optional Protocol to the UN Convention against Torture. Public Prosecutor's Office.

1. Introdução

A tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes são práticas merecedoras do mais agudo grau de reprovação, por pretenderem negar o atributo essencial da humanidade à pessoa contra quem é cometida. Não obstante a consagração formal da regra de proibição da tortura e de outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, a realidade permanece complexa e desafiadora.

A prática da tortura e a imposição de tratamentos degradantes a pessoas em situação de vulnerabilidade, em decorrência de questões culturais, sociais ou políticas, são retratadas em diversos capítulos da história brasileira. Desde os anos em que vigorava o regime de escravidão, passando pelas duas ditaduras do século XX, até os dias de hoje, a tortura se mantém como prática não apenas presente, mas recorrente em nossa sociedade, institucionalizada em unidades de detenção, de tratamento psiquiátrico e do sistema socioeducativo. Trata-se de fenômeno recebido com ares de naturalidade e inevitabilidade sob o ponto de vista da manutenção da ordem e da segurança, e de instrumento de controle e punição dos indivíduos socialmente “indesejáveis” que culmina, inevitavelmente, na flagrante denegação dos seus direitos fundamentais.

É irrefutável a necessidade premente de se fortalecer o aparato de proteção contra a tortura e os tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes no país. O vasto número de relatórios elaborados na última década por mecanismos de direitos humanos das Nações Unidas e do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, reiteram a persistência da tortura e das condições degradantes e desumanas em unidades de detenção ao redor do país. Uso excessivo da força por agentes penitenciários, superlotação endêmica, condições insalubres de confinamento, violência generalizada e crescimento de grupos criminosos na prisão, emprego da tortura com fins de investigação criminal, ausência de medidas efetivas para a proteção de grupos vulneráveis, falta de programas laborais, de ações educativas e ausência de transparência nos mecanismos de acesso a estes programas, corrupção e falta de transparência na gestão penitenciária são alguns dos temas mais graves recorrentemente identificados.⁵

Em setembro de 2011, o Subcomitê das Nações Unidas para a Prevenção da Tortura (SPT), durante a visita que realizou ao país, recebeu diversos e reiterados relatos de tortura e maus-tratos cometidos pela polícia civil e militar e em instituições penitenciárias.⁶ Foi relatada, em várias e diferentes ocasiões, a utilização de choques elétricos, ameaças psicológicas e agressões físicas, inclusive dentro de viaturas policiais. O SPT foi enfático ao concluir que “*as alegações recebidas são casos de tortura física e mental ou de maus-tratos*”.⁷

Além disso, preocupação tem sido expressada quanto à insuficiência da atual estrutura institucional no Brasil para coibir a prática de tortura e maus-tratos, inclusive no que diz respeito aos mecanismos de fiscalização e denúncia.⁸ Do ponto de vista do sistema de justiça e segurança, no estado de coisas atual, a tortura se

5 Vide: Conselho de Direitos Humanos, Grupo de Trabalho sobre a Revisão Periódica Universal, Primeira Sessão, Genebra, 7-18 de abril de 2008. Compilação elaborada pelo Alto Comissariado de Direitos Humanos da ONU, em conformidade com o parágrafo 15(b) do anexo à Resolução 5/1 do Conselho de Direitos Humanos, Brasil, A/HRC/WG.6/1/BRA/2, 31 de março de 2008, §§10,11, 15 e 22; e Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatoria para pessoas privadas de liberdade. *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. 2011.* §38. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>. Consultado em 21/02/2013>. Aponta a Comissão, ainda, que “esta realidade estacionária é o resultado de décadas de desatenção ao problema carcerário por parte dos sucessivos governos dos Estados da região, e da apatia das sociedades, que tradicionalmente têm preferido não enxergar as prisões. Assim, os centros de privação de liberdade se converteram em âmbitos carentes de monitoramento e fiscalização nos quais tradicionalmente tem imperado a arbitrariedade, a corrupção e a violência.”. Id., §40. (Tradução livre). Vide também: Corte IDH. Asunto de la Cárcel de Urso Branco respecto Brasil. Resolución da Corte de 25 de agosto de 2011. §5.

6 Subcomitê para a prevenção da Tortura das Nações Unidas, Relatório sobre a Visita ao Brasil, CAT/OP/BRA/R.1, 08 de fevereiro de 2012, §79.

7 Id., §86.

8 Id., §23.

caracteriza por ser um fenômeno invisível, indizível, insindicável e, conseqüentemente, impunível.⁹

As muitas instituições e agentes previstos por lei para monitorar as condições de detenção, tal como integrantes do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, encontram muitas dificuldades para desempenhar suas funções de modo eficiente sob o ponto de vista finalístico. A deficiência no cumprimento desse dever decorre de distintos motivos, incluindo a falta de planejamento adequado e de regularidade na visitação, a carência de corpo técnico capaz de potencializar, o alcance da inspeção, a ausência de publicação dos relatórios, as dimensões físicas das unidades prisionais e o cenário de superlotação de sua capacidade. Em meio a essas circunstâncias destaca-se a não utilização de uma metodologia específica para as visitas de inspeção às unidades prisionais, que seja baseada em critérios preestabelecidos por instrumentos e recomendações internacionais de órgãos com experiência consolidada nesta área, como o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) e o Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura.

Sob a perspectiva histórica, a Convenção de Genebra tem sido o marco utilizado internacionalmente para o monitoramento de locais de privação de liberdade a fim de verificar as condições de vida e detenção de pessoas que se encontram privadas de sua liberdade, bem como para prevenir a ocorrência de tortura e maus-tratos. O modelo de visitas realizadas pelo CICV aos prisioneiros de guerra e aos presos políticos em situações de conflito armado tornou-se um instrumento fundamental para prevenir a prática de abusos e melhorar o tratamento conferido às pessoas presas, as condições de detenção e a observância de padrões e normas internacionais de proteção a que fazem jus.¹⁰

Em 2002, tais critérios foram adotados, pela primeira vez no âmbito dos tratados internacionais, com a aprovação do Protocolo Facultativo da Convenção da ONU contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes pela Assembleia Geral das Nações Unidas, que entrou em vigor em junho de 2006 e ao qual o Brasil aderiu em 11 de janeiro de 2007. Referido tratado prevê um sistema de visitas regulares de monitoramento a todos os lugares de privação de liberdade, utilizando critérios metodológicos mínimos a serem rigorosamente observados. Estabelece, ainda, que esse monitoramento deve ser levado a efeito

9 MARIZ, Luciano. Do Controle Judicial da Tortura Institucional no Brasil Hoje: À luz do direito internacional dos direitos humanos. Recife. 2006. p. 12.

10 Para maiores informações sobre o trabalho de monitoramento empreendido pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha, vide <<http://www.icrc.org/eng/what-we-do/visiting-detainees/overview-visiting-detainees.ht>>.

por órgãos nacionais e internacionais independentes com o objetivo de prevenir a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.¹¹

Partindo dessas premissas, nas sessões seguintes deste artigo, serão abordadas as normas e parâmetros internacionais que incidem sobre o monitoramento dos locais de privação de liberdade, bem como sobre as recomendações elaboradas por órgãos das Nações Unidas e relatorias especiais sobre seu papel como medida de prevenção à tortura. Em seguida será discutido como a normativa nacional incorpora o monitoramento dos centros de detenção como medida de controle e proteção na execução da pena. Finalmente, será abordado o papel de órgão de monitoramento das condições de detenção a ser desempenhado pelo Ministério Público no contexto normativo brasileiro. Pretende-se demonstrar como a adoção de uma metodologia específica, elaborada a partir de critérios que atendem ao Protocolo Facultativo de Prevenção à Tortura, combinada com o desenho e as funções institucionais conferidas ao Ministério Público pela Constituição da República Federativa do Brasil (CR/88) pode contribuir para a superação de muitos dos desafios postos pela política prisional e pelo modelo organizacional das unidades de privação de liberdade.

2. A prevenção da tortura na convenção das Nações Unidas contra a tortura

o direito internacional dos direitos humanos exige que os Estados mantenham, como um meio efetivo de prevenir casos de tortura e maus-tratos, uma revisão sistemática de suas regras de interrogatórios, instruções, métodos e práticas, bem como disposições aplicáveis à custódia e ao tratamento de pessoas submetidas a qualquer forma de

11 Protocolo Facultativo da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, UN Doc. A/RES/57/199, adotado em 18 de dezembro de 2002, artigo 1º.

detenção ou prisão.¹² Os Estados também são obrigados a investigar queixas de maus-tratos dos detentos e estabelecer mecanismos para monitorá-las.¹³

O Artigo 1º da Convenção da ONU contra a Tortura estabelece a definição internacionalmente aceita de atos que constituem ‘tortura’, dispondo que:

o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos graves, de natureza física ou mental, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir essa pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou os sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou dela decorram.

O limite exato entre ‘tortura’ e quaisquer outras formas de ‘penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes’ é geralmente de difícil identificação, dependendo, muitas vezes, de circunstâncias específicas do caso e de características da vítima em

12 A privação de liberdade de uma pessoa é uma condição que pode se dar em âmbitos distintos. As obrigações de respeito e garantia a cargo dos Estados transcendem, portanto, o meramente penitenciário e policial. As considerações a serem feitas neste artigo partem do conceito de privação de liberdade sistematizado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que abarca “qualquer forma de detenção, encarceramento, institucionalização, ou custódia de uma pessoa, por razões de assistência humanitária, tratamento, tutela, proteção, ou por delitos e infrações à lei, ordenada por ou sob o controle de fato de uma autoridade judicial ou administrativa ou qualquer outra autoridade, seja em uma instituição pública ou privada, na qual não possa dispor sobre sua liberdade ambulatoria. Entende-se como inclusas nesta categoria de pessoas não apenas as pessoas privadas de liberdade por delitos ou infrações e descumprimentos da lei, sejam estas processadas ou condenadas, mas também as pessoas que estão sob a custódia e a responsabilidade de certas instituições, tais como: hospitais psiquiátricos e outros estabelecimentos para pessoas com deficiências físicas, mentais ou sensoriais; instituições para meninos, meninas e adultos; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo ou refúgio, apátridas e indocumentados; e qualquer outra instituição similar destinada à privação de liberdade de pessoas.” Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Relatoria para pessoas privadas de liberdade. Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. 2011* (Tradução livre). §38. Disponível em <<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>>. Consultado em 21/02/2013.

13 Observações Finais da Comissão de Direitos Humanos: França, ONU Doc.CCPR/C/79/Ad.80, 4 agosto 1997 par. 16.

particular.¹⁴ Ambos os termos incluem maus-tratos físicos ou mentais que tenham sido infligidos intencionalmente por agente público, ou com o consentimento ou a aquiescência de pessoas no exercício de funções públicas.¹⁵

Os termos tratamento cruel e punição desumana ou degradante referem-se a maus-tratos que não foram necessariamente infligidos com um propósito específico, mas deve haver intenção de expor a pessoa a condições que equivalham a maus-tratos, ou que neles resultem. Expor uma pessoa a situações que possam razoavelmente ser consideradas maus-tratos implicará responsabilidade pelo ato. Tratamento degradante pode incluir dor ou sofrimento menos grave que a tortura ou tratamento desumano ou cruel e geralmente implica humilhação e aviltamento da vítima.¹⁶

São tênues os limites e contornos jurídicos entre as várias formas de maus-tratos, pois seria necessário avaliar níveis de sofrimento físico e/ou psíquico impostos à vítima, o que vai variar conforme as circunstâncias específicas do caso e das características de quem sofre a agressão. Por vezes, certas formas de maus-tratos ou alguns aspectos da detenção que não constituiriam tortura analisados isoladamente do contexto podem vir a sê-lo, se combinados com outros elementos pessoais ou circunstanciais.¹⁷ De todo modo, sejam configuradoras de tortura ou maus-tratos, deve se considerar que as medidas de prevenção constituem instrumentos indispensáveis a uma política integral de erradicação de tais práticas.

Como estabelece a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura, ratificada pelo Estado brasileiro em 28 de setembro de 1989, cada Estado-Parte tomará medidas eficazes de caráter legislativo,

14 Os redatores das Convenções de Genebra também evitaram elaborar uma lista pormenorizada de atos proibidos. Em seu comentário sobre as Convenções de Genebra, o Comitê CICV declara: 'É sempre perigoso detalhar em excesso – sobretudo neste campo. Embora grande o cuidado em fazer uma lista das várias formas de infligção, jamais seria possível permanecer atualizado com a fértil imaginação de futuros torturadores que desejem satisfazer seus instintos animais. Quanto mais específica e completa a lista, mais restritiva ela se torna. A redação é flexível e, ao mesmo tempo, precisa'. Ver: Jean Pictet Comentário – IV Convenção de Genebra Relativa à Proteção de Civis em Tempos de Guerra, CICV, 1958, pág. 39. In: FOLEY, Conor. Combate à Tortura: Manual para Magistrados e Membros do Ministério Público. Human Rights Centre, University of Essex. 2003. p. 12.

15 FOLEY, Conor. Combate à Tortura: Manual para Magistrados e Membros do Ministério Público. Human Rights Centre, University of Essex. 2003. p. 11.

16 Id. p.12.

17 Id. Para maior aprofundamento na discussão, ver: Comissão de Direitos Humanos, Comentário Geral nº 20, Artigo 7º (44ª sessão, 1992), Compilação dos Comentários Gerais e das Recomendações Gerais adotadas pelos Órgãos dos Tratados de Direitos Humanos, ONU, Doc. HRI/GEN/1/Rev.1. at 30 (1994), §§4 e 5; Corte Europeia de Direitos Humanos. *Selmouni v. França*. Sentença de 28 de julho 1999, §101; Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Mérito. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C No. 33. §§57, 58; Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Mérito. Sentença de 12 de novembro de 1997. Série C No. 35. §91; Corte Europeia de Direitos Humanos. *Irlanda v. Reino Unido*. Sentença de 18 de Janeiro de 1978, §167; Corte Europeia de Direitos Humanos. *Ribitsch v. Áustria*. Sentença de 4 de Dezembro de 1995, §36.

administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição.¹⁸ Da leitura desta norma internacional extraem-se dois fatores essenciais à compreensão da função da prevenção nas políticas e ações que visam a erradicar a prática de tortura e aos maus-tratos.

Primeiramente, resta claro que a prevenção, junto a outras medidas que visem à responsabilização e reparação por atos de tortura – também contempladas na Convenção contra a Tortura –, constitui obrigação que se impõe aos Estados que aderiram a este tratado internacional. Pela mesma razão, os Estados-Partes são obrigados a tipificar esta prática como crime em sua legislação,¹⁹ a investigar imediatamente e com imparcialidade denúncias de tortura e congêneres²⁰ e a reparar e indenizar as vítimas de um ato de tortura²¹, porquanto não podem prescindir de medidas que visem a antecipar-se à sua prática e inibir sua ocorrência.

Além disso, este dispositivo reflete a natureza interdisciplinar das medidas tendentes a prevenir a tortura e os maus-tratos, atos nos quais incidem uma grande variedade de fatores, tal como o nível geral de (des)respeito aos direitos humanos e ao Estado de Direito, os níveis de pobreza da população, exclusão social, corrupção e discriminação.²² Nesse sentido, o SPT tem afirmado que a tarefa de prevenção não admite exclusividade, já que requer uma ampla gama de conhecimentos e experiências, por exemplo em questões legais, médicas, educacionais, religiosas, políticas, e de políticas penitenciárias e de segurança pública.²³ A prevenção deve se dar, portanto, sob um enfoque holístico, que aborde as causas fundamentais da tortura e as condições ou elementos de cunho judicial, administrativo, educacional, legislativo, entre outros, que facilitam ou favorecem sua prática.

2.1. Visitas de monitoramento como medida preventiva de combate à tortura

As Nações Unidas, por intermédio dos seus órgãos de tratados e relatorias especiais, reiteram manifestações no sentido de que o monitoramento de unidades de privação de liberdade por meio

18 Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, UN Doc. A/RES/39/46, adotada em 10 de dezembro de 1984, artigo 2º.

19 Id., artigo 4º.

20 Id., artigo 13.

21 Id., artigo 14.

22 Subcomitê para a Prevenção da Tortura das Nações Unidas (SPT), *Cuarto Informe Anual* (em espanhol), CAT/C/46/2, Genebra, 3 de fevereiro de 2011, § 107(a).

23 Id., § 107(i).

de visitas periódicas e levado a efeito por órgãos independentes, qualificados e estruturados para exercer tal mister, é uma das formas mais eficazes de prevenir e combater a prática da tortura e de maus-tratos.²⁴

Manfred Nowak, Relator Especial sobre a Tortura das Nações Unidas entre 2004 e 2010, afirmou como parte do seu estudo global sobre o fenômeno da tortura, que um sistema de visitas regulares aos locais de detenção, realizado por órgãos de monitoramento independentes, constitui o meio mais inovador e efetivo de prevenir a tortura e gerar respostas adequadas e imediatas a denúncias de abusos e maus-tratos por agentes penitenciários ou policiais.²⁵

O SPT destaca, a seu turno, que a prevenção da tortura pode ser implementada com maior eficácia quando o sistema prisional está sujeito à fiscalização e, sobretudo quando os organismos com atribuição legal para seu controle e fiscalização, conjuntamente com organizações da sociedade civil, atuam de maneira combinada e articulada, reforçando-se mutuamente.²⁶

Essa articulação é necessária em razão de os locais de detenção serem eminentemente propícios para a prática de violações de direitos humanos, uma vez que geralmente são inacessíveis a agentes externos, ampliando o desconhecimento sobre o que lá ocorre e a impunidade. Por óbvio, as pessoas privadas de liberdade se encontram em situação de especial vulnerabilidade, tendo em vista que sua segurança e bem-estar estão sob a inteira responsabilidade das autoridades que as detêm.

Nesse sentido, o Ex-Relator Especial das Nações Unidas sobre Tortura, Sir Nigel Rodley, em relatório apresentado na 56ª sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, afirmou que um dos principais fatores contribuindo para a impunidade daqueles que cometem tortura é a prevalência da oportunidade para praticá-la, recomendando assim a substituição do paradigma da opacidade dos locais de detenção pelo da transparência promovendo-se o acesso livre a todos os lugares de privação de liberdade.²⁷

24 RODLEY, Sir Nigel. *Question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, 03/07/2001, A/56/156, Assembleia Geral das Nações Unidas, §39 (e), original em inglês.

25 NOWAK, Manfred. *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, A/HRC/13/39/Add.5, 5 de fevereiro de 2010, §157.

26 SPT, *Cuarto Informe Anual*, §107(h).

27 Id., §§ 34-35, original em inglês.

2.2. Metodologia do monitoramento preventivo

As visitas realizadas às pessoas privadas de liberdade por organismos independentes cumprem distintas funções. Primeiramente, ostentam um importante efeito preventivo, já que o simples fato de que alguém externo ingresse regularmente nos locais de detenção causará, por si só, um efeito inibidor que contribuirá para a proteção das pessoas que ali se encontram. Em segundo lugar, oferece proteção direta e voz às pessoas detidas, já que as visitas *in loco* possibilitam que se identifiquem imediatamente os problemas que as afetam e que exigem medidas imediatas. Três: as visitas possibilitam a documentação e a avaliação das condições de detenção. Finalmente, as visitas formam as bases para o diálogo entre os órgãos que realizam o monitoramento e as autoridades responsáveis pela detenção.²⁸

Também é importante que se diga que a visitação regular, sob a forma de monitoramento, permite que sejam conhecidas as dificuldades – e eventualmente as violações de direitos – vivenciadas pelos agentes incumbidos da guarda das pessoas detidas em sua rotina de trabalho, possibilitando a oferta de cuidados e orientações àqueles incumbidos do dever de cuidar. Decerto, a proposição de medidas em respeito aos direitos desses agentes contribuirá para que eles se empenhem em garantir os direitos alheios.

Nada obstante, para que as visitas de monitoramento aos locais de privação de liberdade possam alcançar algum impacto – seja de evitar abusos e maus-tratos, documentar violações já cometidas ou oferecer assistência direta às pessoas presas –, é necessário que se observe uma metodologia adequada, que leve em consideração critérios e parâmetros compatíveis com os objetivos almejados. Ao longo de muitos anos, organismos não governamentais, internacionais e regionais, com atribuição para realizar visitas aos locais de privação de liberdade, como o CICV, o Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura²⁹ e a Relatoria Especial sobre Tortura das Nações Unidas³⁰ atuam no sentido de identificar os requisitos essenciais a uma proposta metodológica que possibilite a obtenção de êxito na prevenção de tortura e maus-tratos por meio da visitação dos locais de detenção.

28 Associação para a Prevenção da Tortura (APT), Monitoramento de Locais de Detenção: um guia prático, APT, Genebra, 2004, pp. 26-27.

29 Para maiores informações sobre a competência e a metodologia empregada pelo Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura, vide <<http://www.cpt.coe.int/portugais.htm>>.

30 Para maiores informações sobre a Relatoria Especial sobre Tortura das Nações Unidas, vide <<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Torture/SRTorture/Pages/SRTortureIndex.aspx>>.

Referida metodologia de monitoramento pressupõe que o órgão responsável pelo monitoramento:³¹

- Tenha a garantia de acesso livre e irrestrito a todos os lugares de privação de liberdade e a todas as suas instalações e dependências;
- Tenha acesso às pessoas privadas de liberdade;
- Entreviste com privacidade as pessoas privadas de liberdade de sua escolha;
- Realize visitas regulares e sem necessidade de aviso prévio;
- Tenha acesso a toda informação e registros referentes às pessoas detidas e às condições de detenção;
- Entreviste funcionários e corpo técnico das unidades prisionais;
- Conte com equipe de visita multidisciplinar que reúna diversos conhecimentos e habilidades relevantes, por exemplo, no campo do direito, saúde, educação, religião, política e sistema penitenciário;³²
- Garanta a confidencialidade das informações prestadas;
- Adote medidas ou estratégias para evitar ou mitigar os riscos de represálias ou retaliações contra as pessoas que prestam informação ao órgão de monitoramento.

O SPT, como órgão responsável pelo monitoramento e supervisão do cumprimento do Protocolo Facultativo, adiciona a este rol o requisito de que as visitas aos locais de detenção devem ser previamente preparadas e planejadas, levando-se em conta todos os fatores pertinentes, como os marcos jurídicos e administrativos gerais, os direitos substantivos e as garantias de processo e procedimento relacionadas com a detenção no contexto em que se aplicam.³³

Vale destacar que as visitas às unidades de privação de liberdade realizadas sem a observância estrita a esses critérios podem representar um grave risco à integridade física e mental das pessoas privadas de liberdade por diversas razões. Como nos alerta o *Manual para a Investigação e Documentação Eficazes da Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes*, mais conhecido como o *Protocolo de Istambul*, visitas realizadas sem a

31 Id., Artigos 20 e 21.

32 SPT, *Cuarto Informe Anual*, §170 (i).

33 SPT, §107(e).

estrita observância dos critérios acima mencionados podem acarretar efeitos maléficos que põem em perigo a integridade física e psíquica das pessoas privadas de liberdade, violando o princípio central que norteia o monitoramento de locais de detenção, qual seja, o princípio de não causar danos.³⁴

A inobservância desses parâmetros pode, ainda, gerar uma falsa impressão de regularidade ao órgão de controle, decorrente da visão incompleta ou distorcida da realidade na unidade visitada. Há também o risco de expor as pessoas privadas de liberdade a risco de retaliações e represálias³⁵. Ademais, uma visita incompleta ou mal planejada permite que se legitime uma situação de violação de direitos fornecendo um alibi aos responsáveis pelo ilícito que podem utilizar o argumento de que agentes externos visitaram a unidade de privação de liberdade e nada detectaram.³⁶

3. O papel dos órgãos de monitoramento no Brasil

o Brasil há muito reconheceu no seu ordenamento jurídico a necessidade da presença contínua de agentes externos nos locais de privação de liberdade, de forma a se fortalecer a proteção das pessoas privadas de liberdade e prevenir e diminuir violações aos seus direitos humanos. Neste sentido, em 1984 a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) instituiu órgãos da execução penal com atribuições específicas para inspecionar periodicamente os estabelecimentos prisionais: membros da Magistratura e do Ministério Público, integrantes do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, do Departamento Penitenciário (DEPEN), dos Conselhos da Comunidade e dos Conselhos Penitenciários. Em 2010, a Defensoria Pública, por ocasião da publicação da Lei nº 12.313, que alterou o artigo 61 da Lei de Execução Penal, foi igualmente incumbida dessa função.

No ano de 2013, foi também sancionado outro importante marco normativo nacional: a Lei nº 12.847, de 2 de agosto, que instituiu o

34 Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, Série de Treinamento Profissional no.7, Manual de Treinamento sobre Monitoramento dos Direitos Humanos, Nova Iorque, Genebra, 2001, Capítulo V.

35 Nesse sentido, o enunciado 8, do Grupo B do *III Encontro Nacional de aprimoramento da atuação do Ministério Público junto ao Sistema Prisional*, promovido pelo CNMP, afirma: “Os presos que prestam informação sobre tortura, maus-tratos, homicídios e outros crimes ocorridos em estabelecimentos prisionais correm sérios riscos à sua segurança. Sugere-se que os membros, analisando caso a caso, utilizem o recurso de ouvir mais detentos que os que efetivamente interessem à investigação, como uma forma de preservar os que prestaram informações relevantes, além do uso de sigilo de investigações e de justiça para preservar as testemunhas/ofendidos. Se for o caso, deve ser viabilizada a transferência de unidade do preso em questão.”.

36 Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, Série de Treinamento Profissional no. 8, Manual para Investigação e Documentação Eficazes (Protocolo de Istambul), Genebra, 2001,§ 126.

Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (SNPCT), criou o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (CNPCT) e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT).³⁷ Uma das atribuições do SNPCT é fomentar a criação de Sistemas Estaduais de Prevenção e Combate à Tortura e aos Maus-Tratos, com previsão de Comitê e Mecanismos próprios que atuem de forma articulada ao Sistema Nacional e aos demais órgãos e estruturas, do poder público, do Sistema de Justiça e da sociedade civil, que detém a atribuição de fiscalizar unidades de privação de liberdade³⁸.

O Mecanismo Nacional, em funcionamento desde o ano de 2015, constitui órgão responsável pela prevenção e combate à tortura e aos maus-tratos em unidades de privação de liberdade no Brasil, nos termos do Artigo 3º do Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Entre outras atribuições, o Mecanismo elabora, anualmente, relatório sobre o conjunto das visitas de monitoramento realizadas, compilando as informações, análises e recomendações formuladas, e fornece subsídios para o debate nacional sobre a prevenção à tortura no Brasil³⁹.

Em síntese, observa-se que as políticas públicas encampadas pelo governo federal com a finalidade de erradicar a tortura e os maus-tratos atribuem destaque à função preventiva das visitas periódicas a

37 Conforme disposto no caput do art. 2º, o SNPCT será integrado por órgãos e entidades públicas e privadas com atribuições legais ou estatutárias de realizar o monitoramento, a supervisão e o controle de estabelecimentos e unidades onde se encontrem pessoas privadas de liberdade, ou de promover a defesa dos direitos e interesses dessas pessoas. Compõe o SNPCT, o CNPCT, o MNPCT, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP e o DEPEN. A Lei nº 12.847/2013 foi regulamentada pelo Decreto nº 8.154, de 16 de dezembro de 2013, que dispõe sobre o funcionamento do SNPCT, a composição e o funcionamento do CNPCT e sobre o MNPCT.

38 Atualmente, o Rio de Janeiro constitui o único estado que conta com Sistema Estadual de Prevenção à Tortura e aos Maus-Tratos (MEPCT/RJ), instituído pela Lei Estadual n.º 5.778, de 30 de junho de 2010 (antes mesmo da publicação da lei federal), vinculado à estrutura do Poder Legislativo. Para acesso a informações acerca da atuação do MEPCT/RJ, vide: <<http://mecanismo.rj.com.br/>>. Em Minas Gerais, em 17 de janeiro de 2014 foi publicada a Lei nº 21.164, que, a despeito de tratar de matéria diversa, instituiu Comitê Estadual de Prevenção da Tortura e Maus-Tratos. Entretanto, a precária instituição legislativa do Comitê, em desacordo aos comandos previstos no Protocolo Facultativo, não foi, até então, revista ou mesmo colocada em funcionamento. Desde a publicação da mencionada lei, a APT, o Ministério Público de Minas Gerais, o Ministério Público Federal, o Conselho Estadual de Direitos Humanos e grupos da sociedade civil têm atuado no sentido da propositura de medidas que busquem a adequação da Lei nº 21.164/2014 aos parâmetros normativos internacionais e federais.

39 Para acessar o primeiro Relatório Anual elaborado pelo MNPCT, referente ao período 2015-2016, vide: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/06/cf63b40b37ea1dbc619b2a03e2e76121.pdf>>. Último acesso em: 6/6/2017.

locais de privação de liberdade.⁴⁰ É reconhecida a necessidade de que se garanta a transparência das instituições fechadas, de forma a dar visibilidade à realidade intramuros para que a população a conheça e a fiscalize. Em outras palavras, reconhece-se na fiscalização dos locais de privação de liberdade um recurso fundamental para a promoção da integridade no Sistema de Justiça Criminal e para a prevenção da tortura.

Em razão desta variedade de estruturas, o Brasil conta com um sistema de monitoramento diversificado e com potencial para alcançar um resultado efetivo para prevenir os abusos praticados contra a dignidade das pessoas privadas de liberdade no país. Porém, avaliando o funcionamento de tais órgãos a partir dos critérios mínimos delineados no Protocolo, percebe-se que, de modo geral e por distintas razões, nenhum destes órgãos atenta para a observância desses parâmetros, o que mitiga a eficácia preventiva e inibitória de abusos dos episódios de visitação.⁴¹ Uma das principais deficiências apontadas é a falta de regularidade nas visitas. Apesar do aparente grande número de órgãos de execução penal incumbidos da tarefa de inspecionar os estabelecimentos prisionais, ainda não se pôde estabelecer no país um sistema regular de visitação às unidades de detenção.⁴²

O segundo desafio observado é a falta de uma metodologia específica preestabelecida para a condução das visitas de inspeção das unidades, em conformidade com a parametrização internacionalmente proposta.⁴³ Aos membros dos órgãos da execução penal raramente são oferecidos treinamentos específicos baseados nos parâmetros e critérios ora mencionados, que possibilite a identificação de sinais de ocorrência de tortura e maus-tratos.

40 Outro exemplo importante é o Plano de Ações Integradas de Prevenção e Combate à Tortura no Brasil, lançado pelo governo federal em 2005, que instituiu como um de seus eixos de ação a capacitação dos membros dos órgãos responsáveis pelo acompanhamento da execução penal sobre padrões internacionais de proteção e promoção dos direitos humanos e de prevenção da tortura. Parte-se do pressuposto que esse monitoramento só alcançará resultados substancialmente positivos se executado por profissionais devidamente capacitados e qualificados para tal função específica. Ver: Comissão Permanente de Combate à Tortura e à Violência Institucional, Secretaria dos Direitos Humanos, Plano de Ações Integradas para prevenção e o Controle da Tortura no Brasil, Brasília, Dezembro de 2005, p. 26. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/consulta_plano_tortura.htm>. Último acesso em: março de 2013.

41 Para uma análise mais aprofundada sobre a atuação dos distintos órgãos da execução penal como órgãos de monitoramento das unidades prisionais, vide: Salla, Fernando; Alvarez, Marcos César, O Brasil e o Protocolo Facultativo a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 13, n. 57, 2005.

42 SPT, Relatório sobre a Visita ao Brasil, §32.

43 DIAS, Sylvia; GEREZ, Claudia. *O Protocolo Facultativo a Convenção da ONU contra a Tortura: uma Ferramenta Prática para a prevenção da Tortura no Brasil*, Recife, 2006, Direitos Humanos Internacionais: perspectivas práticas no novo cenário mundial, p.60.

Muitas vezes as visitas de inspeção, apesar de realizadas mensalmente – como previsto nos instrumentos normativos em vigor –, adquirem conotação meramente protocolar, limitando-se a uma conversa com a direção do estabelecimento prisional, sem contato com a população carcerária, com os técnicos e agentes incumbidos da custódia e dos cuidados para com as pessoas privadas da liberdade, ou mesmo sem que sejam inspecionados os espaços onde as pessoas estão detidas.⁴⁴ Sabe-se, por outro lado, que em muitas hipóteses a única maneira de se averiguar as reclamações e denúncias das pessoas presas dá-se por meio de formulários padronizados preenchidos pelos próprios detentos e/ou por meio de entrevistas, realizadas num espaço em que haja condições mínimas de privacidade entre os órgãos de monitoramento e esses indivíduos. A entrevista individual é uma importante ferramenta para o êxito das visitas de monitoramento e integra a base do processo de documentação das condições de detenção. É por meio desses diálogos que o órgão de monitoramento poderá identificar sinais de tortura, maus-tratos ou de outras violações de direitos.⁴⁵

A despeito disso, a utilização de formulários pode se tornar bastante relevante para que os detentos que não tenham sido pessoalmente entrevistados ou que não queiram se identificar possam, anonimamente, fornecer informações relevantes para a apuração de ilícitos, sobretudo em casos de unidades com lotação acima da capacidade ou de dimensões físicas avantajadas. Essa prática pode contribuir também para que o custodiado dê vazão a demandas estritamente jurídico-processuais, livrando-se da costumeira ansiedade e, deste modo, abrindo espaço para que relatar as condições carcerárias.

É importante, outrossim, que os agentes incumbidos da guarda direta das pessoas privadas da liberdade sejam também entrevistados e ouvidos – ainda que por meio de formulários – quanto às suas demandas e reivindicações, bem como acerca das condições gerais de trabalho sob o ponto de vista da segurança, salubridade física e mental, treinamentos específicos e periódicos, entre outros aspectos que se afigurem relevantes no contexto.⁴⁶ Além das questões

44 Id.

45 APT, Monitoramento, pp.79-83. Comitê Internacional da Cruz Vermelha, **Respect for the Life and Dignity of the detainees**, Disponível em: <<http://www.icrc.org/eng/what-we-do/visiting-detainees/overview-visiting-detainees.htm>>. Acesso em: 3/3/2013.

46 Conforme afirmou Dráuzio Varella a partir de sua observação durante anos como médico que atendia pessoas privadas de liberdade no interior dos estabelecimentos prisionais, os agentes penitenciários sofrem um infundado preconceito e, não raro, apresentam demandas de violações de direitos humanos tão graves quanto as demandas das pessoas presas. Em suas palavras: “A natureza do trabalho dos guardas de presídio pouco os diferencia da condição de prisioneiro, exceto o fato de que saem em liberdade no fim do dia (...)”. VARELLA, Drauzio. *Carcereiros*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 16.

estritamente humanísticas a justificar medidas dessa natureza, dedicar atenção às demandas dos agentes que se incumbem da guarda das pessoas privadas de liberdade é sobremaneira importante para que o monitoramento adquira credibilidade entre eles e para que as medidas doravante propostas contemplem proposições que visem a atender ou a responder tais demandas.

Finalmente, deve-se anotar que a ausência de publicação dos relatórios e das recomendações elaboradas pode enfraquecer a eficácia da atuação de muitos dos órgãos de monitoramento.⁴⁷ Em geral, os resultados das fiscalizações não são publicados e tampouco são compartilhados com outros órgãos que também possuem a atribuição legal do monitoramento do sistema prisional. Tal prática contribui para o desconhecimento da real situação encontrada nos centros de detenção e para a falta de articulação entre os atores que têm um papel na proteção dos direitos fundamentais das pessoas presas, acarretando na duplicação desnecessária de esforços e na falta de coordenação de medidas complementares e articuladas entre os distintos atores.

4. O Ministério Público como agente preventivo contra tortura e maus-tratos

Na percepção do Relator Especial da ONU, Philip Alston, o Ministério Público 'é uma instituição amplamente respeitada no Brasil (...). A independência tanto do Executivo como do Judiciário é assegurada pela Constituição e as garantias atribuídas aos órgãos de execução do Ministério Público asseguram, na prática, um alto nível de independência a esse órgão'.⁴⁸

Diferentemente de outros modelos latinos ou europeus, o Ministério Público exerce papel fundamental no combate à tortura no Brasil, tanto no que concerne à persecução penal e à consequente responsabilização penal dos autores de tal delito⁴⁹, como no que se refere ao monitoramento de locais de privação de liberdade como

47 Id. pp.61-62.

48 Ver: ALSTON. Philip. *Relatório do Relator Especial de execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias*. A/HRC/11/2/Add.2. Conselho de Direitos Humanos. 29 de agosto de 2008. §62.

49 Relativamente à persecução penal, cabe recordar que a tortura é crime de ação penal pública incondicionada, cuja ação penal é de iniciativa do Ministério Público. A este, amparado em investigações próprias ou em investigações pela polícia, é que incumbe provar a tortura. A este respeito, Philip Alston ressalta, em seu relatório sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias no Brasil, que em áreas onde foram alcançados progressos contra a impunidade policial, os promotores normalmente tiveram um papel chave tanto no andamento dos procedimentos penais quanto na garantia da coleta de provas. Em alguns casos, os promotores trabalharam em conjunto com os policiais civis; em outros, os promotores chamaram as testemunhas para tomar novos depoimentos e coletaram provas por conta própria. Ver: ALSTON. Philip. *Relatório do Relator Especial de execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias*. A/HRC/11/2/Add.2. Conselho de Direitos Humanos. 29 de agosto de 2008. §58.

medida preventiva à prática de tais atos.⁵⁰ A previsão legal de realizar inspeções mensais às unidades carcerárias, as atribuições típicas de defesa dos direitos humanos e de exercer o controle externo da atividade policial, adquirem especial relevo quando somadas às funções e prerrogativas constitucionais conferidas aos membros do Ministério Público na qualidade de defensores da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.⁵¹ O protagonismo que o sistema jurídico atribui à atuação da instituição junto ao sistema carcerário em relação aos demais órgãos da execução penal pode ser evidenciado, inclusive, pelas ferramentas de que dispõe para conduzir e/ou fiscalizar investigações cuja autoria delitiva seja atribuída a funcionários públicos envolvendo corrupção, abuso de poder, violações graves dos direitos humanos e outros crimes reconhecidos pelo direito internacional garantindo a necessária isenção na apuração desses casos.⁵²

Ultrapassados os pontos polêmicos do exercício do poder de investigação direta, já elucidados por decisão do Supremo Tribunal Federal, é certo que o Ministério Público reúne as garantias, prerrogativas e atribuições necessárias para protagonizar o monitoramento eficaz dos locais de privação de liberdade. Tome-se, como exemplo, a prerrogativa atribuída aos membros do Ministério Público de ter livre e irrestrito acesso a todas as unidades de internação coletiva, assim como as suas instalações e equipamentos, e a todas as informações e registros relativos ao tratamento das pessoas detidas.⁵³

A esse respeito, merece destaque o teor da carta enviada pela Secretaria-Geral da Anistia Internacional, Irene Khan, ao Supremo Tribunal Federal:

Atualmente, no Brasil, a grande maioria dos crimes de direitos humanos é investigada por policiais, muitas vezes lotados no mesmo batalhão ou delegacia de polícia que o perpetrador. Isso tem contribuído, na melhor das hipóteses, para uma imagem de corporativismo na impossibilidade de construir casos para julgamento. Na condição de órgão independente do Executivo, o Ministério Público é um dos únicos que, senão o único, organismo independente capaz de, atualmente, realizar tais investigações no Brasil.

50 Nesse sentido, ver: FOLEY, Conor. *Protegendo os brasileiros contra a tortura: Um Manual para Juízes, Promotores, Defensores Públicos e Advogados*. 2011.

51 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Brasília, 5 de outubro de 1988, Artigos 127-129.

52 Orientações sobre o Papel dos Promotores. Adotadas pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento de Delinqüentes, 1990. §15.

53 Nesse sentido, vide: ALSTON, Philip. *Relatório do Relator Especial de execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias*. A/HRC/11/2/Add.2. Conselho de Direitos Humanos. 29 de agosto de 2008. §57.

Não bastassem as ferramentas e garantias específicas de que dispõe para a eficiente apuração dos delitos praticados no interior dos locais de privação de liberdade, o Ministério Público ainda conta com instrumentos preventivos mais eficazes para a redução das práticas de tortura: a recomendação e o inquérito civil público. Com efeito, a presença regular do Ministério Público no ambiente de privação de liberdade, somada à expedição de recomendação ou à instauração de inquérito civil, quando houver circunstâncias que assim demandarem, são medidas que, por si mesmas, já inibem a prática de atos ilícitos e fazem com que as autoridades responsáveis pela gestão do estabelecimento prisional mobilizem-se no sentido de sanar as irregularidades apontadas.

Todos estes fatores somados confluem para que o Ministério Público, como instituição, se afirme como agente protagonista na prevenção à tortura. Para tanto, todavia, é necessário que se busque constante aperfeiçoamento funcional. Vale dizer: é necessário que a atuação do Ministério Público junto ao sistema prisional seja qualificada, de tal modo que seus membros possam adotar os critérios mencionados na sessão anterior e potencializar o impacto e o efeito preventivo das visitas de inspeção realizadas às unidades prisionais.

Nada obstante, é consenso nas pesquisas realizadas pela comunidade científica e por entidades de defesa de direitos humanos, que o nível de eficiência dessa atuação, seja na prevenção, seja na repressão à tortura e aos maus ocorridos nas unidades prisionais, está longe de ser satisfatório. Observa-se que o Ministério Público enfrenta uma série de limitações que, por vezes, debilitam sua atuação como agente de prevenção à tortura e órgão de monitoramento, no âmbito das atribuições relativas à execução penal e à defesa de direitos humanos. A falta de priorização institucional, no sentido de dotar os membros incumbidos do monitoramento de condições materiais para cumprir seu papel, tem sido um dos maiores entraves mencionados pelos membros do Ministério Público. O acúmulo desta atribuição com várias outras, exercidas em nível jurisdicional e extrajurisdicional, a inexistência de corpo técnico ou servidores administrativos que possam auxiliar o trabalho dos membros do Ministério Público são reclamações recorrentes que podem ser constatadas no cotidiano dessas promotorias de Justiça.

A partir do momento que esta atribuição é vista como secundária em meio a tantas outras esferas de atuação, há uma perda paulatina de importância dessa função na agenda institucional do órgão. Ademais, é sabido que o desempenho adequado de tais atribuições e o atendimento a uma metodologia que possa elevar os níveis de

eficiência do monitoramento, pressupõe apoio técnico especializado, sobretudo quando se trata de estabelecimentos de grande porte.

A propósito, vejam-se algumas das conclusões de pesquisa realizada sobre o nível de prevenção repressão à tortura, intitulada “Julgando a tortura”⁵⁴, realizada com a participação da Pastoral Carcerária, do Núcleo de Estudos sobre Violência, da Associação de Combate à Tortura (ACAT), entre outras entidades, no que diz respeito ao Ministério Público:

Fomentar a criação de órgão interno do Ministério Público estadual e federal especializado no combate e prevenção à tortura;
Procedimentos para a realização de denúncias;
Assegurar que existam ambientes seguros, que garantam total segurança às vítimas, tanto para que possam denunciar atos de tortura quanto para que possam produzir provas durante o decorrer do processo judicial;
Assegurar que o condutor das vítimas de tortura para o local da realização de provas periciais não seja membro da mesma carreira do acusado;
Incitar a realização de perícias psicológicas para avaliar possíveis torturas que não tenham deixado “marcas” físicas, mas, mesmo assim, tenham causado resultados nocivos às vítimas.

Esse panorama foi reconhecido pelos membros do Ministério Público que participaram do *III Encontro Nacional de Aprimoramento da Atuação do Ministério Público junto ao Sistema Prisional*, no ano de 2012. Como resultado do evento, integrantes do Ministério Público brasileiro ali reunidos reconheceram a necessidade de constante aprimoramento e valorização dos órgãos ministeriais atuantes no sistema prisional, além do incremento no quadro de recursos humanos.⁵⁵ No entanto, a análise da estrutura organizacional dos Ministérios Públicos pouco se alterou desde então⁵⁶. Alternativas que não onerem os cofres públicos como parcerias com universidades e órgãos públicos incumbidos na defesa de direitos humanos poderiam ser um caminho para a reversão desse quadro, contudo iniciativas neste sentido são incomuns no cenário nacional.

54 Acesso em 20/06/2017 no sítio: <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Julgando%20a%20tortura.pdf>

55 Carta de Brasília, III Encontro Nacional de Aprimoramento da Atuação do Ministério Público junto ao Sistema Prisional, Brasília, 24 de agosto de 2012.

56 LEMGRUBER, Julita; RIBEIRO, Ludmila; MUSUMECI, Leonarda; DUARTE, Thais. Ministério Público: Guardião da democracia brasileira?. Rio de Janeiro: CESeC, 2016

4.1. Da ausência de treinamento específico de acordo com critérios e parâmetros internacionais de direitos humanos na matéria

A relevância e o impacto da atuação do Ministério Público na redução da tortura em locais de privação da liberdade dependem, como já evidenciado, do modo como são realizadas as visitas à unidade prisional. Nesse sentido, estima-se que as violações aos direitos de presos tendem a diminuir nas comarcas onde se realizam inspeções regulares, não limitadas às visitas ao espaço administrativo, que inspecionem todas as dependências, realizem entrevistas com os internos de forma privada e vistorem registros e documentos relacionados aos presos.

Por outro lado, quando o membro do Ministério Público desconhece as rotinas penitenciárias e as técnicas adequadas de fiscalização de unidades prisionais, a visita de monitoramento se mostrará de todo ineficaz quanto à prevenção de violação de direitos humanos, assemelhando-se a uma visita social. Uma visita de monitoramento em que os membros do Ministério Público se limitam ao espaço da administração, sem acesso às dependências destinadas aos detentos (principalmente aquelas onde há maiores chances de se encontrar pessoas que tenham sido vítimas de tortura ou maus-tratos), restringindo-se à conversa protocolar com o diretor e com presos escolhidos pela própria administração, sem inspeção cuidadosa dos prontuários administrativos e médicos, não atende aos padrões mínimos reconhecidos mundialmente. Restará, portanto, desprovida de qualquer efetividade. Tais disparidades no impacto resultante de uma visita de monitoramento ocorrem precipuamente em razão da metodologia que tenha sido empregada durante a visita.

À míngua de formação específica, visitas dos Ministérios Públicos serão conduzidas sem a observância dos critérios e cuidados recomendáveis para tanto, o que pode comprometer a obtenção dos resultados esperados pela previsão normativa de visitas regulares às unidades prisionais. Em especial, dos resultados relativos à redução e à prevenção da tortura e dos maus-tratos. Isso, ao longo do tempo, poderá implicar sérias consequências, incluindo a desmotivação do membro do Ministério Público em exercer atribuição junto ao sistema prisional em que não consegue identificar a pretendida eficácia.

4.2. Do monitoramento com a aplicação dos parâmetros internacionais e sua repercussão na eficiência da atuação do Ministério Público

É dever do Ministério Público prover e aplicar recursos internos eficazes contra violações tanto dos direitos consignados na Constituição como dos direitos consagrados nos tratados de direitos humanos aos quais se vincula o país, em especial quando a própria Constituição nacional assim expressamente o determina (art. 5º, Par. 2º). O descumprimento de tal obrigação de proteção engaja de imediato a responsabilidade internacional do Estado, por ato ou omissão, seja do Poder Executivo, seja do Legislativo, seja do Judiciário.⁵⁷

Portanto, aprimorar estrutural e tecnicamente as visitas de monitoramento realizadas pelos membros do Ministério Público às unidades de privação de liberdade, por meio da incorporação dos parâmetros e critérios internacionais universalmente reconhecidos descritos acima, não apenas observa o referido dever, mas certamente traria consequências positivas à eficácia de sua atuação junto ao sistema prisional.

4.2.1. Desconstrução de mitos sobre a privação de liberdade

O monitoramento permite romper com mitos e suposições que se criam e proliferam no imaginário da sociedade em geral quanto ao funcionamento e regras internas dos lugares de privação de liberdade e quanto o nível de periculosidade das pessoas encarceradas. Tais mitos, muitas vezes baseados em suposições que se consolidam no imaginário a partir de fontes diversas do cotidiano, como mídia, meios de comunicação, artes audiovisuais, e tantos outros, não condizem com a realidade ou, pelo menos, não a refletem de maneira integral. Nesse ponto, é a vivência contínua dentro dos estabelecimentos prisionais, a convivência e o diálogo com as pessoas que ali se encontram, observadas as regras mínimas de segurança para tanto, que permitirão a desconstrução de tais mitos, o que certamente fortalecerá o desempenho do Ministério Público na defesa dos direitos coletivos e individuais das pessoas presas.

57 CANÇADO TRINDADE. A.A. In: Direitos Humanos no século XXI, p. 24.

4.2.2. Fortalecimento do diálogo entre os membros do Ministério Público e as autoridades prisionais

Deve-se levar em conta que o monitoramento, realizado em consonância com os parâmetros internacionais ora descritos, permite o fortalecimento do diálogo entre o Ministério Público e as autoridades prisionais encarregadas da gestão das unidades prisionais. A presença regular e o entendimento mais aprofundado da realidade e das dificuldades enfrentadas no sistema criarão as condições favoráveis para um diálogo mais fluido e franco com a direção das unidades prisionais e com as Secretarias Estaduais às quais se vinculam. Essa mudança de postura, via de consequência, poderá contribuir para que se obtenham soluções eficientes às demandas identificadas. Isso porque o diálogo mais propositivo e permanente contribuirá para que se façam ajustes e correções paulatinas de irregularidades, padrões de conduta e funcionamento, concretizando o efeito preventivo proposto. Pode-se dizer que ao conhecer as dificuldades internas à gestão do sistema e buscar alternativas junto aos responsáveis pelo funcionamento das unidades, consolida-se uma forma de atuação resolutiva do Ministério Público junto ao sistema prisional. Minimiza-se, assim, a necessidade de que se adotem medidas mais drásticas já reativas às violações, tal como a propositura de ações civis públicas. Igualmente, na medida em que há diminuição das violações – uma vez que a prevenção almeja exatamente inibir a prática de atos de tortura e maus-tratos –, reduz-se o número de casos que demandam a propositura de ação penal.

4.2.3. Documentação das informações obtidas durante as visitas

O monitoramento cumpre uma função imprescindível de documentação direta da situação encontrada nas unidades prisionais. A observação direta permite a obtenção de evidências – fotos, documentos administrativos e depoimentos – que servirão como elementos probatórios para futuras medidas judiciais e extrajudiciais, tal como eventual ação pública que se necessite instaurar para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos que tenham sido violados.

Ainda, conforme ressalta Foley (2011),

[s]e evidências de más práticas surgirem durante as suas inspeções ou inspeções de outros órgãos, eles devem se responsabilizar por perseguir criminalmente os indivíduos identificados. Este processo pode se mostrar difícil em casos de tortura, ou outras formas de maus-tratos, em

razão da natureza específica desse crime, do local onde é cometido e de quem o comete. Portanto, é importante para os Promotores Públicos se certificarem de que essas inspeções sejam levadas de forma a assegurar que qualquer prova obtida de tortura, ou outras formas proibidas de maus-tratos, possua os elementos suficientes para ser aceita em qualquer procedimento judicial subsequente.⁵⁸

5. Conclusão

Apesar da proibição absoluta, tanto pelo direito internacional quanto pelo direito interno brasileiro, a prática da tortura ainda persiste e, especialmente no contexto aqui emoldurado, sobressai a modalidade prevista no artigo 1º, inciso II, parágrafos 1º e 2º, da Lei Antitortura⁵⁹. Embora condenada publicamente, a tortura é praticada clandestinamente nos espaços de privação de liberdade com baixo nível de responsabilização de seus autores, que, em geral, são os mesmos agentes estatais aos quais se atribui o poder dever de aplicar a lei e de zelar para que o cumprimento da sanção penal ou medida cautelar privativa da liberdade do indivíduo se dê em conformidade com o que dispõe a legislação aplicável, sustentando, assim, a legalidade das ações de segurança pública e justiça criminal como um todo.

O Brasil, como Estado-Parte da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e do Protocolo Facultativo Antitortura, assumiu a obrigação, no plano internacional, de adotar medidas de enfoque preventivo, de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, com o intuito de impedir a prática de atos de tortura ou maus-tratos. Dentre elas, destaca-se a obrigação de garantir o acesso aos locais de privação de liberdade de órgãos independentes de fiscalização e monitoramento, como prevê o Protocolo Facultativo e como recomendado por mecanismos universais de proteção dos direitos humanos.

Como evidenciado, o aparato brasileiro de controle dos locais de privação de liberdade estabelece uma série de instituições responsáveis pelo acompanhamento da execução penal. Porém, apesar do grande número de órgãos detentores da atribuição de

58 FOLEY, Conor. *Protegendo os brasileiros contra a tortura: Um Manual para Juízes, Promotores, Defensores Públicos e Advogados*. 2011. Pág. 105.

59 Art. 1º Constitui crime de tortura: II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. § 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal. § 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.

fiscalizar os estabelecimentos prisionais, vê-se que tais órgãos não realizam satisfatoriamente esse dever, por diferentes razões. Da falta de periodicidade das visitas, da falta de divulgação dos relatórios e dos problemas encontrados, e, mais destacadamente, da inobservância dos parâmetros internacionalmente reconhecidos como indispensáveis para um monitoramento eficaz e de cunho preventivo, resulta que as visitas produzam efeitos insatisfatórios na prática.

Faz-se mister que o Ministério Público, a partir de alinhamento e priorização institucional da atuação voltada à prevenção à tortura nas unidades prisionais, atribua maior valor aos órgãos de execução incumbidos desse dever, ofereça condições operacionais para tanto e estabeleça mecanismos para aferir a efetividade dessa atuação, destacando as práticas conforme os pressupostos estabelecidos e adotando medida para suprir eventuais omissões.

Nesse contexto, como principal órgão da execução penal entre aqueles aos quais a lei incumbe a fiscalização do cumprimento da pena e a prevenção da tortura e maus-tratos, é recomendável que o Ministério Público estabeleça parâmetros e metodologia para que as visitas de monitoramento ocorram, oferecendo o apoio institucional necessário que sua atuação represente, na prática, um instrumento de prevenção à tortura e aos maus-tratos, de melhoria às condições de encarceramento e das condições de trabalho daqueles que exercem suas atividades laborais nesse ambiente. É necessário, para tanto, que se incluam nos planos gerais de atuação estratégias de atuação preventiva dos órgãos de execução do Ministério Público e que esse planejamento contemple o incremento de recursos humanos e materiais, assim como a qualificação dos membros e servidores da instituição para a realização de inspeções que incorporem a metodologia e os parâmetros internacionais acerca dessa matéria, particularmente aqueles previstos pelo Protocolo Facultativo da Convenção contra a Tortura.

A partir da adoção de tais medidas, será possível potencializar o real impacto das visitas de monitoramento, as quais serão utilizadas como ferramenta que inibirá e coibirá a prática de tortura e maus-tratos, e, assim, ao impor algum nível de transparência à opacidade típica do sistema prisional, decerto contribuirão para seu aprimoramento.

Por fim, espera-se que o Estado, em lugar de repetir os erros do passado, atente-se ao seu dever republicano e busque alternativas viáveis que permitam a descontinuidade das práticas viciadas de outrora. Ao Ministério Público, a seu turno, cabe buscar incessantemente o aprimoramento de sua atuação junto ao sistema prisional no sentido de velar pela integridade física, mental e moral

das pessoas privadas da liberdade, pois a pena a elas aplicada restringe-se à privação da liberdade, nada além disso. Tem-se, portanto, que o rigor de que se vale quando pretende sejam os autores de delitos condenados às penalidades que lhes forem impostas pelas leis, deve ser o mesmo com o qual irá exercer a fiscalização da legalidade das condições gerais de cumprimento dessa pena. Afinal, “[a] lei deve seguir o culpado à prisão onde o levou”⁶⁰.

REFERÊNCIAS

ALSTON, Philip. **Relatório do Relator Especial de execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias**. A/HRC/11/2/Add.2. Conselho de Direitos Humanos. 29 de agosto de 2008.

ARANTES, Maria Auxiliadora de Almeida Cunha. **Tortura. Coordenação Geral de Combate à Tortura (Org.)**. 1. Ed. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Consolidação da capacidade processual dos indivíduos na evolução da proteção internacional dos direitos humanos: quadro atual e perspectivas na passagem do século. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (Org.) **Direitos Humanos no século XXI**. Brasília: IPRI:FUNAG, 1998.

CARVALHO FILHO, Milton Júlio de. **Te prepara pra sair!:** síntese analítica sobre a situação dos egressos do sistema penitenciário brasileiro. São Paulo: PUC-SP, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Investigação criminal e Ministério Público. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 450, 30 set. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5760>>. Acesso em: 6/3/2013.

DIAS, Sylvia; GEREZ, Claudia. **O Protocolo Facultativo à Convenção da ONU contra a Tortura: uma Ferramenta Prática para a Prevenção da Tortura no Brasil**, Recife, 2006. Direitos Humanos Internacionais: perspectivas práticas no novo cenário mundial.

FERREIRA, Angelita Rangel. **Crime-prisão-liberdade-crime: o círculo perverso da reincidência no crime**. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101->

60 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 23. ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 1987, p. 221.

66282011000300008&script=sci_arttext>. Última consulta em: 26 fev. 2013.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 23. ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 1987.

FOLEY, Conor. **Combate à Tortura: Manual para Magistrados e Membros do Ministério Público**. Human Rights Centre: University of Essex. 2003.

_____. **Protegendo os brasileiros contra a tortura: Um Manual para Juízes, Promotores, Defensores Públicos e Advogados**. 2011.

MARIZ, Luciano. **Do Controle Judicial da Tortura Institucional no Brasil Hoje: À luz do direito internacional dos direitos humanos**. Recife. 2006.

NOWAK, Manfred. **Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, A/HRC/13/39/Add.5**, 5 de fevereiro de 2010.

PELUSO, Antônio Cezar. **Mutirão Carcerário: Raio-X do Sistema Penitenciário Brasileiro**. Conselho Nacional de Justiça. 2012.

PICTET, Jean S. **Commentary on the IV Geneva Convention Relative to the protection of civilian persons in time of war**. Suíça, Genebra: International Committee of the Red Cross, 1958.

RODLEY, Sir Nigel. **Question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment**, 3 jul. 2001, A/56/156, Assembleia Geral das Nações Unidas.

SALLA, Fernando; ALVAREZ, Marcos César. O Brasil e o Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 13, nº 57.

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

Documentos consultados:

Associação para a Prevenção da Tortura (APT). **Monitoramento de Locais de Detenção: um guia prático**, APT, Genebra,

2004. Disponível em: <http://www.apt.ch/content/files_res/Monitoring%20Guide%20PO.pdf>. Última consulta em: 5 mar. 2013.

Carta de Brasília. **III Encontro Nacional de Aprimoramento da Atuação do Ministério Público junto ao Sistema Prisional**. Brasília, 24 de agosto de 2012.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatoria para pessoas privadas de liberdade. **Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas**. 2011. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>>. Última consulta em: 21 fev. 2013.

Comitê Internacional da Cruz Vermelha, **Respect for the Life and Dignity of the detainees**. Disponível em: <<http://www.icrc.org/eng/what-we-do/visiting-detainees/overview-visiting-detainees.htm>>. Última consulta em: 5 mar. 2013.

Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura. Disponível em: <<http://www.cpt.coe.int/portugais.htm>>. Última consulta em: 5 mar. 2013.

Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Disponível em: <<http://www.icrc.org/eng/what-we-do/visiting-detainees/overview-visiting-detainees.htm>>. Última consulta em: 5 mar. 2013.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 5 de outubro de 1988.

Corte IDH. **Asunto de la Cárcel de Urso Branco respecto Brasil**. Resolução da Corte de 25 de agosto de 2011.

_____. **Caso Loayza Tamayo Vs. Perú**. Mérito. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C No. 33.

_____. **Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador**. Mérito. Sentença de 12 de novembro de 1997. Série C No. 35.

Corte Europeia de Direitos Humanos. **Irlanda v. Reino Unido**. Sentença de 18 de Janeiro de 1978.

_____. **Ribitsch v. Áustria**. Sentença de 4 de Dezembro de 1995.

_____. **Selmouni v. França**. Sentença de 28 de julho 1999.

Human Rights Watch. **Na escuridão: abusos ocultos contra jovens internos no Rio de Janeiro**. 2005. Disponível em: <<http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/brazil0605pt.pdf>>. Último acesso em: 5 mar. 2013.

ONU. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, Série de Treinamento Profissional n° 7. **Manual de Treinamento sobre Monitoramento dos Direitos Humanos**. Nova Iorque, Genebra, 2001.

_____. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, Série de Treinamento Profissional n° 8. **Manual para Investigação e Documentação Eficazes** (Protocolo de Istambul). Genebra, 2001.

_____. Comissão de Direitos Humanos. Comentário Geral n° 20, Artigo 7° (44ª sessão, 1992), Compilação dos Comentários Gerais e das Recomendações Gerais adotadas pelos Órgãos dos Tratados de Direitos Humanos. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1. at 30 (1994).

_____. Comissão de Direitos Humanos. **Observações Finais da Comissão de Direitos Humanos**. França, ONU Doc. CCPR/C/79/Ad.80, 4 agosto 1997.

_____. Conselho de Direitos Humanos, Grupo de Trabalho sobre a Revisão Periódica Universal, Primeira Sessão, Genebra, 7-18 de abril de 2008.

ONU. Conselho de Direitos Humanos. **Resolução 5/1**, Brasil. A/HRC/WG.6/1/BRA/2, 31 de março de 2008.

_____. **Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis**, *Desumanos ou Degradantes*. UN Doc. A/RES/39/46. Adotada em 10 de dezembro de 1984.

_____. **Orientações sobre o Papel dos Promotores**. Adotadas pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento de Delinquentes, 1990.

_____. **Protocolo Facultativo da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**. UN Doc. A/RES/57/199. Adotado em 18 de dezembro de 2002.

ONU, Subcomitê para a Prevenção da Tortura das Nações Unidas (SPT). **Relatório sobre a Visita ao Brasil**, CAT/OP/BRA/R.1. 8 de fevereiro de 2012.

_____. **Cuarto Informe Anual** (em espanhol), CAT/C/46/2. Genebra, 03 de fevereiro de 2011.

Relatoria Especial sobre Tortura das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Torture/SRTorture/Pages/SRTortureIndex.aspx>>. Última consulta em: 5 mar. 2013.

Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Comissão Permanente de Combate à Tortura e à Violência Institucional. **Plano de Ações Integradas para prevenção e o Controle da Tortura no Brasil**. Brasília, Dezembro de 2005. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/consulta_plano_tortura.htm>. Última consulta em: 5 mar. 2013.

UNIVERSALIDADE DA SAÚDE E POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A POPULAÇÃO NEGRA: MEDIDAS AFIRMATIVAS DE IGUALDADE

Aline Jurca Zavaglia Vicente Alves¹

Christiano Jorge Santos²

Sumário: 1. Do direito à saúde. 2. Da universalidade do direito à saúde. 3. Direito à saúde como direito humano. 4. Da saúde da população negra. 5. Breves notas sobre o racismo e o sexismo. 6. Racismo no âmbito da saúde. 7. Conclusão. Referências.

Resumo: O direito à saúde é um direito social fundamentado na evolução de direitos humanos tendente a reduzir desigualdades. A universalidade é um dos principais princípios constitucionais do sistema único de saúde e proíbe quaisquer restrições de caráter subjetivo para a fruição do referido direito. No entanto, peculiaridades em saúde da população negra e a necessidade de enfrentamento das desigualdades raciais evidenciam a importância de política pública de saúde especificamente destinada a tal segmento populacional, o qual, em sua maioria, convive com o princípio da universalidade do sistema único de saúde e sofre, historicamente, as consequências do preconceito e da discriminação racial.

Abstract: The right to health is a social right based on the evolution of human rights that tends to reduce inequalities. Universality is one of the main constitutional principles of the Brazilian health system and prohibits any restrictions of a subjective nature for the enjoyment of the right to health. However, health peculiarities of the black population and the need to face racial inequalities have highlighted the importance of a specific public health policy aimed at this population segment, which majorly coexists with the principle of universality of the single health system and endures, historically, the consequences of prejudice and racial discrimination.

Palavras-chave: Saúde. Universalidade da saúde. População negra. Racismo. Preconceito. Discriminação. Mulher negra. Saúde da mulher negra. Saúde da população negra.

1 Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. Mestre em Direitos Humanos na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Autora de artigos jurídicos.

2 Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. Professor Doutor de Direito Penal (graduação e pós-graduação) da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Autor do livro “Crimes de Preconceito e de Discriminação”, dentre outros.

1. Do Direito à Saúde

O direito à saúde é um direito social, assim como o são os direitos à assistência social e à educação e os direitos trabalhistas. Eles são estruturados na existência de desigualdades marcantes na sociedade e que recomendam medidas tendentes a fomentar a igualdade material.

Historicamente, os direitos sociais tiveram início nos primórdios do capitalismo industrial “diante da constatação da incapacidade do Estado absenteísta em garantir convivência livre e harmoniosa”³, de acordo com a afirmação de Vidal Serrano Nunes Junior. Tal constatação culminou com a revisão do papel do Estado, até então focado na proteção dos direitos de primeira dimensão, quais sejam, os direitos de liberdade do indivíduo frente a ação do Estado. Surgiram, assim, os direitos de segunda dimensão, que são os direitos sociais como direitos destinados a reduzir desigualdades e dependentes de ações positivas do Estado.

O direito à saúde é consagrado na Constituição Federal como direito subjetivo do cidadão e correlato dever do Estado. Os serviços de saúde, por força do disposto no artigo 197 da Constituição Federal, são considerados de relevância pública.

Referido e especial direito, pelo seu desenho traçado na Constituição Federal de 1988, é classificado como direito fundamental. Na Constituição Federal tem previsão no artigo 6º e encontra ampla disciplina constitucional no Título VII, que trata da Ordem Social. Ao lado de previdência e da assistência social, a saúde é considerada parte do sistema de seguridade social.

2. Da universalidade do Direito à Saúde

A universalidade é princípio constitucional da saúde e pode ser extraído do teor do artigo 194 do Texto Magno, que tem a seguinte redação:

A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - **universalidade da cobertura e do atendimento;**

3 NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. A cidadania social na Constituição de 1988, Estratégias de Positização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009 p.50.

A igualdade também é valor do sistema de saúde, conforme previsão do artigo 196 da Constituição da República:

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.

Nesses dispositivos, o constituinte previu o caráter universal do direito à saúde, o qual deve se voltar para toda a população, independentemente de qualquer contribuição financeira.

A universalidade na saúde é uma vertente do princípio da igualdade, fundamentada na ideia de que os direitos sociais se destinam a reduzir desigualdades e a garantir a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, destacam Vidal Serrano Nunes Junior e Sueli Gandolfi Dallari:

O princípio da universalidade afirma que o direito a saúde – como, a bem dizer, todo e qualquer direito fundamental – deve se destinar ao ser humano enquanto gênero, não podendo, portanto, ficar limitado a um grupo, categoria ou classe de pessoas⁴.

Por força do princípio da universalidade, o acesso à saúde não pode ser limitado por questões subjetivas. É o que pontuam Reynaldo Mapelli Junior, Mario Coimbra e Yolanda Alves Pinto Serrano de Matos:

A universalidade de acesso às ações e serviços de saúde se refere à abrangência do sistema único no que se pertine aos seus destinatários, e se consubstancia no direito de qualquer indivíduo, independentemente de suas condições pessoais (nacionalidade, naturalidade, classe social, etc), de ser atendido pelos órgãos de saúde pública, ser beneficiado pelas ações que programam políticas públicas direcionadas à saúde da população e ter a sua disposição todos os medicamentos e insumos indispensáveis para a prevenção e proteção de sua saúde. Também significa que todas as pessoas são destinatárias da obrigação estatal de prestar a assistência necessária à prevenção e à reparação da saúde, incluindo-se nesse rol até mesmo aquelas que possuem condições financeiras de arcar com eventuais custos de tratamentos médicos⁵.

4 NUNES JUNIOR, Vidal Serrano; DALLARI, Sueli Gandolfi. *Direito sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010, p.72.

5 MAPELLI JUNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mario e MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2012, p.24-25.

A universalidade foi uma evolução histórica em relação ao sistema anterior, em que o sistema público de saúde somente atendia aqueles que contribuíam com o sistema do INAMPS. A propósito, pondera Geisa de Assis Rodrigues que

A universalidade implicou um salto de 30 milhões de beneficiários-segurados para uma população de mais de 150 milhões de cidadãos. (...) A partir do momento em que o sistema público de saúde deixou de ser ofertado em uma base essencialmente contraprestacional, um enorme contingente de pessoas passou a ter acesso a ações e serviços de saúde prestados pelo Estado, sem ter que depender exclusivamente da boa vontade de instituições filantrópicas⁶.

A Lei nº 8080/90, conhecida como Lei Orgânica da Saúde, garante “igualdade da assistência a saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie” (artigo 7º, IV).

Fazem jus ao sistema de saúde, com base no princípio da universalidade, os brasileiros e estrangeiros, independentemente da regularidade de sua permanência no país⁷.

O caráter universal da saúde não é incompatível com o tratamento diferenciado previsto pela Constituição Federal para algumas situações especiais, tais como a proteção de crianças e adolescentes (CF, art. 227), de idosos (CF, art 230) e comunidades indígenas (CF, art. 231). Pelas peculiaridades intrínsecas a essas situações, entende-se não haver ofensa princípio da universalidade da saúde pelo tratamento constitucional diferenciado. No mesmo sentido, são válidas as distinções trazidas pelo Estatuto da Igualdade Racial (artigo 6º da Lei nº 12.288/2010) e pela Lei Brasileira de Inclusão (artigo 18 da Lei nº 13.146/2015).

Afinal, a efetiva proteção dos Direitos Humanos requer, além da adoção de políticas universalistas, também políticas específicas focadas nesses grupos socialmente vulneráveis como medida de concretização dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

3. Direito à Saúde como direito humano

Não se pode olvidar que os contornos constitucionais do sistema de saúde partem da premissa de que o direito à saúde é direito

6 RODRIGUES, Geisa de Assis. Direito sanitário. In: (Coord.). NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Manual de direitos difusos**. 2.ed. São Paulo: Verbatim, 2012, p.320.

7 TRF-4, REOHC processo 200771000051535/PR, 7ª Turma, DE 18/7/2007, Rel. Tada Aquí Hirose (citado por Geisa de Assis Rodrigues, op. cit, pág 321).

humano previsto em diversos tratados internacionais subscritos pelo Brasil⁸.

Aliás, Fabio Konder Comparato asseverou que “o princípio da igualdade essencial do ser humano, não obstante as múltiplas diferenças de ordem biológica e cultural que os distinguem entre si, é afirmado no artigo II da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948”⁹. Ele prossegue destacando que “o pecado capital contra a dignidade humana consiste, justamente, em considerar e tratar o outro – um indivíduo, uma classe social, um povo – como um ser inferior, sob pretexto da diferença de etnia, gênero, costumes ou fortuna patrimonial”.

Assim, e também considerando a doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello, é perfeitamente possível atender o princípio da igualdade a partir de discriminação em razão de elementos relativos à raça, sexo, credo religioso etc., bastando, para tanto, que exista um vínculo de correlação lógica entre o critério de discriminação escolhido e o tratamento diferenciado conferido justamente em razão desse critério de diferenciação¹⁰. Há também necessidade de que essa correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição¹¹.

4. Da saúde da população negra

No caso das especificidades em saúde da população negra, o critério de discriminação proposto guarda relação de pertinência lógica com o tratamento diferenciado tomado em razão desse critério, porque os dados estatísticos mostram serem absolutamente necessárias políticas públicas de saúde que atendam a essas peculiaridades.

A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) de 2013, divulgada pelo IBGE, apontou a relevância do contingente populacional negro:

Segundo o critério de declaração de cor ou raça, a maior parte da população residente – 93,2 milhões de pessoas – era de cor branca, representando 46,3%; 90,6 milhões, o grupo de pessoas de cor parda, representaram 45,0%; 8,0%

8 Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), Pacto sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986) e Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1998).

9 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.241.

10 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3 ed, 15ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2007, p.18.

11 Idem, p.41.

se declararam de cor preta (16,1 milhões); e 1,6 milhão de pessoas (0,8%) declarou outra cor ou raça (indígena e amarela)¹².

Logo, a soma de negros ou pardos equivale a 53% da população brasileira.

A população negra tem altos índices de utilização do sistema único de saúde, como aponta o IBGE:

As proporções de internação em hospitais do SUS foram superiores à média nacional entre as pessoas de 0 a 17 anos de idade (75,2%) e as pessoas que se declararam de cor preta (75,8%) e parda (75,4%), e não apresentaram diferenças por sexo¹³.

Dados oficiais demonstram que o risco de uma criança preta ou parda morrer antes dos 5 anos por causas infecciosas e parasitárias é 60% maior do que o de uma criança branca; o risco de uma pessoa negra morrer por causa externa é 56% maior que o de uma pessoa branca; e que as pessoas das raças preta ou parda tiveram 70% mais risco de morrer por tuberculose que as pessoas brancas¹⁴.

Ademais, há particularidades na saúde da população negra que recomendam um olhar específico.

De acordo com a Política Nacional de Saúde Integral da População Negra,

No Brasil, existe um consenso entre os diversos estudiosos acerca das doenças e agravos prevalentes na Política Nacional de Saúde Integral da População Negra, com destaque para aqueles que podem ser agrupados nas seguintes categorias: a) geneticamente determinados – tais como a anemia falciforme, deficiência de glicose 6-fosfato desidrogenase, foliculite; b) adquiridos em condições desfavoráveis – desnutrição, anemia ferropriva, doenças do trabalho, DST/HIV/AIDS, mortes violentas, mortalidade infantil elevada, abortos sépticos, sofrimento psíquico, estresse, depressão, tuberculose, transtornos mentais (derivados do uso abusivo de álcool e outras drogas); e c) de evolução agravada ou tratamento dificultado – hipertensão arterial, diabetes melito, coronariopatias, insuficiência renal crônica, câncer,

12 BRASIL, Portal do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios**, Síntese de indicadores 2013, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94414.pdf>>. Acesso em: 14.6.2017, p. 49.

13 BRASIL, Portal do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, **Pesquisa Nacional de Saúde**, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94074.pdf>>. Acesso em: 14.6.2017, p.51.

14 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. **Política nacional de Saúde integral da População negra: uma política do SUS**. Brasília, 2013. Disponível em <http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_saude_integral_populacao.pdf> Acesso em 14.6.2017, p.14-15.

miomatoses (PNUD et al, 2001). Essas doenças e agravos necessitam de uma abordagem específica sob pena de se inviabilizar a promoção da equidade em saúde no país¹⁵.

Esses dados merecem ser observados com a devida atenção.

Primeiramente, revelam estar a população negra sujeita a algumas determinantes em saúde que, como já dito, demandam atenção especial do Estado – aqui definidas como fatores que influenciam a saúde humana.

Em segundo lugar, incumbe salientar que tais indicativos jamais devem servir para a estigmatizar a população negra porque revelam doenças não relacionadas (como se poderia estabelecer de maneira simplória) à “cor da pele”, mas sim são decorrentes da complexidade da biologia do corpo humano, de sua exposição a agentes específicos e também a fatores sociais. Afinal, de acordo com o conceito previsto na Carta de Criação da Organização Mundial de Saúde de 1946, “saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” e “gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social”.

Dentro dessa perspectiva, tem-se que o fator racial é considerado oficialmente como determinante em saúde pelo Ministério da Saúde, o qual destaca:

A saúde e o adoecimento estão relacionados a uma série de fatores socioeconômicos e culturais que afetam a integridade física e psicológica, individual e coletiva. As condições históricas de inserção social, somadas às condições de moradia, renda, saúde, localização geográfica e autoconceito positivo ou negativo são elementos que determinam o acesso a bens e serviços também de saúde. Os séculos de escravização da população negra influenciaram negativamente na inserção dessa população na sociedade brasileira, contribuindo para um desigual e desfavorável acesso a direitos e oportunidades, inclusive de saúde. Estas características se refletem no quadro epidemiológico dessa população, evidenciando iniquidades e vulnerabilidades no acesso às condições promotoras de saúde¹⁶.

15 BRASIL, Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. **Política Nacional de Atenção Integral a Saúde da População Negra**. Brasília, 2007. Disponível em: <http://bvms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_saude_populacao_negra.pdf> Acesso em: 14.6.2017, p.28-29.

16 BRASIL, Ministério da Saúde. **Painel de Indicadores do SUS**. Temático Saúde da População Negra. Número 10, Vol. VII. Brasília, 2016. Disponível em <<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2016/maio/13/painel10-130516.pdf>> Acesso em 16.6.2017, p.14.

Nessa linha, os aspectos relativos à saúde específicos da população negra reafirmam o potencial redutor de desigualdades insito no conceito de direito à saúde.

5. Notas breves sobre o racismo e o sexismo

Ademais, apesar de a oferta do direito à saúde ser um fator redutor de desigualdades como medida universal, a observância das peculiaridades da população negra também exigem especial atenção para que se busque a isonomia e a diminuição das desigualdades históricas que envolvem a população negra no Brasil.

Nunca é demais destacar que o racismo em nosso país ainda hoje é considerado um tabu, pois ainda há diversas pessoas a defender abertamente sua inexistência ou a dizer que se trata de situação nova, decorrente de importação cultural dos Estados Unidos da América ou então preconizam tratar-se o observável apenas de hipóteses isoladas. Também há outra vertente, igualmente equivocada, que

*tende a considerar indivisível o preconceito de classe e os preconceitos de raça ou cor. Assim sendo, os negros, índios e mestiços, na grande maioria pertencentes às classes socioeconômicas mais baixas, sofreriam apenas indiretamente os reflexos da discriminação e do preconceito racial, de cor ou étnico. Falsas, contudo, são tais aceções.*¹⁷

Não é por outra razão que tão tardiamente foram tomadas providências para que pudesse ser enfrentada tão importante questão. A título de exemplo, cabe destacar ter sido o racismo somente previsto como crime em nosso país com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, inciso XLII: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”) e com a entrada em vigor da Lei nº 7716, de 5 de janeiro de 1989.

Igualmente objeto de negação é a intolerância de gênero, havendo parcela considerável de nossa população que se recusa a reconhecer a existência de preconceitos contra a mulher.

Por evidente, inúmeros indicativos revelam nitidamente haver os referidos preconceitos, inclusive no ambiente de trabalho¹⁸.

Assim, se ambas as modalidades de intolerância também são uma realidade tangível e facilmente observável em diversos campos,

17 SANTOS, Christiano Jorge. Crimes de Preconceito e de Discriminação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 32.

18 Cf. <<http://www.ibge.gov.br/apps/snig/v1/index.html?loc=0&cat=-2,4,-26,128&ind=4738>> Acesso em 30.6.2017.

resta inequívoco que as mulheres negras acabam por se caracterizar como um dos grupos mais vulneráveis de nosso país.

E tal quadro, constatável em ambientes distintos, acabam por se verificar também no sistema de saúde.

A complexidade dos problemas e a dificuldade da superação da desigualdade, à evidência, exige um amplo leque de atuações competentes e bem planejadas para buscar soluções de gama variada.

6. Racismo no âmbito da Saúde

No âmbito da Saúde, em específico, além de prestação de políticas públicas, o Estado deve assegurar condições para a completa fruição de tais direitos, como, no exemplo do professor americano Lawrence Gostin, ao cumprir seu dever de coibir discriminações por usuários dos sistemas público e privado de saúde¹⁹. No mesmo sentido, a Recomendação nº 14 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais destaca que o princípio da não discriminação nos serviços de saúde é legalmente exigível em número considerável de jurisdições no mundo²⁰. O referido princípio também é previsto no artigo V, “d”, “iv”, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial:

De conformidade com as obrigações fundamentais enunciadas no artigo 2, Os Estados Partes comprometem-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas as suas formas e a garantir o direito de cada uma à igualdade perante a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, principalmente no gozo dos seguintes direitos:

(...)

e) direitos econômicos, sociais culturais, principalmente:

(...)

iv) **direito à saúde pública, a tratamento médico, à previdência social e aos serviços sociais.**

A propósito do racismo institucional no sistema de saúde, a Declaração de Durban (2001), elaborada no contexto da III Conferência Mundial contra o Racismo realizada pela Organização das Nações Unidas, prescreve que:

100. Insta os Estados a estabelecerem, com base em informações estatísticas, programas nacionais, inclusive

19 GOSTIN, Lawrence. *Global health law*. London: Harvard University Press, 2014, p.259.

20 United Nations. Economic and Social Council. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. Twenty-second session Geneva, 25 April-12 May 2000, Substantive Issues Arising in the implementation of the international covenant on economic, social and cultural rights. **General Comment n.14** (2000). Disponível em: <<http://tbinternet.ohchr.org>>. Acesso em: 20 maio 2017, p.18.

programas de ações afirmativas ou medidas de ação positivas, para promoverem o acesso de grupos de indivíduos que são ou podem vir a ser vítimas de discriminação racial nos serviços sociais básicos, incluindo, educação fundamental, atenção primária à saúde e moradia adequada.

O racismo no sistema de saúde foi também constatado em pesquisa do IBGE no Brasil:

De acordo com a PNS, em 2013, havia 146,3 milhões de pessoas de 18 anos ou mais de idade no Brasil, e, destas, 10,6% (15,5 milhões) afirmaram que já se sentiram discriminadas ou tratadas de maneira pior que as outras pessoas no serviço de saúde, por médico ou outro profissional de saúde. Os percentuais foram significativamente maiores nas Regiões Norte e Centro-Oeste: 13,6% e 13,3%, respectivamente. Das pessoas que já se sentiram discriminadas no serviço de saúde, por médico ou outro profissional de saúde no Brasil, destacaram-se: as mulheres (11,6%); as pessoas de 30 a 39 anos (11,9%) e de 40 a 59 anos de idade (12,0%); as pessoas de cor preta (11,9%) e parda (11,4%); e as pessoas sem instrução ou com fundamental incompleto (11,8%)²¹.

Buscando concretizar o direito à saúde e implementar as peculiaridades da população negra, diversos diplomas legais contêm regras específicas, como verifica-se abaixo.

Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010), cuida do direito a saúde da seguinte maneira:

Art. 6º O direito à saúde da população negra será garantido pelo poder público mediante políticas universais, sociais e econômicas destinadas à redução do risco de doenças e de outros agravos.

§1º O acesso universal e igualitário ao Sistema Único de Saúde (SUS) para promoção, proteção e recuperação da saúde da população negra será de responsabilidade dos órgãos e instituições públicas federais, estaduais, distritais e municipais, da administração direta e indireta.

§2º O poder público garantirá que o segmento da população negra vinculado aos seguros privados de saúde seja tratado sem discriminação.

Art. 7º O conjunto de ações de saúde voltadas à população negra constitui a Política Nacional de Saúde Integral da População Negra, organizada de acordo com as diretrizes abaixo especificadas:

I ampliação e fortalecimento da participação de lideranças dos movimentos sociais em defesa da saúde da população

21 BRASIL, Portal do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, *Pesquisa Nacional de Saúde*, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94074.pdf>>. Acesso em: 14.06.2017, p.54-55.

- negra nas instâncias de participação e controle social do SUS;
- II produção de conhecimento científico e tecnológico em saúde da população negra;
- III desenvolvimento de processos de informação, comunicação e educação para contribuir com a redução das vulnerabilidades da população negra.

Esses dispositivos normativos espelham-se nas diretrizes constitucionais do artigo 196 e preconizam não apenas o atendimento às particularidades em saúde como também o atendimento sem discriminações dentro do sistema de saúde.

A Política Nacional de Saúde Integral da População Negra (PNSIPN) está prevista na Portaria nº 992/09 do Ministério da Saúde e tem por objetivo “promover a saúde integral da população negra, priorizando a redução das desigualdades étnico-raciais, o combate ao racismo e à discriminação nas instituições e serviços do SUS”. Ela traça diretrizes relacionadas às especificidades de saúde da população negra, define competências dos entes da federação e reafirma mecanismos de controle social da saúde, além de reconhecer oficialmente que o racismo, as desigualdades étnico-raciais e o racismo institucional são determinantes sociais das condições de saúde que precisam ser enfrentadas para a obtenção da equidade em saúde.

Importante instrumento previsto na PNSIPN é a instituição de Comitê Técnico de Saúde da População Negra, que foi previsto como instância colegiada consultiva com a finalidade de auxiliar a gestão local do SUS na implementação e monitoramento das ações da política pública.

A Resolução nº 16, de 30 de março de 2017, da Comissão Intergestores Tripartite “Dispõe sobre o III Plano Operativo (2017-2019) da Política Nacional de Saúde Integral da População Negra (PNSIPN) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS)”. Ela estabelece

estratégias de aplicação da PNSIPN para garantir o acesso da população negra a ações e serviços de saúde, de forma oportuna e humanizada, contribuindo para a melhoria das condições de saúde desta população, para a redução das iniquidades de raça/cor, gênero, identidade de gênero, orientação sexual, geracionais e de classe, bem como para a promoção da qualidade de vida de brasileiras e brasileiros.

Por sua vez, a Portaria nº 344 do Ministério da Saúde, de 1º de fevereiro de 2017, buscando identificar as peculiaridades da saúde da população negra, dispõe sobre o preenchimento do quesito raça/cor

nos formulários dos sistemas de informação em saúde. O Ministério da Saúde destaca que

o monitoramento das desigualdades raciais em saúde por meio dos sistemas de informação é uma ferramenta importante para a gestão, pois além de subsidiar a formulação de políticas públicas, permite a comparação entre perfis epidemiológicos e a avaliação de equidade na utilização de serviços de saúde²².

Como se vê, há instrumentos legais específicos e normas infralegais disponíveis, e o desafio é a sua transformação em realidade para o atingimento do objetivo primordial: a redução das desigualdades.

7. Conclusão

O caráter universal da saúde é conquista social de altíssimo quilate, que se iniciou com o reconhecimento do direito à saúde nos tratados de direitos humanos do período pós-Segunda Guerra Mundial, desenvolveu-se nas décadas de 1970 e 1980 no chamado “movimento sanitarista” e se consagrou no Brasil com a Constituição Federal de 1988.

Não foi sem razão que a Constituição Federal considerou o serviço de saúde o único de relevância pública em seu texto e, por isso, não são oponíveis restrições subjetivas ao seu alcance. É evolução democrática e republicana, que implementa na prática o princípio da igualdade inspirador dos direitos sociais.

Ademais, as especificidades em saúde da população negra exigem políticas de saúde adequadas e que, na realidade, significam a concretização do direito social à saúde no seu sentido primário de direito social tendente à redução das desigualdades, e as peculiares e especiais providências que devem ser tomadas convivem de maneira harmônica com o caráter universal da saúde.

Assim, além do caráter universal da saúde ter aptidão para reduzir desigualdades, a observância das peculiaridades em saúde da população negra e a não discriminação no especial sistema também podem contribuir para a redução das desigualdades sociais históricas que envolvem a população negra no Brasil, ao menos minimamente.

Portanto, considerando ser função institucional do Ministério Público “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos

22 BRASIL, Ministério da Saúde. **Painel de Indicadores do SUS**. Temático Saúde da População Negra. Número 10, Vol. VII. Brasília, 2016. Disponível em <<http://portal.arquivos.saude.gov.br/images/pdf/2016/maio/13/painel10-130516.pdf>> Acesso em 16.6.2017, p.21.

serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (CF, art. 129, II), tem-se tal previsão como norte a guiar a atuação do Ministério Público, instituição incumbida constitucionalmente pela defesa da ordem jurídica e do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, como estabelecido no artigo 127 do Texto Magno.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3 ed., 15ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL, Ministério da Saúde. **Painel de Indicadores do SUS**. Temático Saúde da População Negra. Número 10, Vol. VII. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2016/maio/13/painel10-130516.pdf>> Acesso em 16.6.2017.

_____, Portal do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios**, Síntese de indicadores 2013, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94414.pdf>>. Acesso em: 14.6.2017.

_____, Portal do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, **Pesquisa Nacional de Saúde**, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94074.pdf>>. Acesso em: 14.6.2017.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. **Política nacional de Saúde integral da População negra: uma política do SUS**. Brasília, 2013. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_saude_integral_populacao.pdf> Acesso em: 14.6.2017.

_____, Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. **Política Nacional de Atenção Integral a Saúde da População Negra**. Brasília, 2007. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_saude_populacao_negra.pdf> Acesso em: 14.6.2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOSTIN, Lawrence. **Global health law**. London: Harvard University Press, 2014.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas de Gênero: uma análise aos resultados do Censo Demográfico**. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/apps/snig/v1/index.html?loc=0&cat=-2,4,26,128&ind=4738>> Acesso em: 30.6.2017.

MAPELLI JUNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mario e MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2012.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988, Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009.

_____; DALLARI, Sueli Gandolfi. **Direito Sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Direito Sanitário. In: (Coord.). NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Manual de Direitos Difusos**. 2.ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de Preconceito e de Discriminação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

United Nations. Economic and Social Council. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. Twenty-second session Geneva, 25 April-12 May 2000, Substantive Issues Arising in the implementation of the international covenant on economic, social and cultural rights. **General Comment n.14** (2000). Disponível em: <<http://tbinternet.ohchr.org>>. Acesso em: 20.05.2017, p.18.

FISCALIZAÇÃO DO SISTEMA DE COTAS RACIAIS: RECOMENDAÇÃO Nº 41 DO CNMP E SUAS FORMAS DE APLICAÇÃO

Andrea Lino Lopes¹

Livia Maria Santana e Sant'Anna Vaz²

Mariana Seifert Bazzo³

Sumário: 1. Introdução. 2. Histórico do Sistema de Cotas no Brasil 3. Contexto de Aprovação da Recomendação nº 41 do Conselho Nacional do Ministério Público 4. As Experiências do Paraná e da Bahia 5. Conclusões. Referências.

1. Introdução

A população negra brasileira é particularmente desfavorecida em oportunidades de acesso ao trabalho, ao ensino superior, a empregos públicos e à igualdade de renda, em comparação com a população branca.

Segundo dados do IBGE, no ano de 2004, 16,7% dos estudantes pretos e pardos com 18 a 24 anos frequentavam o ensino superior, número que cresceu para 45,5% em 2014. Contudo, esse número sequer atingiu o percentual da população branca com acesso às universidades, em 2004, que, então, já alcançava 47,2%, tendo sido incrementado para 71,4%, em 2014.

1 Procuradora do Trabalho lotada na Procuradoria do Trabalho da 9ª Região. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Universidade Gama Filho. Integrante do Grupo de Trabalho de Enfrentamento ao Racismo e Respeito à Diversidade Étnica e Cultural (GT-4), da Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais, ambos do Conselho Nacional do Ministério Público.

2 Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Mestre em Direitos Público pela Universidade Federal da Bahia. Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Designada para coordenar o Grupo de Atuação Especial de Proteção dos Direitos Humanos e Combate à Discriminação e o Grupo de Atuação Especial em Defesa da Mulher e da População LGBT do MP-BA. Integrante do Grupo de Trabalho de Enfrentamento ao Racismo e Respeito à Diversidade Étnica e Cultural (GT-4), da Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais do Conselho Nacional do Ministério Público.

3 Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Pós-graduada em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito de Coimbra. Mestranda em Estudos sobre Mulheres na Universidade Aberta de Portugal. Designada para coordenar o Núcleo de Promoção de Igualdade Étnico-Racial do MP-PR. Integrante do Grupo de Trabalho de Enfrentamento ao Racismo e Respeito à Diversidade Étnica e Cultural (GT-4), da Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais do Conselho Nacional do Ministério Público.

Ainda, os negros representam apenas 17,4% da parcela da população mais rica do país (pessoas que moram em domicílios cuja renda média é de R\$ 11,6 mil por habitante). É certo que a diferença salarial entre brancos e negros diminuiu nos últimos anos, mas os trabalhadores negros ainda possuem renda média correspondente a apenas 59,2% daquela auferida pelos trabalhadores brancos⁴.

Em consonância com os dados acima, diversas são as pesquisas que revelam a exclusão da população negra do serviço público estadual, federal e municipal, se comparada à população branca, mormente em cargos que pressupõem formação universitária e abrangem maior poder de decisão e altos salários^{5,6}.

Como desdobramento dos próprios preceitos constitucionais expostos nos artigos 3⁷, 4⁸, 5⁹ e, ainda, de acordo com a legislação internacional da qual o Estado brasileiro é signatário¹⁰, o Estatuto da Igualdade Racial, instituído pela Lei nº 12.288/2010, previu sistema de cotas para ingresso nas instituições de ensino e no serviço público, como ação afirmativa da mais alta relevância e prevista no art. 1^o, parágrafo único, inciso VI; art. 4^o, incisos II e VII, parágrafo único; art. 15; art. 39, § 5^o; art. 48, incisos I, III e V; art. 56, §§ 2^o e 3^o, do referido diploma.

Para regulamentação das cotas raciais, foram editadas a Lei nº 12.711/2012 – que “dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências” – e a Lei nº 12.990/2014, que “reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos

4 IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *PME - Pesquisa Mensal de Emprego*: retrospectiva 2003 – 2015. Disponível em: «<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000024954801102016481128904912.pdf>». Acesso em: 10 out. 2016.

5 Nesse sentido: OLIVEIRA, Cide de. Negros são menos de 18% dos médicos e não chegam a 30% dos professores universitários. *Rede Brasil Atual*, maio 2014. Disponível em: «<http://www.redebrasilatual.com.br/trabalho/2014/05/negros-no-servico-publico-2996.html>». Acesso em: 29 maio 2017.

6 Cite-se, por exemplo, que apenas 14% dos juizes brasileiros se consideram pardos e 1,4% pretos. CNJ – Conselho Nacional de Justiça. *Censo do Poder Judiciário 2013*. Disponível em: «<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/censo-do-poder-judiciario>». Acesso em: 29 maio 2017.

7 “Art. 3^o. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - Promover o bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (...)”.

8 “Art. 4^o. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II - prevalência dos direitos humanos; (...) VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo”.

9 “Art. 5^o. todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...) XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão nos termos da lei; (...)”

10 Declaração Universal dos Direitos Humanos, Convenção Americana de Direitos Humanos e da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Conexas de Intolerância e a Convenção Interamericana contra toda forma de Discriminação e Intolerância.

públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União”.

As cotas raciais para acesso ao ensino superior e aos cargos públicos se configuram como política pública indispensável para a inclusão social da população negra no Brasil. No entanto, na prática, tem-se verificado a reiteração de fraudes ao sistema de cotas, o que resulta em verdadeiro desvio de finalidade das políticas de ação afirmativa implementadas. Com efeito – tanto no acesso ao ensino superior, como aos cargos públicos –, candidatos socialmente brancos têm se autodeclarado negros para usufruírem do benefício das cotas raciais, o que resulta no preenchimento de parte das vagas por pessoas que não pertencem ao grupo étnico-racial pretendido pela política de ação afirmativa.

Nessa conjuntura, o Ministério Público possui papel relevante no processo de promoção da igualdade étnico-racial no Brasil, como agente fiscalizador da ordem jurídica (art. 127 a 129 da Constituição da República), mormente do efetivo cumprimento das leis específicas capazes de equilibrar as desigualdades raciais amplamente verificadas por dados estatísticos.

Com base nessas premissas, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Recomendação nº 41, de 9 de agosto de 2016, segundo a qual os membros do MP brasileiro devem dar especial atenção aos casos de fraude nos sistemas de cotas para acesso às universidades e cargos públicos, nos termos das Leis nº 12.711/2012 e nº 12.990/2014, bem como da legislação estadual e municipal pertinentes. O MP, assim, deve atuar tanto na repressão – nos autos de procedimentos instaurados com essa finalidade – quanto na prevenção das fraudes –, em especial, cobrando dos órgãos que realizam vestibulares e concursos públicos a previsão em edital de mecanismos de fiscalização e controle. A referida Recomendação deve ser respeitada e efetivada pelos órgãos ministeriais de todo o país, tanto na esfera federal quando estadual, com atuação junto à Justiça Comum ou Especializada.

Além disso, deve-se dar ampla publicidade a tais processos seletivos, a fim de permitir a participação da sociedade civil, para garantia da correta implementação das ações afirmativas raciais, também por meio de mecanismos de controle social.

Destarte, objetiva o presente artigo trazer reflexões sobre os desafios na implementação de tão importante norma, em especial a partir da (in)existência de instrumentos legais federais, estaduais

e municipais específicos, no que se refere aos referidos possíveis mecanismos de fiscalização e controle.

2. Breve histórico do sistema de cotas raciais no Brasil

O Brasil foi o último país das Américas a pôr fim ao regime escravocrata, que vigorou no país desde o período colonial, no século XVI, até 1888, quando da sua extinção formalizada pela Lei Áurea. A longa prática escravista oficial constitui um dos principais motivos determinantes da persistência do racismo no Brasil, e impôs a significativa parcela da população condições de desigualdade social e econômica, com reflexos absolutos no acesso a direitos, recursos e bens elementares para sua efetiva emancipação. Na sequência da abolição da escravatura, desenvolveu-se uma política de embranquecimento da população brasileira – marcada pela subvenção à imigração europeia, em detrimento da imigração africana e asiática –, que impediu a formação de uma classe média negra.

Esse quadro de exclusão – que parece condenar a população negra de países com histórico escravista semelhante ao do Brasil a uma contínua estigmatização – tende a se perpetuar e a se agravar sem a intervenção do Estado, que, portanto, deve assumir seu dever-poder de implementação de políticas públicas de promoção da igualdade racial para reverter a hierarquização racial das sociedades.

Um dos primeiros países a se atentar para a obrigação estatal de promover a igualdade racial parece ter sido os Estados Unidos da América. Afinal, já na década de 1960, como resultado das lutas do movimento negro pelos direitos civis, surgiram as primeiras iniciativas classificáveis como ações afirmativas de cunho racial.

No Brasil, a Conferência Mundial Contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, ocorrida em Durban, África do Sul, em 2001, deu início a um processo de consolidação da ação afirmativa como instrumento de redução das desigualdades raciais no Brasil. Pela primeira vez, o governo brasileiro admitiu, internacionalmente, a existência de desigualdades raciais, comprometendo-se a adotar medidas concretas para o seu enfrentamento.

Em 2001, foram instituídas políticas de ações afirmativas nos Ministérios do Desenvolvimento Agrário, da Cultura e da Justiça¹¹, sendo também dignos de nota os programas e ações governamentais aprovados no período¹².

Começam a surgir, nesse contexto, os primeiros editais com programas de ações afirmativas raciais nas universidades públicas brasileiras, muitas das quais, diante da inexistência de legislação específica, pautavam-se no princípio constitucional da autonomia universitária. A Universidade do Estado da Bahia (UNEB), por meio de ato administrativo interno – por meio de sua Resolução nº 196, de 2002 –, foi pioneira na adoção de ações afirmativas raciais, estabelecendo reserva de 40% das vagas para a população afrodescendente, nos seus cursos de graduação e pós-graduação. Em seguida, por força de leis estaduais que estabeleciam reserva de vagas para candidatos oriundos da rede pública de ensino e/ou autodeclarados pretos ou pardos, a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) passou a adotar o sistema de cotas raciais, a partir de 2003. A Universidade de Brasília, por sua vez, foi a primeira universidade federal a implementar, a partir de 2004, o sistema de cotas, com reserva de 20% de suas vagas para estudantes negros.

Desde então, diversas universidades estaduais e federais vêm adotando políticas de ação afirmativa, optando por diferentes formatos, ora exclusivamente sociais/raciais, ora agregando as duas formas (cotas sociorraciais).

Atualmente, a política de cotas nas universidades se difundiu por todo o país, incluindo não apenas negros, mas outros grupos

11 Portaria nº 1.156, de 2001, do Ministério de Estado da Justiça, que beneficia afrodescendentes, mulheres e pessoas com deficiência, instituindo o Programa de Ações Afirmativas do Ministério da Justiça. Estabelece metas de participação de certos grupos minoritários nos cargos de direção e assessoramento superior; Concorrência nº 03, de 2001, do Supremo Tribunal Federal, que estabelece, por meio de edital de contratação de prestação de serviços, o limite mínimo de 20% de negros e negras no recrutamento e seleção de profissionais pela empresa contratada; Chamada nº 01, de 2002 (Programa de Ação Afirmativa – Bolsas-Prêmio e Vocação para a Diplomacia do Instituto Rio Branco), de iniciativa do Instituto Rio Branco e do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), incentiva e apoia o ingresso de afrodescendentes na carreira diplomática.

12 O Decreto-Lei nº 1.904, de 13 de maio de 1996, que instituiu o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), estabelecendo diversas orientações ligadas às políticas afirmativas. O Programa Nacional de Direitos Humanos II, criado a partir do Decreto nº 4.229, de 13 de maio de 2002, que revogou o Decreto instituidor do PNDH I, também se preocupou em estabelecer regras para a promoção da igualdade, prevendo a promoção e o apoio a políticas de ações afirmativas. Na mesma data de instituição do PNDH II, foi lançado, por meio do Decreto nº 4.228, o Programa Nacional de Ações Afirmativas, que apresenta como importante ação a inclusão de dispositivos estabelecendo metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência, em licitações e contratações de serviços, promovidas por órgãos da Administração Pública Federal. Posteriormente, instituiu-se a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial (PNPIR) – mediante o Decreto nº 4.886, de 20 de novembro de 2003 – tendo como objetivo principal reduzir as desigualdades raciais no Brasil, com ênfase na população negra, atribuindo à Secretaria da Promoção de Políticas Públicas da Igualdade Racial (SEPPIR) a responsabilidade pela coordenação das ações e a articulação institucional necessárias.

social e economicamente vulneráveis, como pardos, indígenas, quilombolas e estudantes oriundos de escolas públicas.

Após o julgamento da Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADFP) nº 186-2, em abril de 2012, pelo Supremo Tribunal Federal – que, à unanimidade, considerou constitucionais as cotas raciais para o acesso ao ensino superior –, o Poder Legislativo passou a regulamentar a matéria de modo mais concreto.

Nesse sentido, coube à Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, a consolidação da implementação das políticas de inserção nas universidades. Por exigência desse diploma legal, os estabelecimentos de ensino superior tinham até agosto de 2016 para implementarem a destinação de metade das suas vagas para alunos oriundos da rede pública de ensino escolar. Essas vagas reservadas deverão ser

preenchidas, por turno e curso, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Mais recentemente, em 9 de junho de 2014, a Lei nº 12.990¹³ reservou aos “negros 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, incluindo autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União.”

Trata-se da adoção de cotas raciais também para acesso aos cargos e empregos públicos, ação afirmativa que se justifica diante dos indicadores sociais que confirmam a exclusão e desigualdade enfrentada pela população negra também na esfera do trabalho. Os mesmos fatores históricos anteriormente mencionados devem ser invocados, para tentar explicar a disparidade na ocupação de cargos e empregos, sobretudo os de maior expressão e remuneração, quando comparados brancos e não brancos.

Para Bárbara Estanislau, Eduardo Gomor e Jéssica Naime, o propósito primordial da lei é alterar o padrão fenotípico dos servidores públicos do Poder Executivo Federal, em contradição com o atual perfil da população brasileira. Segundo os autores, a reserva de vagas estabelecidas demonstram a intenção do legislador de “elaborar mecanismo que possibilite desigualar grupos particulares

13 É preciso dizer que alguns estados brasileiros, antecipando-se mesmo à própria iniciativa legislativa federal, já adotaram sistemas de cotas congêneres ao preconizado pela Lei Federal nº 12.990, como são os casos de Paraná, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e Mato Grosso do Sul.

identificados com características fenotípicas negativamente tratadas pela sociedade em geral”¹⁴.

Com efeito, em qualquer estudo que se faça, a conclusão é a de que, por conta dos fatores históricos da formação ou da “deformação” da sociedade brasileira, pretos e pardos formam o maior bloco dos desempregados e dos subempregados; são os que mais trabalham em atividades consideradas menos expressivas (normalmente relacionadas às atividades braçais ou não intelectuais) e os que menos recebem pelo trabalho prestado.

No serviço público federal, a situação não é diferente. Primeiro, o número de não brancos, comparados com brancos, é expressivamente inferior. Depois, o maior contingente de negros ou de não brancos está nos cargos/funções administrativos e auxiliares, ficando a grande maioria dos cargos/funções tidos como mais graduados para brancos.

Como se pode perceber, o Estado brasileiro busca, paulatinamente, por meio de práticas de inserção, implementar e incrementar políticas públicas que se tornam poderosos instrumentos de recomposição das desigualdades históricas arraigadas na sociedade brasileira, procurando concretizar os anseios da igualdade material, reiteradamente preconizada pela Constituição da República, como facilmente se pode inferir da leitura de vários dos seus dispositivos, já aqui mencionados.

3. Contexto de aprovação da Recomendação nº 41 do CNMP

Em 3 de novembro de 2015, o Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da sua Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais, promoveu audiência pública para debater o tema “Fraudes nos sistemas de cotas e mecanismos de fiscalização – O papel do Ministério Público”. A sessão contou com a participação ativa de representantes de diversos órgãos públicos – dentre os quais, dos Ministérios Públicos de alguns Estados, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério da Educação, do IBGE e do IPEA –, bem como dos movimentos sociais.

Na ocasião, discutiu-se acerca da necessidade de fiscalização do sistema de cotas, diante das inúmeras representações recebidas pelos Ministérios Públicos de todo o país, noticiando fraudes nas

¹⁴ A inserção dos negros no serviço público federal e as perspectivas de transformação a partir da Lei de Cotas, p. 126.

autodeclarações raciais. Os debates tiveram como foco os mecanismos de fiscalização – com especial ênfase para as comissões de verificação da autodeclaração racial – e o papel do Ministério Público no combate às fraudes.

Desde então, diversos membros do Ministério Público brasileiro têm adotado medidas necessárias para impedir o desvio de finalidade das cotas raciais nos concursos públicos, expedindo recomendações e ajuizando ações civis públicas, quando necessário¹⁵.

Em consonância com o entendimento jurisprudencial formado e com a atuação fiscalizatória do Ministério Público, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão expediu – em atendimento a recomendação recentemente expedida pelo Ministério Público Federal – a Orientação Normativa nº 03, de 1º de agosto de 2016, que estabelece orientação para a aferição da veracidade da informação prestada por candidatos autodeclarados pretos ou pardos, para os fins previstos na Lei nº 12.990/2014. Dentre as linhas orientadoras, o documento dispõe que os editais de concurso público para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União deverão, dentre outros aspectos, “prever e detalhar os métodos de verificação da veracidade da autodeclaração, com a indicação de comissão designada para tal fim, com competência deliberativa”. Centrada também na necessidade de valorização da diversidade na composição da banca, a Orientação Normativa nº 03/2016 reza que “a comissão designada para a verificação da veracidade da autodeclaração deverá ter seus membros distribuídos por gênero, cor e, preferencialmente, naturalidade”.

Como encaminhamento da audiência pública ocorrida em 3 de novembro de 2015, o Grupo de Trabalho de Enfrentamento ao Racismo e Respeito à Diversidade Étnica e Cultural (GT-4), da Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais do CNMP, assumiu a pauta para aprofundamento das discussões e proposta de soluções,

15 A título de exemplo, mencionem-se: 1) o ajuizamento de ação civil pública, em dezembro de 2015, pelo Ministério Público Federal para impedir a posse de cinco candidatos brancos que se autodeclararam negros, no concurso para diplomata do Instituto Rio Branco, tendo sido o pleito acolhido; 2) A expedição, também em dezembro de 2015, de recomendação do MPF à ANS e à ANP, recomendando a republicação dos respectivos editais de concurso, para instituição de comissões de verificação das características fenotípicas dos candidatos autodeclarados negros; 3) A expedição de recomendação pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios para que o Tribunal de Justiça revogasse a homologação do resultado final de seu concurso para servidores, para instituição de comissão de verificação da autodeclaração racial dos candidatos negros, com avaliação das características fenotípicas, que foi devidamente acatada; 4) a recomendação do Ministério Público Federal, referente ao concurso para provimento de cargos do Tribunal Regional Eleitoral do Mato Grosso, que, pelo Edital nº 12 de 29 de abril de 2016, determinou a anulação da homologação do resultado final, convocando os candidatos cotistas para verificação presencial das características fenotípicas.

no âmbito da atuação ministerial, o que gerou a Proposição de Recomendação nº 1.00438/2015-08, subscrita pelo Conselheiro Fábio George Cruz da Nóbrega, então Presidente da CDDF.

Julgada na 15ª Sessão Ordinária, realizada em 9 de agosto de 2016, a Proposição foi aprovada, dando origem à Recomendação nº 41/2016, publicada no Diário Eletrônico do CNMP, Edição nº 166, de 5 de setembro de 2016, com a seguinte redação:

RECOMENDAÇÃO Nº 41, DE 09 DE AGOSTO DE 2016

Define parâmetros para a atuação dos membros do Ministério Público brasileiro para a correta implementação da política de cotas étnico-raciais em vestibulares e concursos públicos. O CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, no exercício da competência fixada no artigo 130-A, §2º, I, da Constituição Federal, e com fundamento no artigo 147, inciso IV, do Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público – RICNMP, nos autos da Proposição n.º 1.00438/2015-08, julgada na 15ª Sessão Ordinária, realizada em 9 de agosto de 2016;

Considerando que o Conselho Nacional do Ministério Público tem por missão fortalecer e aprimorar o Ministério Público brasileiro, assegurando sua autonomia e unidade, para uma atuação responsável e socialmente justa, e como visão de futuro a de ser o órgão de integração e desenvolvimento do Ministério Público brasileiro;

Considerando que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, cabendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme art. 127 da Constituição da República;

Considerando que, dentre esses direitos, avulta o de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública ao direito à igualdade, promovendo as medidas necessárias à sua garantia;

Considerando que o art. 3º da Constituição Federal de 1988 estabelece dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação;

Considerando que, desse modo, a Constituição brasileira adotou uma concepção de complementaridade entre igualdade formal e igualdade material que permite tratamento legitimamente diferenciado a determinados coletivos, com vistas a ilidir desigualdades socialmente construídas das quais resultam restrições no acesso a bens essenciais e direitos fundamentais;

Considerando que o Estado brasileiro é signatário da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as

Formas de Discriminação Racial – aprovada pela Resolução 2106 (XX) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 21 de dezembro de 1965 – que tem como diretrizes o combate à discriminação racial, em todas as suas formas e manifestações, e a promoção da efetiva igualdade de todas as pessoas, prevendo, para tanto, a adoção pelos Estados Partes de medidas especiais e concretas para assegurar o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a esses grupos;

Considerando que, tendo assinado a Declaração de Durban – adotada em 31 de agosto de 2001, em Durban (África do Sul), durante a III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata –, o Estado brasileiro reconhece que os afrodescendentes “enfrentam barreiras como resultado de preconceitos e discriminações sociais predominantes em instituições públicas e privadas” e que “a igualdade de oportunidades real para todos, em todas as esferas, incluindo a do desenvolvimento, é fundamental para a erradicação do racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata”;

Considerando que, no âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, o Brasil assinou a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e formas conexas de Intolerância que possui entre os seus objetivos centrais a promoção de condições equitativas de igualdade de oportunidades e o combate à discriminação racial, em todas as suas manifestações individuais, estruturais e institucionais;

Considerando o início da Década Internacional dos Afrodescendentes, proposta pela Organização das Nações Unidas (ONU), cuja proposta é reconhecer a desigualdade e a discriminação étnico-racial; promover a justiça, através de medidas especiais e; desenvolver a comunidade afrodescendente em seus aspectos econômicos e sociais.

Considerando que a Lei nº. 12.288/2010 – que institui o Estatuto da Igualdade Racial em âmbito nacional –, no seu art. 39, visa à igualdade de oportunidades para a população negra também no serviço público;

Considerando que, por ocasião do julgamento da ADPF 186, em 26 de abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por unanimidade, a constitucionalidade da política de cotas étnico-raciais, posicionamento ratificado no julgamento da ADI 3330;

Considerando que a composição do funcionalismo público brasileiro não reflete a diversidade da população do país, observando-se que, entre 2004 e 2013, a quantidade de negros no serviço público variou de 22,3% para 29,9%, sendo que a população negra representa 50,7% de acordo com o IBGE;

Considerando que a Lei nº. 12.711/2012 garante a reserva de 50% das matrículas por turno das universidades federais

e dos institutos federais de educação para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, com o acréscimo de critérios de renda familiar e étnico - racial;

Considerando que a Lei nº. 12.990/2014 determina que aos negros seja reservada 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, medida que é também prevista por diversas leis estaduais;

Considerando as notícias que vêm sendo divulgadas, pela imprensa e pelos diversos ramos do Ministério Público, sobre a ocorrência de fraudes em inscrições realizadas em certames públicos que reservam vagas para negros, seja para o ingresso em universidades públicas na condição de cotistas, seja para concorrer, em idêntica situação, a cargos públicos disponibilizados em concursos abertos, sem que tais candidatos atendam, realmente, aos critérios legais estabelecidos;

Considerando que os editais de concursos públicos para provimento de vagas da Administração Pública Direta e Indireta, nos âmbitos federal, estadual e municipal – seguindo paradigma adotado no Brasil –, têm estabelecido a autodeclaração como critério de elegibilidade do candidato para concorrer pelo sistema de cotas raciais; Considerando, no entanto, que a autodeclaração não é critério absoluto de definição da pertença étnico-racial de um indivíduo, devendo, notadamente no caso da política de cotas, ser complementado por mecanismos heterônomos de verificação de autenticidade das informações declaradas, tendo o STF, no julgamento da ADPF 186, se pronunciado especificamente sobre a legitimidade do sistema misto de identificação racial;

Considerando que inúmeras investigações sobre tais ocorrências já foram abertas por iniciativa do Ministério Público no país, bem ainda várias ações judiciais foram promovidas face a supostos atos de falsidade contidos nas autodeclarações apresentadas;

Considerando que aos agentes públicos é imposto o dever jurídico de observância aos princípios que regem a Administração Pública, especialmente, por força do disposto no art. 37, caput, da Constituição Federal, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência;

Considerando que, nos termos do art. 11 da Lei nº. 8.429/1992, “constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência (...) e V - frustrar a licitude de concurso público (...)”;

Considerando que a omissão na fiscalização do sistema de cotas por parte dos agentes públicos, além de configurar ato de improbidade administrativa por violação de princípio, caracteriza explícito desvio de finalidade, que ocorre nas hipóteses em que o ato administrativo – no caso, nomeação de servidores públicos – é praticado em descompasso com os objetivos estabelecido pelo legislador, constituindo, assim, violação ideológica da lei;

Considerando que, portanto, a Administração Pública tem o dever/poder de fiscalização do sistema de cotas nos seus concursos públicos, devendo estabelecer nos editais critérios objetivos para verificação da autodeclaração étnico-racial dos candidatos;

Considerando ser atribuição do Ministério Público adotar providências diante da omissão dos poderes públicos na fiscalização de fraudes no sistema de cotas nos vestibulares e concursos públicos que estabeleçam reserva de vagas para candidatos negros;

Considerando o debate ocorrido por ocasião da Audiência Pública sobre “Fraudes nos sistemas de cotas e mecanismos de fiscalização – O papel do Ministério Público”, realizada no dia 3 de novembro de 2015, na sede deste Conselho Nacional do Ministério Público, presidida pelo Presidente da Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais, Fábio George Cruz da Nóbrega, oportunidade em que foram ouvidos, dentre outros, autoridades e representantes de órgãos públicos e dos movimentos sociais, no âmbito local e nacional, RECOMENDA:

Art. 1º. Os membros do Ministério Público brasileiro devem dar especial atenção aos casos de fraude nos sistemas de cotas para acesso às universidades e cargos públicos – nos termos das Leis nºs 12.711/2012 e 12.990/2014, bem como da legislação estadual e municipal pertinentes –, atuando para reprimi-los, nos autos de procedimentos instaurados com essa finalidade, e preveni-los, especialmente pela cobrança, junto aos órgãos que realizam os vestibulares e concursos públicos, da previsão, nos respectivos editais, de mecanismos de fiscalização e controle, sobre os quais deve se dar ampla publicidade, a fim de permitir a participação da sociedade civil com vistas à correta implementação dessas ações afirmativas.

Art. 2º Esta Recomendação entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília-DF, 09 de agosto de 2016.

RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS

Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público

A partir do entendimento que vem se consolidando a respeito da fiscalização das cotas raciais, alguns parâmetros podem ser apontados: a) a autodeclaração como relevante método de identificação racial, porém não absoluto, e a conseqüente necessidade

de verificação da autodeclaração para coibir as fraudes nos sistemas de cotas raciais; b) verificação presencial da autodeclaração por meio de comissões formadas para tanto; c) adoção do critério fenotípico para identificação racial dos cotistas; d) importância do controle social das decisões da comissão a partir da participação de membros representantes de movimentos sociais.

Há que se enfatizar, portanto, com base nos artigos 130-A, §2º, I, da Constituição Federal e 147 e seguintes do Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público, que a partir da Recomendação nº 41, tanto na esfera estadual quanto federal, na atuação junto à Justiça Comum ou Especializada, qualquer órgão ministerial com atribuições na matéria, deve zelar pelo preenchimento dos parâmetros acima elencados.

4. Experiências dos Ministérios Públicos do Paraná e da Bahia

4.1. As Recomendações do Ministério Público do Estado da Bahia

No Estado da Bahia, em 6 de junho de 2014, foi promulgada a Lei nº 13.182/2014, que institui o Estatuto da Igualdade Racial e de Combate à Intolerância Religiosa do Estado da Bahia, cujo art. 49 estabelece “a reserva de vagas para a população negra nos concursos públicos e processos seletivos para provimento de pessoal no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta Estadual, correspondente, no mínimo, a 30% (trinta por cento) das vagas a serem providas.”

Regulamentando o mencionado dispositivo, o Decreto Estadual nº 15.353, de 7 de agosto de 2014, reza, no seu art. 1º, que

ficam reservadas à população negra 30% (trinta por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos e nos processos seletivos simplificados para contratações temporárias de excepcional interesse público sob o Regime Especial de Direito Administrativo, promovidos pelos órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta do Estado da Bahia.

O mesmo Decreto especifica, no seu artigo 3º, que

poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia

e Estatística – IBGE, sendo vedada qualquer solicitação por parte do candidato após a conclusão da inscrição.

No âmbito municipal, o Decreto Legislativo nº 24.846/14, do Município do Salvador, no seu art. 1º, estabelece que

fica assegurado aos afrodescendentes 30% (trinta por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos integrantes dos quadros permanentes de pessoal do Poder Executivo e das entidades da Administração Indireta do Município do Salvador.

No que concerne mais especificamente à atuação do Ministério Público do Estado da Bahia, foi expedida e amplamente difundida pelo Grupo de Atuação Especial de Proteção dos Direitos Humanos e Combate à Discriminação, a Recomendação nº 02, de 14 de março de 2016¹⁶, trazendo parâmetros para a verificação da autodeclaração racial nos editais de concursos públicos e processos seletivos para provimento de pessoal no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta Estadual e Municipal.

Em 10 de dezembro de 2015, a partir de representação formulada ao GEDHDIS, foi instaurado procedimento preparatório de inquérito civil para apurar a ausência de fiscalização da autodeclaração racial no sistema de cotas do Concurso Público nº 01/2014, para os cargos de Auditor-Fiscal, Auditor Interno e Auditor Fazendário do Município de Salvador. No caso em questão, a comissão havia sido instituída formalmente, por meio de Instrução Normativa que, no entanto, condicionou a sua efetiva atuação à apresentação de denúncias, devidamente assinadas, transferindo obrigação fiscalizatória que compete à Administração Pública. No curso do procedimento foi expedida a Recomendação nº 03/2016, que orientou a necessidade de se instituir comissão que, baseada nas características fenotípicas dos candidatos cotistas, deveria verificar presencialmente a autodeclaração racial destes, validando-as ou não, independentemente da existência de denúncia formal.

Também a partir do recebimento de representações, foi instaurado no GEDHDIS procedimento preparatório para apurar irregularidades na fiscalização do sistema de cotas do concurso para o cargo de Procurador do Município de Salvador (Edital nº 01/2015 PMS). Embora tenha o edital previsto explicitamente o critério

16 A recomendação foi apresentada aos membros do Grupo de Enfrentamento ao Racismo, da Comissão de Defesa dos Direitos Humanos, do Conselho Nacional do Ministério Público, e replicada em outros Ministérios Públicos estaduais. Destaca-se o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, que replicou o documento para recomendar que o Tribunal de Justiça do DFT, no concurso para provimento de cargos de servidores, revogasse a homologação do resultado final, instituindo comissão de verificação da autodeclaração racial, o que foi devidamente acatado.

fenotípico como fator de identificação racial e estabelecido sistema de verificação da autodeclaração, optou-se pela verificação a partir da análise de fotografias apresentadas pelos candidatos cotistas, abrindo espaço para a manipulação das mesmas. Diante dessas circunstâncias, foi expedida a Recomendação nº 04/2016, indicando que fosse instituída uma comissão de verificação presencial da autodeclaração racial, o que foi devidamente acatado pela Procuradoria Geral do Município de Salvador.

O Edital nº 01/2016, para provimento de cargos e formação de cadastro de reserva para Classe Inicial da carreira de Defensor Público do Estado da Bahia, também foi objeto de representação perante o GEDHDIS. O referido edital instituiu comissão de verificação presencial das autodeclarações dos candidatos cotistas. No entanto, no seu item 11.3 (Capítulo V), estabeleceu como critério de verificação a fenotipia do(a) candidato(a) ou do(s) seu(s) ascendente(s) de primeiro grau. Após expedição de recomendação – cujo principal objetivo era a adoção do critério exclusivamente fenotípico (e não de ascendência) na verificação da autodeclaração dos candidatos cotistas – foi ajuizada ação civil pública, no curso da qual foi firmado acordo judicialmente homologado. Após a homologação do acordo, foi publicada nota de esclarecimento pela Defensoria Pública ajustando os termos do edital para contemplar o critério fenotípico na verificação da autodeclaração.

Em 8 de novembro de 2016 foi expedida – pelo GEDHDIS, com apoio do Centro de Apoio Operacional dos Direitos Humanos (CAODH) – Nota Técnica¹⁷ “referente à formulação de editais e à fiscalização da reserva de vagas destinadas a negros, de forma a dar cumprimento à Lei Estadual nº 13.182/2014 e à Recomendação nº 41, de 09 de agosto de 2016, do Conselho Nacional do Ministério Público”. Expressando o posicionamento do grupo signatário, a nota objetiva orientar os membros do Ministério Público do Estado da Bahia para a necessidade do cumprimento da Recomendação nº 41/2016 do Conselho Nacional do Ministério Público e da efetiva concretização da política pública de cotas raciais no Brasil.

As principais diretrizes e fundamentos da fiscalização das políticas de cotas se encontram na mencionada Recomendação nº 02/2016 do Ministério Público do Estado da Bahia, com o seguinte teor:

17 Nota Técnica nº 01, nov 2016, do Grupo de Atuação Especial de Proteção dos Direitos Humanos e Combate à Discriminação do Ministério Público da Bahia. Disponível em «<https://drive.google.com/file/d/0B3fnm5rwpJFUOV9GbXlnbC14NHM/view>». Acesso em 31 de maio de 2017.

RECOMENDAÇÃO nº 02/2016

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, pela promotora de justiça infrafirmada, no exercício de suas atribuições constitucionais e legais, com fulcro no art. 127, *caput*, art. 129, incisos II, III e IX, da Constituição Federal, c/c os artigos 1º, 2º, 5º, inciso I, alínea “c”, e 6º, inciso XX, da Lei Complementar nº 75/93; e tendo em vista os fatos noticiados nesta Promotoria de Justiça, por meio da anexa representação que aponta a falta de clareza nos editais de concursos públicos no que concerne ao procedimento de verificação da autodeclaração racial no sistema de cotas para negros, formula as seguintes recomendações:

CONSIDERANDO que a Constituição Federal, no seu art. 127, erigiu o Ministério Público à categoria de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis;

CONSIDERANDO competir ao Ministério Público expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis;

CONSIDERANDO que o art. 3º da Constituição Federal de 1988 estabelece dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação;

CONSIDERANDO que, desse modo, a Constituição brasileira adotou uma concepção de complementaridade entre igualdade formal e igualdade material que permite tratamento legitimamente diferenciado a determinados coletivos, com vistas a ilidir desigualdades socialmente construídas das quais resultam restrições no acesso a bens essenciais e direitos fundamentais;

CONSIDERANDO que o Estado brasileiro é signatário da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial – aprovada pela Resolução 2106 (XX) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 21 de dezembro de 1965 – que tem como diretrizes o combate à discriminação racial, em todas as suas formas e manifestações, e a promoção da efetiva igualdade de todas as pessoas, prevendo, para tanto, a adoção pelos Estados Partes de medidas especiais e concretas para assegurar o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a esses grupos;

CONSIDERANDO que, tendo assinado a Declaração de Durban – adotada em 31 de agosto de 2001, em Durban (África do Sul), durante a III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata –, o Estado brasileiro reconhece que

os afrodescendentes “enfrentam barreiras como resultado de preconceitos e discriminações sociais predominantes em instituições públicas e privadas” e que “a igualdade de oportunidades real para todos, em todas as esferas, incluindo a do desenvolvimento, é fundamental para a erradicação do racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata.”

CONSIDERANDO que, no âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, o Brasil assinou a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e formas conexas de Intolerância que possui entre os seus objetivos centrais a promoção de condições equitativas de igualdade de oportunidades e o combate à discriminação racial, em todas as suas manifestações individuais, estruturais e institucionais.

CONSIDERANDO que a Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, que institui o Estatuto da Igualdade Racial em âmbito nacional, no seu art. 43 estabelece que “visa à igualdade de oportunidades para a população negra também no serviço público;

CONSIDERANDO que a Lei nº 13.182/2014 – que institui o Estatuto da Igualdade Racial e de Combate à Intolerância Religiosa do Estado da Bahia –, no seu art. 49, estabelece “a reserva de vagas para a população negra nos concursos públicos e processos seletivos para provimento de pessoal no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta Estadual, correspondente, no mínimo, a 30% (trinta por cento) das vagas a serem providas”;

CONSIDERANDO que o Decreto Legislativo nº 24.846/14, do Município de Salvador, no seu art. 1º, estabelece que “fica assegurado aos afrodescendentes 30% (trinta por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos integrantes dos quadros permanentes de pessoal do Poder Executivo e das entidades da Administração Indireta do Município do Salvador”;

CONSIDERANDO o início da **Década Internacional dos Afrodescendentes, proposta pela Organização das Nações Unidas (ONU), cuja proposta é reconhecer a desigualdade e a discriminação étnico-racial; promover a justiça, através de medidas especiais e; desenvolver a comunidade afrodescendente em seus aspectos econômicos e sociais;**

CONSIDERANDO que o Estado da Bahia declarou adesão formal à proposta da ONU, por meio do Decreto nº 16.320, de 21 de setembro de 2015, que cria a Década Estadual Afrodescendente e institui, no âmbito da Secretaria de Promoção da Igualdade Racial, um Grupo de Trabalho com o objetivo de articular e integrar as ações de Governo relacionadas com a promoção da igualdade racial a serem implementadas ao longo da Década;

CONSIDERANDO que, diante da realidade sociopolítica e econômica brasileira, as ações afirmativas são importante

instrumento de combate ao racismo e de promoção da igualdade racial;

CONSIDERANDO que, por ocasião do julgamento da ADPF 186, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por unanimidade, a constitucionalidade da política de cotas étnico-raciais, posicionamento ratificado no julgamento da ADI 3330;

CONSIDERANDO que as cotas raciais devem ter aplicabilidade restrita às vítimas diretas do racismo e da discriminação racial, como medida de justiça distributiva voltada para a neutralização de iniquidades ráticas persistentes na sociedade brasileira;

CONSIDERANDO que no Brasil predomina o *preconceito racial de marca*, no qual os indivíduos são preteridos ou excluídos não em virtude de sua origem ou ascendência, mas por portarem os traços ou marcas fenotípicas do grupo étnico-racial a que pertencem;

CONSIDERANDO que, nessa linha de entendimento, a discriminação racial no Brasil é praticada por meio de construções sociais que promovem a exclusão de determinadas pessoas, em razão de suas características fenotípicas associadas ao grupo étnico-racial negro, como cor da pele, traços faciais e textura dos cabelos;

CONSIDERANDO que, no Brasil, em decorrência de um processo histórico de submissão e inferiorização, a população negra ainda se encontra sub-representada nos mais diversos setores da vida em sociedade, notadamente nos quadros de servidores da Administração Pública Direta e Indireta de todos os entes da Federação;

CONSIDERANDO que os editais de concursos públicos para provimento de vagas da Administração Pública Direta e Indireta, nos âmbitos estadual e municipal – seguindo paradigma adotado no Brasil –, têm estabelecido a autodeclaração como critério de elegibilidade do candidato para concorrer pelo sistema de cotas raciais;

CONSIDERANDO, no entanto, que a autodeclaração não é critério absoluto de definição da pertença étnico-racial de um indivíduo, devendo, notadamente no caso da política de cotas, ser complementado por mecanismos heterônomos de verificação de autenticidade das informações declaradas, tendo o STF, no julgamento da ADPF 186, se pronunciado especificamente sobre a legitimidade do sistema misto de identificação racial.

CONSIDERANDO que têm sido noticiadas situações em que candidatos não negros prestaram falsa declaração no sentido de serem beneficiados pelo sistema de cotas, burlando, assim, o verdadeiro propósito das políticas públicas de promoção da igualdade racial;

CONSIDERANDO que candidatos negros podem ser prejudicados, sendo inclusive excluídos injusta e previamente de eventual cadastro reserva, por concorrerem com candidatos que falsamente se autodeclarem negros e, que,

portanto, não teriam direito às vagas reservadas à minoria étnico-racial beneficiária da ação afirmativa em comento;

CONSIDERANDO que os editais, em regra, preveem a exclusão do certame dos candidatos que forneçam declaração falsa quanto à sua raça, sem, contudo, especificar o procedimento a ser adotado para a verificação da veracidade da autodeclaração racial, ou tampouco em que momento do concurso tal validação ocorrerá;

CONSIDERANDO que a ausência de definição explícita em edital acerca do procedimento de aferição de autenticidade da autodeclaração racial cria ambiente propício para a prática de fraudes, tornando ineficaz a política pública de ação afirmativa e a implementação do sistema de cotas nos concursos públicos;

CONSIDERANDO que aos agentes públicos é imposto o dever jurídico de observância aos princípios que regem a Administração Pública, especialmente, por força do disposto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência;

CONSIDERANDO que, nos termos do art. 11 da Lei nº 8.429/1992, “constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência (...) e V - frustrar a licitude de concurso público (...)”;

CONSIDERANDO que a omissão na fiscalização do sistema de cotas por parte dos agentes públicos, além de configurar ato de improbidade administrativa por violação de princípio, caracteriza explícito desvio de finalidade, que ocorre nas hipóteses em que o ato administrativo – no caso, nomeação de servidores públicos – é praticado em descompasso com os objetivos estabelecido pelo legislador, constituindo, assim, violação ideológica da lei;

CONSIDERANDO que, portanto, a Administração Pública tem o dever/poder de fiscalização do sistema de cotas nos seus concursos públicos, devendo estabelecer nos editais critérios objetivos para verificação da pertença étnico-racial declarada pelos candidatos cotistas;

CONSIDERANDO, na esteira de diversas decisões judiciais¹⁸, a necessidade de verificação presencial das características fenotípicas dos candidatos como critério para convalidação

18 Ver, por exemplo: 1) AGRAVO REGIMENTAL Nº 1.123.839-2/01 - FORO CENTRAL DA COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA. Relator: Des. Carvílio da Silveira Filho. Data: 04 de novembro de 2013; 2) MANDADO DE SEGURANÇA Nº 7006173636203 (Nº CNJ 0366183-79.2014.8.21.7000. TJ-RS. Relator: Matilde Chabar Maia. Data: 12 de dezembro de 2014; 3) APELAÇÃO CÍVEL Nº 5008908-91.2010.404.7200. 3ª TURMA DO TRF 4ª REGIÃO. Relator: Nicolau Konkel Júnior. Data: 03 de agosto de 2015; 4) APELAÇÃO CÍVEL Nº 5006419-50.2011.404.7102. 4ª TURMA DO TRF 4ª REGIÃO. Relator: Sérgio Renato Tejada Garcia. Data: 07 de agosto de 2015; 5) AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5030297-28.2015.4.04.0000/RS – 3ª TURMA DO TRF 4ª REGIÃO. Relator: Des. Ricardo Teixeira do Valle Pereira. Data: 04 de novembro de 2015.

da autodeclaração racial, função a ser exercida por meio de comissões constituídas para tanto;

CONSIDERANDO que a maioria dos integrantes das comissões de verificação devem ser membros de organizações não governamentais envolvidas no combate ao racismo, uma vez que tal composição permite que as decisões retratem também o entendimento de instâncias de controle social associadas à temática racial;

CONSIDERANDO que as decisões de confirmação da autodeclaração racial devem ser proferidas por voto da maioria dos membros da comissão constituída, por ser medida mais justa do que a exigência de decisões por unanimidade;

CONSIDERANDO que a verificação da falsidade da autodeclaração é etapa seletiva que pode gerar a eliminação de candidatos, devendo, por conseguinte, ocorrer em fase anterior à homologação do certame;

CONSIDERANDO que deve ser oportunizado aos demais candidatos, bem como aos órgãos de fiscalização, acesso a documentos que permitam a identificação física dos candidatos concorrentes pelo sistema de cotas, viabilizando, assim, eventual impugnação de autodeclarações raciais falsas, quando prevista em edital;

CONSIDERANDO que a verificação quanto à pertença étnico-racial deve ser feita entre as provas objetiva e subjetiva, em caso de concursos que contenham essas duas fases de avaliação, evitando-se, desse modo, a exclusão preliminar de candidatos negros do grupo de candidatos a terem as provas discursivas corrigidas e, conseqüentemente, do cadastro reserva a ser formado;

CONSIDERANDO que, nos processos seletivos de apenas uma fase, a verificação das características étnico-raciais deve ser realizada antes de qualquer avaliação ou após a divulgação do resultado da prova objetiva e antes da homologação do resultado final;

CONSIDERANDO que a realização intempestiva da verificação da autodeclaração pode obstaculizar direito líquido e certo dos candidatos negros de ocuparem efetivamente os quantitativos totais de vagas reservadas, assim como os cadastros de reservas delas decorrentes;

RECOMENDAMOS que os editais de concursos públicos e processos seletivos para provimento de pessoal no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta Estadual e Municipal, que prevejam cotas raciais, estabeleçam as características fenotípicas relacionadas ao grupo étnico-racial negro como critério para validação da autodeclaração dos candidatos cotistas;

RECOMENDAMOS que ditos editais determinem que os candidatos que se autodeclararem negros juntem à ficha de inscrição preliminar cópia colorida de documento de identificação, documento que deve permanecer acessível para fins de impugnação da autodeclaração por terceiros;

RECOMENDAMOS, além disso, que a verificação das características fenotípicas dos candidatos que se autodeclararem negros seja realizada por meio de entrevistas presenciais, que – em obediência ao princípio da publicidade dos atos administrativos – devem ser abertas ao público, possibilitando-se inclusive a presença dos demais candidatos, cotistas ou não.

RECOMENDAMOS que os editais instituem Comissão Especial de Verificação da Autodeclaração, que – a partir da análise das características fenotípicas dos candidatos cotistas – decidirá, por maioria de seus membros, acerca da convalidação da autodeclaração étnico-racial;

RECOMENDAMOS que, na composição da referida comissão, seja observado o número majoritário de integrantes de organizações não governamentais voltadas para o combate ao racismo e de reconhecida representatividade local;

RECOMENDAMOS, por fim, que o controle de verificação das características étnico-raciais dos candidatos seja realizado entre as provas objetiva e subjetiva – no caso de concursos públicos com duas fases –, e antes de qualquer avaliação ou após a realização da prova objetiva e antes da homologação do resultado final – nos casos de concursos públicos com apenas uma fase.

Registre-se em livro próprio. Publique-se e encaminhe-se cópia da presente RECOMENDAÇÃO para o Governo do Estado da Bahia, para a Prefeitura Municipal de Salvador, para todas as Secretarias do Município de Salvador e do Estado da Bahia, para a Presidência da Assembleia Legislativa do Estado da Bahia, para a Presidência da Câmara de Vereadores do Município de Salvador, para cumprimento e divulgação, bem como às autoridades e órgãos abaixo relacionados, para conhecimento:

Excelentíssima Senhora Procuradora-Geral de Justiça do Estado da Bahia;

Excelentíssimo Senhor Promotor de Justiça Coordenador do CAODH;

CECOM do Ministério Público do Estado da Bahia.

Salvador-BA, 14 de março de 2016.

Lívia Maria Santana e Sant'Anna Vaz

PROMOTORA DE JUSTIÇA

4.2. Nota Técnica do Ministério Público do Estado do Paraná

Desde o ano de 2003, a Lei Estadual nº 14.274, que *reserva vagas a afrodescendentes em concursos públicos*, prevê¹⁹ a reserva de 10% de vagas a serem destinadas para cotas étnico-raciais, com aplicação obrigatória em qualquer concurso no Estado do Paraná, cujo número

19 Art. 1º e parágrafos da Lei Estadual nº 14.274/2003. Disponível em: «<http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/pesquisarAto.do?action=exibir&codAto=252&indice=1&totalRegistros=1>». Acesso em 30 de maio de 2017.

de vagas ofertadas seja igual ou superior a 3. Contudo, até o presente momento, não há Decreto regulamentador de tal normativa.

O Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção aos Direitos Humanos do Ministério Público do Estado do Paraná, por meio de seu Núcleo de Promoção da Igualdade Étnico-Racial, instaurou o Procedimento Administrativo nº 0046.14.000919-5, com o objetivo de acompanhar a melhor forma de aplicação da Lei Estadual nº 14.274/2003, quando da realização de concursos da Administração Estadual Direta e Indireta no Paraná, mesmo anteriormente à edição da Recomendação nº 41, ora em comento.

O Procedimento Administrativo visa, também, a auxiliar na elaboração de Decreto que regule a referida legislação, principalmente a partir de discussões travadas no âmbito do Conselho Estadual de Promoção de Igualdade Racial do Paraná, em regular funcionamento desde o ano de 2015.

Nos últimos anos, diversas normas foram publicadas para regulamentação da forma de aplicação da Lei de Cotas no Brasil, tanto em âmbito federal quanto nos Estados da Federação. Nesse sentido, além das já citadas Leis federais nº 12.711/2012 e nº 12.990/2014 e da Orientação Normativa nº 03, de agosto de 2016, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, deve ser ressaltada a Resolução nº 203/2015, do Conselho Nacional de Justiça, sobre a reserva, no Poder Judiciário, de 20% das vagas de concurso público para a população negra. Todos esses novos documentos colaboram para a possível regulamentação e correta aplicação da lei Estadual pioneira ora analisada.

Destarte, o Núcleo de Promoção da Igualdade Étnico-Racial do MPPR propôs, por meio do Ofício Circular nº 1.171/2016, apresentação de plano de atuação para trazer eficácia à Recomendação nº 41/2016 do CNMP, a partir de 5 passos a serem verificados quando se fiscaliza a correta aplicação do sistema de cotas para acesso às universidades e nos concursos municipais e estaduais do Estado do Paraná, desde o momento de formulação dos editais correspondentes, os quais se enumeram a seguir:

1º. Autodeclaração

A autodeclaração é prevista na Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, sobre Povos Indígenas e Tribais, como “critério fundamental para a definição dos grupos aos quais se aplicam as disposições da presente convenção”²⁰. O Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010) também prevê a

20 Art. 1º da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf>.

autodeclaração, referindo-se à população negra como “o conjunto de pessoas que se autodeclararam **pretas e pardas**, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga”²¹. Da mesma forma, como aponta a Nota Técnica nº 43/2015 da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial – SEPPIR²², a autodeclaração é utilizada para a coleta de informações no quesito raça/cor do IBGE.

Em razão disso, a Lei Federal nº 12.990/2014²³ e a Lei nº Estadual 14.274/2003 estabelecem que a autodeclaração deve ocorrer no ato da inscrição, a partir do quesito cor/raça utilizado pelo IBGE, respeitando a dignidade pessoal do candidato.

É de inteira responsabilidade do candidato a informação prestada, sob pena de

detectada a falsidade na declaração a que se refere o artigo anterior, sujeitar-se-á o infrator às penas da lei, sujeitando-se, ainda, se já nomeado no cargo efetivo para o qual concorreu na reserva de vagas, utilizando-se da declaração inverídica, à pena disciplinar de demissão; se candidato, à anulação da inscrição no concurso público e de todos os atos daí decorrentes²⁴.

2º. Banca Verificadora da Autodeclaração

Após a autodeclaração do candidato, é recomendável que o concurso tenha uma primeira fase de verificação dessa informação pela chamada Banca Verificadora. Apesar de não haver tal obrigatoriedade prevista na lei ora em análise, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski, em seu voto na ADPF nº 186, que versou sobre a constitucionalidade das cotas raciais nos vestibulares, ponderou critérios para a realização da banca:

(a) a classificação pelo comitê deve ser feita posteriormente à autoidentificação do candidato como negro (preto ou pardo), para se coibir a predominância de uma classificação por terceiros; (b) o grupo de candidatos a concorrer por vagas separadas deve ser composto por todos os que tiverem se classificado por uma banca (por foto ou entrevista) como pretos ou pardos, nas combinações: pardo- pardo, pardo-preto ou preto-preto; (c) o julgamento deve ser realizado

21 Art. 1º, p. único, IV, Estatuto da Igualdade Racial. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112288.htm».

22 Nota Técnica nº 43/2015 da SEPPIR, relativa a consultas quanto à aplicação da Lei 12.990/2014. Disponível em: «<http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/manifestacaoseppir.pdf>».

23 Art. 2º, caput, Lei nº 12.990/2014. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm».

24 Art. 5º, caput e incisos, Lei Estadual nº 14.274/2003. Disponível em: «<http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/pesquisarAto.do?action=exibir&codAto=252&indice=1&totalRegistros=1>».

por fenótipo e não por ascendência; (d) o comitê deve ser composto tomando-se em consideração a diversidade de raça, de classe econômica, de orientação sexual e de gênero e deve ter mandatos curtos ²⁵.

Por outro lado, a Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial – SEPPIR²⁶ reconhece a possibilidade das bancas verificadoras com a principal função de coibir preventivamente casos de falsidade de declaração – até porque, conforme prevê a Recomendação nº 41 do CNMP²⁷, os agentes públicos têm o dever jurídico de garantir a manutenção dos princípios que regem a Administração Pública, constituindo ato de improbidade administrativa a fraude à licitude de concurso público, conforme art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa (nº 8429/1992). Logo, o sistema misto de identificação racial é incentivado no âmbito do próprio Ministério Público.

Não há um momento certo para a etapa de intervenção da banca verificadora, dependendo especialmente de quantas fases o concurso terá – todavia, é de praxe dos concursos que a banca ocorra antes da realização das provas, para que o candidato, cuja inscrição nas vagas étnico-raciais tenha sido rejeitada, tenha a oportunidade de participar pela via da ampla concorrência.

3º. Composição da Banca Verificadora da Autodeclaração

A composição da banca também é tema bastante debatido, porém é reconhecida a necessidade de haver integrantes cuja trajetória profissional seja relacionada ao combate do racismo, de modo a melhor auxiliar no cumprimento dos critérios e evitar ao máximo o cometimento de discriminação racial por parte dos próprios avaliadores da autodeclaração. Nesse sentido, a Recomendação nº 02/2016, do Grupo de Atuação Especial de Proteção dos Direitos Humanos e Combate à Discriminação do Ministério Público da Bahia, expõe de forma expressa acerca da composição da banca: “RECOMENDAMOS que, na composição da referida comissão [banca verificadora], seja observado o número majoritário de integrantes de organizações não governamentais voltadas para o combate ao racismo e de reconhecida representatividade local”²⁸.

25 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186-2, Distrito Federal. STF. Disponível em: «<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>».

26 Nota Técnica nº 43/2015 da SEPPIR, relativa a consultas quanto a aplicação da Lei nº 12.990/2014. Disponível em: «<http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/manifestacaoseppir.pdf>».

27 Recomendação nº 41/2016 do CNMP, definindo parâmetros para a correta implementação da política de cotas étnico-raciais. Disponível em: «http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/images/Normas/Recomendacoes/RECOMENDAO_41.pdf».

28 Recomendação nº 02/2016 do Grupo de Atuação Especial de Proteção dos Direitos Humanos e Combate à Discriminação do Ministério Público da Bahia. Disponível em: «<http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/RECOMENDAO022016.PDF>».

Tendo em vista que o Paraná tem instituído o Conselho Estadual de Promoção da Igualdade Racial, além de diversos Conselhos Municipais relacionados à temática, é possível que a banca seja formada por um integrante da sociedade civil indicado por tais instâncias de controle social.

O parecer do último Concurso para ingresso de membros do MPPR (referente ao Edital nº01/2014) complementa adequadamente a escolha deste critério:

Diametralmente oposta é a situação de nosso país, em que para caracterização ou não como afrodescendente são considerados quase que exclusivamente os aspectos físicos. Justamente por isso o critério adotado para aceitação ou não dos candidatos no nosso sistema de cotas é o fenotípico e não o genotípico. (...) Pela própria consciência étnica da sociedade brasileira, caso fosse adotado o critério de mera ascendência, correr-se-ia o risco de se obter resultado oposto ao pretendido.

A verificação dessas características fenotípicas deve ser realizada obrigatoriamente com a presença do candidato²⁹, podendo ser efetuada por entrevistas presenciais junto à banca, e, em obediência ao princípio da publicidade dos atos administrativos, deve permitir a fiscalização presencial dos demais candidatos³⁰, preferencialmente, sendo registrada em sistema audiovisual.

Além de tal roteiro, o NUPIER vem analisando possíveis e necessárias modificações legislativas tanto na redação da Lei Estadual nº 14.274/2003 quanto da própria Constituição do Estado do Paraná (que reza sobre normas gerais pertinentes a concursos públicos municipais), de forma a trazer maior eficácia à fiscalização estabelecida pela Recomendação nº 41 do CNMP.

5. Conclusões

Nos termos bem colocados no parecer da Procuradoria-Geral da República, na ação declaratória de constitucionalidade 41/DF, a qual discute a Lei Federal nº 12.990/2014:

(...) Avanços sociais dificilmente são indolores. Para permitir maior integração de grupos sociais notória e historicamente discriminados de forma negativa, como os afrodescendentes

29 Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **Orientação Normativa nº 03/2016**, art. 2º, §1º. Disponível em: «<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=54&data=02/08/2016>».

30 Ministério Público do Estado da Bahia – Grupo de Atuação Especial de Proteção dos Direitos Humanos e Combate à Discriminação, Recomendação nº 03/2015. Disponível em: «http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/recomendacao03_1.pdf».

e as pessoas de baixa renda, em espaços sociais limitados como as instituições de ensino superior e o serviço público, é certo que alguns cidadãos terão seu interesse pessoal momentaneamente afetado. Se a lei deliberou “favorecer”, em alguma medida, aqueles grupos historicamente lesados, pessoas dos demais grupos terão menos facilidades para ingressar nesses espaços. Não há nisso ofensa inaceitável à meritocracia que deve reger o acesso ao ensino superior e ao serviço público, porquanto esse valor não é absoluto e é preservado pela própria concorrência que haverá para as vagas destinadas às chamadas cotas sociais ou étnicas. Ademais, relativizar parcialmente a estrita meritocracia em favor de maior justiça social tenderá a favorecer o próprio ambiente acadêmico e administrativo e, no longo prazo, a sociedade brasileira (à qual a universidade e a administração pública devem ser - vir, pois não são fins em si mesmas), mediante convivência entre mais pessoas e grupos diferentes, maior abertura a distintas visões e experiências de mundo e recepção da contribuição que os cidadãos dos grupos historicamente prejudicados têm a dar ao universo de pessoas que compõem essas instituições (...) ³¹

A efetiva implementação da política de cotas étnico-raciais perpassa a seriedade de sua fiscalização. Tal como explanado no presente artigo, tais ações afirmativas raciais são dirigidas à população negra especialmente afetada pelas desigualdades demonstradas a partir dos indicadores sociais nos campos do trabalho e estudo. Destarte, aqueles que se autodeclararem negros, com o objetivo de burlar se beneficiarem – provocando verdadeiro desvio de finalidade das cotas raciais –, devem ser submetidos às sanções administrativas e até mesmo penais cabíveis.

Para satisfatório atendimento da política de cotas à população negra, estabeleceram-se alguns critérios a serem fiscalizados pelo Ministério Público brasileiro, quando da realização dos referidos testes: a autodeclaração como relevante método de identificação racial, verificação presencial da autodeclaração por meio de comissões formadas para tanto; a adoção do critério fenotípico para identificação racial dos cotistas; a importância do controle social das decisões da comissão a partir da participação de membros representantes de movimentos sociais.

Esses elementos de avaliação foram normatizados de forma mais expressiva na Recomendação nº 41 do Conselho Nacional do Ministério Público, que, por força do art. 130-A da Constituição

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Parecer nº 122.224/2016-AsJConst/SAJ/PGR, de 31 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=41&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 31 maio 2017.

da República, define critérios para atuação de todos os órgãos ministeriais do país com atribuição na temática.

Resta o desafio de tornar também efetiva a própria norma orientadora, a partir da visualização do contexto fático e normativo já existente em cada Estado e em cada Município da Federação, de forma que o Ministério Público possa atuar em duas frentes, não somente exigindo concretamente a existência da validação da autodeclaração dos candidatos cotistas nos vestibulares e concursos, mas também zelando por sua previsão nos editais correspondentes aos certames e no próprio conjunto de instrumentos normativos locais (Leis e Constituições Estaduais, Leis municipais, Decretos regulamentadores, Resoluções, entre outros).

REFERÊNCIAS

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

_____. Decreto nº 7.037 (2009). **Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm#art7>.

_____. Lei nº 12.288 (2010). **Estatuto da Igualdade Racial**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm>.

_____. Lei nº 12.990 (2014). **Reserva aos negros 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Parecer nº 122.224/2016-AsJConst/SAJ/PGR, de 31 de maio de 2016**. Disponível em: <<http://www.stf.us.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=41&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Parecer da Procuradoria-Geral da República na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41/DF. Relator: BARROSO, Roberto. Disponível em: <<http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/ADC41cotas.pdf>>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Voto em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186/DF**. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Censo do Poder Judiciário 2013**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/censo-do-poder-judiciario>>. Acesso em: 29 maio 2017.

CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público. **Recomendação nº 41, de 09 de agosto de 2016**. Dispõe sobre parâmetros para a atuação dos membros do Ministério Público brasileiro para a correta implementação da política de cotas étnico-raciais em vestibulares e concursos públicos. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Recomendacoes/RECOMENDAO_41.pdf>.

ESTANISLAU, Barbara; GOMOR, Eduardo; NAIME, Jéssica. A Inserção dos Negros no Serviço Público Federal e as Perspectivas de Transformação a Partir da Lei de Cotas. In: FREIRE, Alessandro; PALOTTI, Pedro (org). **Servidores públicos federais: novos olhares e perspectivas/organização Alessandro Freire e Pedro Palotti**. – Brasília: Enap, 2015. Disponível em: <http://www.enap.gov.br/documents/52930/707328/Caderno_42_Servidores+p%C3%Bablicos+federais_novos+olhares+e+perspectivas.pdf/51a890d6-45e0-4ed7-97a9-ef660100e9ec>.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **PME – Pesquisa Mensal de Emprego: retrospectiva 2003 – 2015**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000024954801102016481128904912.pdf>>. Acesso em: 10 out 2016.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO. Orientação Normativa nº 03, de agosto de 2016. Dispõe sobre regras de aferição da veracidade da autodeclaração. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=54&data=02/08/2016>>.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. **Nota Técnica nº 01, de 08 de novembro de 2016**, emitida pelo Grupo de Atuação Especial de Proteção dos Direitos Humanos e Combate à Discriminação. Dispõe sobre a fiscalização da política de cotas no Estado. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B3fnm5rwpJFUOV9GbXlnbC14NHM/view>>.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. Parecer da Banca Verificadora da Autodeclaração dos Candidatos do Concurso para Ingresso na Carreira do Ministério Público do Paraná de 2009. Disponível em: <<http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/doc01099320160929161731.pdf>>.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. Parecer da Banca Verificadora da Autodeclaração dos Candidatos do Concurso para Ingresso na Carreira do Ministério Público do Paraná de 2014/2015. Disponível em: <<http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/doc20160927110620018949.pdf>>.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais**. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf>.

OLIVEIRA, Cide de. Negros são menos de 18% dos médicos e não chegam a 30% dos professores universitários. **Rede Brasil Atual**, maio 2014. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/trabalho/2014/05/negros-no-servico-publico-2996.html>>. Acesso em: 29 maio 2017.

PARANÁ. **Lei Estadual nº 14.274 (2003)**. Dispõe sobre a reserva de vagas a afro-descendentes em concursos públicos. Disponível em: <<http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/pesquisarAto.do?action=exibir&codAto=252&indice=1&totalRegistros=1>>.

SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICAS DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL. **Nota Técnica nº 43, de 12 de agosto de 2015**. Dispõe sobre a correta aplicação da Lei nº 12.990/2014. Disponível em: <<http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/manifestacaoseppir.pdf>>.

A PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL E COM DEPENDÊNCIA QUÍMICA: GARANTIAS PARA EFETIVAÇÃO DE SEUS DIREITOS HUMANOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Waldir Macieira da Costa Filho¹

Sumário: 1. Introdução 2. Da exclusão à inclusão dos usuários em saúde mental 3. A Política em saúde mental no Brasil 4. Problemas que obstam os direitos e garantias dos pacientes com transtornos psíquicos 5. Dos Direitos e garantias do usuário em saúde mental. 6. A alternativa da Alemanha para tratamento dos dependentes de álcool e drogas. 7. Conclusão. Referências.

Resumo: Neste pequeno estudo, procuramos levantar o problema da efetividade das políticas voltadas aos usuários com deficiência mental e dependente de drogas e álcool, buscando algumas soluções à luz do direito, da área da saúde e dos direitos humanos, para garantia de cidadania e dignidade a essas pessoas com sofrimento psíquico. Em 1990, o Brasil assinou a Declaração de Caracas, comprometendo-se a desenvolver esforços no sentido de superar o modelo de hospital psiquiátrico como serviço central para o tratamento das pessoas com transtornos mentais. A partir de 2001, a reforma psiquiátrica deixou de estar prevista unicamente em portarias do Ministério da Saúde e em algumas leis estaduais e passou a ter sede na Lei nº 10.216/2001, que declarou a cidadania das pessoas com transtorno mental, reconhecendo-lhes direitos e estabelecendo os deveres do Estado para com elas. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, recepcionada pelo Brasil com efeito de emenda constitucional em 2008, abrangeu essas pessoas com deficiência mental, declarando a necessidade de políticas de saúde para proteção delas. O Ministério Público, em virtude de seu papel de proteção às minorias, tem relevante atuação para a garantia dos direitos humanos desse segmento.

Palavras-chave: Pessoa com deficiência mental. Usuários de álcool e drogas. Direitos humanos. Ministério Público. Saúde mental.

¹ Promotor de Justiça de Defesa das Pessoas com Deficiência do Ministério Público do Estado do Pará, Mestre em Direitos Humanos pela UNB, Membro colaborador da Comissão de Direitos Fundamentais do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP. Ex-Membro do Conselho Nacional da Pessoa com Deficiência/Secretaria Nacional de Direitos Humanos/Governo Federal.

1. Introdução

No início deste ano de 2017 fatos envolvendo a área da saúde mental estamparam as manchetes dos principais jornais e revistas do País, como a ação policial em São Paulo que, com cobertura da mídia nacional, prendeu, desalojou e expulsou usuários de crack (droga alucinógena) de região do centro da cidade denominada “Cracolândia”, sem que houvesse paralelamente uma ação multiprofissional de atendimento na área da saúde, assistência social e garantia de direitos humanos a estas pessoas dependentes das drogas e muitas com diagnóstico de doença mental (noticiário Agência Brasil) ².

Esses fatos ilustram a realidade brasileira na maioria dos municípios do País no qual temos definida, em leis e normas, política preventiva e terapêutica para atender, seja no aspecto da saúde, seja na de garantia de direitos, os usuários de saúde mental, que abrangem pessoas com deficiência mental, inclusive que usam drogas e álcool, e/ou moradores de rua. Mas que por falta de efetividade de políticas públicas na área e existência ainda de posturas discriminatórias de grande parcela da sociedade e dos agentes públicos, os loucos e/ou viciados são escorraçados, encarcerados, alijados do convívio social, muitos andando errantes pelas ruas da cidade, sem proteção assistencial ou de saúde, sem dignidade, sem proteção dos direitos humanos, tratados piores que animais de rua.

Neste pequeno estudo, que não tem o condão de esgotar a matéria, procuramos levantar o problema, buscando algumas soluções à luz do direito e das normas, principalmente na área da saúde e dos direitos humanos, para garantia de cidadania e dignidade a essas pessoas com sofrimento psíquico.

2. Da exclusão à inclusão dos usuários em saúde mental

Da idade antiga até a média a loucura foi concebida como um problema de ordem espiritual e religioso, e tratada através de magias, sacrifícios ou do exorcismo. A insanidade era considerada como um desvirtuamento da alma ou uma maldição, na maioria das vezes a pessoa com esses sintomas era afastada do convívio social no caso de tomar formas consideradas extremas ou perigosas à comunidade.

Somente no século XVIII que a “loucura” foi apreendida como objeto do saber médico e concebida como doença mental. Com a valorização do pensamento científico, há o desenvolvimento de uma medicina social e o surgimento do hospital como espaço terapêutico

2 Cf. <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-05/expulsos-da-cracolandia-usuarios-de-drogas-permanecem-na-regiao-central-de-sp>>.

e institucional, e, por consequência, o início da própria psiquiatria. Nesse contexto, a loucura não é mais percebida como erro, e sim como uma desordem na maneira de agir, de querer, de sentir, de tomar decisões e, também, de ser livre. Percebe-se o louco como um ser perigoso e inconveniente que, em função de sua “doença”, não consegue conviver de acordo com as normas sociais, possuindo conduta irregular e anormal, de modo que deveria ser confinado dentro de instituições, excluindo-o da sociedade, garantindo-se, assim, a ordem social. Paulo César Soares Jorge e outros, em artigo em obra sobre saúde mental³, assim diz:

Pinel e, posteriormente, Esquirol preconizavam o que foi por eles denominado ‘tratamento moral’ (EPSJV,2003). Neste o papel do manicômio era central. Os loucos seriam desviados pelos vícios e pelas paixões da retidão da sanidade mental, necessitando, portanto, serem reconduzidos à razão. este era o papel do manicômio, que os mantinha afastados dos hábitos e da sociedade, que, como se acreditava, propiciavam o surgimento da doença mental.

A loucura passou a ser vista como doença e limitação humana, já que se tornava o elemento fundamental de incapacitação para o trabalho, merecendo assistência médica. O exercício do poder médico encontrava suas garantias e justificações nos privilégios do conhecimento. O médico detém o saber científico que permite a intervenção e a decisão sobre qual o melhor tratamento a ser efetivado na pessoa considerada paciente. No caso dos portadores de transtornos mentais, haveria a dominação do saber médico da não loucura sobre a loucura do doente, da normalidade se impondo à desordem e ao desvio.

Michel Foucault⁴ enfatiza que o médico adepto da psiquiatria “clássica” utilizava técnicas ou procedimentos tais como o isolamento, o interrogatório particular ou público e, ainda, tratamentos-punição como a ducha, pregações morais, encorajamentos ou repreensões, disciplinamento rigoroso, trabalho obrigatório, sendo estes representativos de relações de dominação e hierarquização do médico para com os doentes.

O hospital psiquiátrico, mais conhecido como hospício ou manicômio, assim como era concebido, ao invés de recuperar, confirmava e reforçava a doença mental, uma vez que o paciente era isolado e submetido a procedimentos constantes, fazendo com que perdesse o contato com o mundo exterior, despojando-se de sua

3 JORGE, Marco Aurelio Soares e outros. *Políticas e Práticas de Saúde Mental no Brasil*, Textos de Apoio em Política de Saúde, Rio de Janeiro-RJ: Ed. Fiocruz, 2005, p.209.

4 FOUCAULT, Michel. *História da Loucura na Idade Clássica*. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1999.

identidade e de seus pertences, entre outros efeitos que serviam ao controle social do Estado.

O desenvolvimento da ciência neurológica, ao final do século XIX, fez a psiquiatria avançar cientificamente no sentido de que a loucura é uma doença orgânica que poderia ser combatida com medicamentos. A doença mental era entendida como desordem neurocerebral, ou seja, os processos mentais eram explicados com base na neurofisiologia e na bioquímica do sistema nervoso.

Após a derrocada do Estado Nazifascista em 1945 e as terríveis experiências sociais advindas da política antissemita de Hitler, que subjugou milhões de seres humanos à tortura e à morte, e a proclamação da Declaração dos Direitos Universais do Homem em 1948, firmou-se uma nova concepção de direitos humanos, fundamentada no reconhecimento da indivisibilidade e da universalidade do direito do homem à igualdade, à liberdade e à dignidade, independentemente de sexo, cor, raça, religião e deficiência. Os direitos humanos assim concebidos passaram a constituir princípios fundamentais a serem respeitados pelas nações. Dessa forma, políticas públicas de inclusão social de grupos discriminados começaram a ser discutidas e implementadas em boa parte das nações, iniciando-se questionamentos quanto ao modelo hospitalocêntrico e ao excesso de medicalização da loucura, sendo os hospitais psiquiátricos comparados a verdadeiros campos de concentração, passando a ser denunciados pelos movimentos de direitos humanos.

O modelo hospitalocêntrico (manicomial ou asilar) promovia no enfermo mental internado prolongadamente uma ética da exclusão compreendida numa:

- exclusão jurídica – pela interdição de direitos;
- exclusão do círculo familiar – pela internação e vergonha dos familiares;
- exclusão do trabalho – doença incapacitante para o trabalho;
- exclusão do processo educacional – estigmas de classes especiais ou ausência de aprendizado nos manicômios; e
- exclusão terapêutica – hospitais psiquiátricos, modelo de internação contínua e medicalização excessiva⁵.

Além dessa esfera de exclusão social, dentro de muitos manicômios ainda se constatou um espaço não salutar ao desenvolvimento humano, um verdadeiro depósito de seres humanos dopados e abandonados, sem alternativas de mudanças terapêuticas. Em contrapartida, iniciaram-se vários movimentos contra a psiquiatria clássica, entre eles o de reforma psiquiátrica que influenciou a reforma da política de saúde mental brasileira.

A Promotora de Justiça Ione Missae da Silva Nakamura, em dissertação ao Mestrado da UFPA em 2010, sobre a matéria, assim diz:

A reforma psiquiátrica reivindica a cidadania do louco. Embora trazendo exigências políticas, administrativas, técnicas - também teóricas - bastante novas. A reforma insiste num argumento originário: os “direitos” do doente mental, sua “cidadania”. Por trazer à cena, como sujeitos (cidadãos), aqueles que são seus clientes, a dimensão dominante da reforma deixa de ser técnico-administrativa, para constituir-se em enigma teórico. Um imprevisível político.

Os reformadores pregavam a negação do modelo engendrado pela psiquiatria clássica (modelo asilar de internamento perpétuo e medicalização constante) e a concepção biológica de doença mental (hegemonia do modelo cientificista psiquiátrico), iniciando uma nova forma de perceber a loucura como *existência-sofrimento* do sujeito em relação ao corpo social, tendo como marco dessa fase a experiência de Franco Basaglia na Itália, que influenciou a reforma psiquiátrica brasileira, visando a formas mais integrais de atenção a pessoa, resgatando seus direitos como cidadão e, sobretudo, humanizando o tratamento e o espaço da pessoa diagnosticada com transtornos mentais.

5 CINTRA JUNIOR, Dyrceu de A. D. Direito e saúde mental. *Revista de Direito Sanitário*. Vol. 2, nº 3. Novembro/2001.

De acordo com essa nova ética estabelecida não é conveniente denominar as pessoas que estão em tratamento psiquiátrico de *loucos* ou de *doentes mentais*, pois remete às formas anteriores de poder e subjugação. O termo mais atual é denominá-las de pessoas com sofrimento psíquico, com transtornos mentais ou usuários dos serviços de saúde mental, porque transmite melhor a ideia de sofrimento psíquico.

Cabe esclarecer que o termo tratamento e transtorno mental restringe a discussão ao campo médico, que em geral se mantém na esfera sintomática de cunho organicista e pouco se importa com outros aspectos. Já o atendimento em saúde mental amplia o olhar e desloca o enfoque para um campo interdisciplinar, que permite olhar a violência no campo da saúde coletiva e mental também.

Importante frisar que neste novo contexto histórico de mudanças na saúde mental, o Brasil somente despertou para as novas teorias e práticas inclusivistas a partir da década de 70, no século passado, quando passou a ser palco de inúmeras denúncias de violação de direitos humanos dos pacientes psiquiátricos, com notícias de violência nos hospitais e clínicas de internação psiquiátrica, iniciando-se o questionamento sobre o modelo de assistência psiquiátrica vigente àquela época.

Nesse período constatou-se que o modelo de assistência psiquiátrica asilar e carcerário não apresentava efetividade quanto à prevenção, tratamento e muito menos reabilitação e reinserção social das pessoas portadoras de transtornos mentais.

Na década de 80, após as discussões surgidas na década anterior, passaram a surgir as primeiras propostas e ações para a reorientação da assistência às pessoas com transtornos mentais. E, em 1987, surgiu na cidade de São Paulo o primeiro Centro de Atenção Psicossocial – CAPS do Brasil.

Posteriormente, em 1990, o Brasil assinou a Declaração de Caracas, comprometendo-se a desenvolver esforços no sentido de superar o modelo de hospital psiquiátrico como serviço central para o tratamento das pessoas portadoras de transtornos mentais.

No ano de 1992 foi editada a Portaria SNAS nº 224, de 29 de janeiro de 1992, do Ministério da Saúde, que estabeleceu diretrizes e normas no âmbito do SUS, tanto para o atendimento hospitalar em hospital dia, urgência psiquiátrica em hospital geral, leito ou unidade psiquiátrica em hospital geral e hospital especializado em psiquiatria quanto para o ambulatorial, em unidades básicas, centros de saúde e ambulatórios, e em núcleos ou centros de atenção psicossocial (NAPS/CAPS), baseada nas experiências iniciadas na década de 80.

Essa portaria, também, proibiu a existência de espaços restritivos e garantiu regras mínimas para o funcionamento dos hospitais psiquiátricos.

Em 11 de fevereiro de 2000, o Ministério da Saúde editou a Portaria nº 106, criando os serviços residenciais terapêuticos em saúde mental, entendidos como “morádias ou casas inseridas, preferencialmente, na comunidade, destinadas a cuidar dos portadores de transtornos mentais, egressos de internações psiquiátricas de longa permanência, que não possuem suporte social e laços familiares e que viabilizem sua inserção social” (art. 1º, parágrafo único), a fim de substituir a internação psiquiátrica prolongada.

A partir de então a política pública para a saúde mental, seguindo as diretrizes da Declaração de Caracas, passou a considerar que as internações em hospitais especializados em psiquiatria deveriam ocorrer somente naqueles casos em que foram esgotadas todas as alternativas terapêuticas ambulatoriais existentes, partindo da premissa de que o modelo de atenção extra-hospitalar tem demonstrado grande eficiência e eficácia no tratamento dos pacientes portadores de transtornos mentais.

Assim, o modelo de atenção à pessoa com transtorno mental vigente, que em âmbito institucional se convencionou denominar Reforma Psiquiátrica brasileira, decorrente do esgotamento do modelo assistencial asilar/carcerário, baseia-se na excepcionalidade da internação e relevância da assistência extra-hospitalar.

A partir de 2001, a reforma psiquiátrica deixou de estar prevista unicamente em portarias do Ministério da Saúde e em algumas leis estaduais e passou a ter sede na Lei nº 10.216/2001, que declarou a cidadania das pessoas com transtorno mental, reconhecendo-lhes direitos e estabelecendo os deveres do Estado para com elas, norma fundamental que iremos discorrer melhor adiante.

Some-se a essa norma o advento da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, recepcionada pelo Brasil com efeito de emenda constitucional em 2008, através do Decreto Legislativo 185/2008, que abrangeu essas pessoas com deficiência mental, declarando a necessidade de políticas de saúde para proteção delas. Em seu art.1º diz que seu propósito é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

3. A Política de Saúde Mental no Brasil

O Ministério da Saúde, através de normas expedidas e liberação de verbas a estados e municípios, tem procurado a mudança do modelo hospitalocêntrico para um modelo baseado na excepcionalidade da internação e prevalência de assistência extra-hospitalar, priorizando o atendimento em Centros de Atenção Psicossocial – CAPS e a desinstitucionalização dos pacientes de longa permanência, entendidos como aqueles internados por período superior a um ano, por meio de projeto terapêutico voltado para a reinserção social.

Na assistência extra-hospitalar, as pessoas com transtornos mentais continuam recebendo atendimento especializado, sem ficarem internadas e sem se afastarem do convívio familiar. Os efeitos disso na reabilitação são significativos. O tratamento fora dos hospitais, quando possível, assegura também a defesa dos direitos de cidadania do paciente.

Os CAPS, regulamentados pelas Portarias GM nº 336/02 e nº 189/02 do Ministério da Saúde, são unidades de saúde mental especializadas, comunitárias, que atendem pessoas com intenso sofrimento psíquico nos diferentes momentos e modalidades de suas necessidades; podendo ser voltados para crianças e adolescentes (CAPSi), adultos (CAPS I e CAPS II) ou pessoas com problemas relacionados ao uso abusivo de álcool e drogas (CAPS ad), e também ter funcionamento 24 horas, com leitos de retaguarda (CAPS III).

Nos CAPS são oferecidos desde cuidados clínicos até atividade de reinserção social do paciente. Nesses centros, promove-se o acesso a trabalho, lazer, direitos civis e o fortalecimento dos laços familiares e sociais. São serviços criados como substitutivo às internações em hospitais psiquiátricos.

A equipe do CAPS é composta de psiquiatras, psicólogos, terapeutas ocupacionais, professores de educação física, assistentes sociais, enfermeiras e auxiliares de enfermagem.

Para possibilitar a alta de pacientes para os quais a volta à família tornou-se impossível ou inadequada à reinserção social, foram criados os Serviços Residenciais Terapêuticos (SRT), regulamentados pelas Portarias GM nº 106/00 e nº 1.220/00 do Ministério da Saúde, que se constituem em moradias ou casas destinadas a cuidar de até 8 (oito) portadores de transtornos mentais, egressos de hospital psiquiátrico internados por longo período de tempo e/ou que não possuam suporte social e laços familiares que viabilizem sua inserção social, que pode ser aplicado também a alguns moradores de rua com sofrimento psíquico em situação de risco e/ou dependentes químicos.

Os parâmetros populacionais para a implantação desses serviços são definidos da seguinte forma: 1) Municípios de até 20.000 habitantes – rede básica com ações de saúde mental; 2) Municípios entre 20.000 e 70.000 habitantes – CAPS I e rede básica com ações de saúde mental; 3) Municípios entre 70.000 e 200.000 habitantes – CAPS II, CAPSad e rede básica com ações de saúde mental; 4) Municípios com mais de 200.000 habitantes – CAPS II, CAPS III, CAPSad, CAPSi.

O art. 9º da Portaria MS nº 106/00 estabelece que, para implantação dos Serviços Residenciais Terapêuticos em Saúde Mental, deve-se priorizar os municípios onde já existam outros serviços ambulatoriais de saúde mental de natureza substitutiva aos hospitais psiquiátricos (CAPS).

As residências terapêuticas (SRT) são uma alternativa para reabilitação das pessoas com transtornos mentais. Elas estão vinculadas ao CAPS, onde as pessoas recebem desde cuidados clínicos até atividades de reinserção social. O financiamento dos serviços residenciais terapêuticos e do atendimento em CAPS é realizado com recursos do Fundo de Ações Estratégicas e Compensação, do Ministério da Saúde, de acordo com as Portarias nº 1220, de 7 de novembro de 2000, e nº 626, de 1º de abril de 2002.

A implantação desses serviços foi objeto de várias portarias que preveem incentivos financeiros pagos pelo Ministério da Saúde aos municípios e estados. Inicialmente o financiamento para implantação de serviços residenciais terapêuticos (SRT) era realizado por convênios entre Ministério da Saúde e gestores locais, mas atualmente o financiamento é realizado pelo pagamento de incentivo previsto na Portaria nº 246 de 17 de fevereiro de 2005. O repasse feito pelo Ministério da Saúde é feito previamente à implantação do serviço, para evitar eventuais dificuldades orçamentárias dos gestores.

4. Problemas que obstam os direitos e garantias dos pacientes com transtornos psíquicos

Há muito o Ministério Público brasileiro, através de seus vários órgãos de execução, vem acompanhando a implementação do novo modelo de atenção à saúde mental previsto na Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, e tem constatado inúmeras irregularidades, por meio de diligências efetuadas.

Assim, dentre as situações que têm sido objeto de acompanhamento, de grande relevo é a situação da implantação dos serviços extra-hospitalares nos municípios, que o Ministério Público

constatou ser insuficiente para o atendimento e tratamento efetivo da população com sofrimento psíquico e dependente de álcool e drogas.

No Município de Belém, Estado do Pará, por exemplo, conforme apuramos em procedimento na 1ª Promotoria de Justiça de Defesa das Pessoas com Deficiência e Idosos da Capital, existem somente seis CAPS referentes a doença mental; apresentando o município, através de serviço implementado pelo Estado, apenas dois serviços de residência terapêutica, além de número reduzido de leitos em hospitais gerais, observando-se uma grande lacuna nos serviços de urgência e emergência aos pacientes com deficiência mental, gerando abandono aos indivíduos da comunidade que necessitam desse tipo de tratamento, ocasionando a ocorrência de episódios que desafiam as condições humanas e sociais dos cidadãos, onde muitas dessas pessoas com sofrimento psíquico perambulam pelas ruas da cidade, demonstrando um abandono da política antimanicomial e de reforma psiquiátrica.

Outro fator preocupante diz respeito ao fato de somente o hospital psiquiátrico específico prestar atendimentos para doentes mentais que se encontram em surto ou crise, o que poderia ocorrer em qualquer hospital geral credenciado ao SUS, dificultando o acesso das famílias ao tratamento, haja vista tamanha restrição. Tanto que em muitos municípios não se atende o usuário em surto em hospital ou clínica geral, remetendo-o para o município mais próximo onde exista um hospital ou clínica psiquiátrica.

Como já dito, não há Centros de Atendimento Psicossocial (CAPs) suficientes para atender com efetividade e resolutividade a população que necessita desse serviço, e há a estimativa de que metade dos pacientes internados em hospitais ou clínicas psiquiátricas são “moradores” e deveriam ser desospitalizados para então serem atendidos na rede extra-hospitalar.

Deve ser destacado, ainda, que na sociedade atual o número de pessoas com transtorno mental cresce a cada dia. Segundo informações constantes do *site* do Ministério da Saúde⁶, estima-se que 3% (três por cento) da população necessita de cuidados contínuos em saúde mental, em função de transtornos severos e persistentes (psicoses, neuroses graves, transtornos de humor graves, dependência química), e no Brasil seriam cerca de cinco milhões de pessoas. Além disso, cerca de 10% (dez por cento) a 12% (doze por cento) da população não sofrem transtornos severos, mas precisam de cuidados em saúde mental, na forma de consulta médico-psicológica, aconselhamento, grupos de orientação e outras formas de abordagem *in loco*, como é o caso dos escritórios de rua, projeto do SUS no qual

6 Cf. <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/area.cfm?id_area=925>.

equipes multiprofissionais atendem e abordam os usuários nas ruas, praças e logradouros, onde estes se situam ou perambulam, tentando o resgate desses seres humanos, seja no aspecto social e/ou médico.

Faz-se premente, diante disso, a defesa dos direitos dos pacientes com transtorno mental de serem tratados com humanidade e respeito, em serviços comunitários de saúde mental, sendo necessária a implantação de mais CAPS, residências terapêuticas, além do aumento significativo de leitos em hospitais destinados a tratamentos de urgência e emergência pra doentes com sofrimento psíquico em crise e efetivação de projetos de resgate da cidadania e dignidade, como o escritório de rua acima dito.

Outro fator a ser explanado trata da inexistência de local adequado para indivíduos com sofrimento psíquico que cometeram crimes e que já cumpriram a medida de segurança em ala psiquiátrica de presídio ou penitenciária, permanecerem para dar continuidade ao tratamento. A questão central aqui refere-se ao fato de que muitos desses pacientes com transtornos mentais são abandonados pela família após a prisão, não possuindo qualquer alternativa de vínculo afetivo, muito menos de moradia em família substituta. Nesses casos, grande parte desses indivíduos já tem diagnóstico da equipe médica forense para suspensão de suas medidas de segurança e se encontram em condições de retornar ao convívio social, devendo, para tanto, continuar o uso de medicação indicada para cada caso específico. Porém, como estes cidadãos não possuem família ou acompanhantes para auxiliá-los no tratamento terapêutico, acabam não saindo da ala ou hospital forense em que se encontram, caracterizando, inclusive, se analisado com cautela, “prisão perpétua”, prática vedada por nosso Ordenamento Jurídico, no art. 5º, XLVII, de nossa Carta Magna.

Nesse sentido, o Serviço Residencial Terapêutico (SRT) seria perfeitamente cabível, servindo de base para a continuidade do tratamento desses indivíduos ao mesmo tempo em que pré-direciona a um contato com a sociedade e futura vida autônoma.

O que se discute também hoje é se o SRT seria adequado em internações compulsórias, por determinação judicial em ações movidas pelo Ministério Público, para usuários de drogas e álcool, para tratamentos invasivos e coercitivos. Muitos entendem, porém, que entre deixá-los nas ruas sem assistência ou, após operações policiais, prendê-los em penitenciárias, a SRT seria o meio termo para tratá-los e resgatá-los ao convívio social, livrando-os do álcool e drogas.

5. Dos direitos e garantias do usuário em saúde mental

A Constituição Federal, nos artigos 196 e seguintes, definiu a saúde como direito de toda a sociedade e dever do Estado.

A par da disposição do artigo 196, o artigo 198 preconiza, também, que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e integrada, constituindo um sistema único. Por sua vez, a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, estatui, em vários de seus dispositivos que:

Art. 4º. O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das funções mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde – SUS.

O artigo 7º da citada lei estabelece que as ações e serviços públicos que integram o Sistema Único de Saúde serão desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no artigo 198 da Constituição Federal, tendo como princípio a integralidade de assistência, definindo-a como um conjunto articulado e contínuo de serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.

A par dos direitos constitucionais e legais assegurados a todos, mormente os concernentes à vida e à saúde, o legislador estabeleceu o dever do Estado, por meio de seus diversos órgãos de gestão e execução, de assegurar ao paciente portador de transtorno mental o melhor tratamento, de acordo com suas necessidades, visando a alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade.

Assim, o novo modelo de atenção previsto anteriormente em portarias do Ministério da Saúde e em algumas leis estaduais passou a ter sede na Lei nº 10.216/2001, que reconheceu o direito à reinserção social dos pacientes de longa permanência em hospitais psiquiátricos:

Art. 1º Os direitos e a proteção das pessoas acometidas de transtorno mental, de que trata esta Lei, são assegurados sem qualquer forma de discriminação quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, opção política, nacionalidade, idade, família, recursos econômicos e ao grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra.

Art. 2º Nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão

formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único deste artigo.

Parágrafo único. São direitos da pessoa portadora de transtorno mental:

I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades;

II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade;

III - ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração;

IV - ter garantia de sigilo nas informações prestadas;

V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária;

VI - ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis;

VII - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento;

VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis;

IX - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

Art. 3º É responsabilidade do Estado o desenvolvimento da política de saúde mental, a portadores de transtornos mentais, com a devida participação da sociedade e da família, a qual será prestada em estabelecimento de saúde mental, assim entendidas as instituições ou unidades que ofereçam assistência em saúde aos portadores de transtornos mentais.

Art. 4º A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

§ 1º O tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio.

§ 2º O tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros.

§ 3º É vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares, ou seja, aquelas desprovidas dos recursos mencionados no § 2º e que não assegurem aos pacientes os direitos enumerados no parágrafo único do art. 2º.

Art. 5º O paciente há longo tempo hospitalizado ou para o qual se caracterize situação de grave dependência institucional, decorrente de seu quadro clínico ou de ausência de suporte social, será objeto de política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida, sob responsabilidade da autoridade sanitária competente e supervisão de instância a ser definida pelo Poder Executivo, assegurada a continuidade do tratamento, quando necessário. (grifamos)

O Ministério da Saúde tem perseguido a mudança do modelo hospitalocêntrico para um modelo baseado na excepcionalidade da internação e prevalência de assistência extra-hospitalar. Deve-se, portanto, priorizar o atendimento dos pacientes com transtornos mentais em Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) e desinstitucionalizar os pacientes de longa permanência, entendidos como aqueles internados nos hospitais psiquiátricos por período superior a um ano, por meio de projeto terapêutico voltado para a reinserção social quando possível, porém, garantindo da mesma forma que pacientes psiquiátricos que não possuam núcleo familiar e acompanhamento tenham onde permanecer de forma humana, descaracterizando um ambiente repressor, pelo contrário, servindo como local de tratamento e cuidados, garantido a configuração do princípio constitucional de maior destaque: a Dignidade da Pessoa Humana.

Assim, é dever do Ministério da Saúde (União) a articulação com os demais gestores do SUS (Estados, Distrito Federal e Municípios) para substituição do modelo, que é realizado tanto na normatização do SUS quanto na criação de incentivos financeiros para implantação da rede extra-hospitalar. Todavia, neste caso, vê-se que o Estado – entendido este termo em seu sentido lato – não tem cumprido com seu inalienável e intransferível dever de bem prestar um razoável serviço de saúde pública, permitindo que pessoas que deveriam ser beneficiadas com as políticas de desinstitucionalização permaneçam segregadas em hospitais ou clínicas psiquiátricas e hospitais forenses, desprovidas do indispensável atendimento que seu caso exige, perdendo sua cidadania e individualidade.

O Ministério da Saúde preconiza para fins de avaliação e monitoramento da implantação da rede CAPS o indicador de um CAPS para cada 100.000 habitantes. Considerando que a população da maioria dos municípios brasileiros cresceu conforme informações preliminares do censo 2010 do IBGE, há necessidade de criação e implementação de mais CAPS para atendimento de qualidade a esses usuários. Além de implantação da SRT, bem como maior número de leitos necessários em hospitais para atendimento de urgência e emergência, atendendo os critérios que são realmente imprescindíveis para atender adequadamente a população com deficiência mental nos municípios.

Não esqueçamos que a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios são igualmente responsáveis pela implantação e eficácia de uma política de saúde mental, na medida da sua competência, consoante dispõe o art. 23, *caput*, II, da CF/88, *in verbis*:

É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

Por seu turno, o inciso XI do artigo 7º da Lei de Regência do SUS, Lei nº 8.080/90, preconiza a “*conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população*”.

Nesse caso, tanto a União quanto o estado e município são responsáveis pelos cidadãos que deixam de receber o tratamento que necessitam, em razão do baixo nível de cobertura dos CAPS, bem como pelos pacientes que permanecem nas ruas desassistidos, em situação de risco, perdendo, a cada dia, a identidade e a possibilidade de serem reinseridos na sociedade, deixando de receber o tratamento previsto em lei.

A Lei nº 10.216/01 dispôs os requisitos, os princípios, os procedimentos e as finalidades que devem ser respeitadas no atendimento em saúde mental, para que o problema seja resolvido com eficiência e preservação da dignidade humana dos pacientes e de suas famílias.

A longa permanência em hospitais psiquiátricos, sem projeto terapêutico individualizado voltado para reinserção social é violação à liberdade e à cidadania realizada às custas do SUS.

Por fim, insta salientar que cabe ao município a iniciativa na criação e estruturação da rede extra-hospitalar, diante da sua condição de gestor direto e local do Sistema Único de Saúde. É o que se deduz da interpretação conjunta dos dispositivos aplicáveis da Lei nº 8.008/90:

Art. 7º [...]

[...]

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;

Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete:

I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde;

II - participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde (SUS), em articulação com sua direção estadual.

Entretanto, a municipalização da saúde não desobriga os demais entes federados da sua responsabilidade. Na cidade de Belém, o serviço de atenção ao paciente com transtorno mental é prestado tanto pelo gestor local como também pelo gestor estadual, e as ações são financiadas pelo Ministério da Saúde. Neste caso, os recursos não são incorporados ao fundo municipal de saúde ou fundo estadual de saúde para que o gestor decida a forma como serão utilizados: os recursos são repassados para pagamento de ação específica, mediante Autorização de Procedimento de Alta Complexidade (APAC).

A implantação dos serviços também é financiada com recursos do Ministério da Saúde, por meio de incentivos criados por diversas portarias. Note-se que atualmente os recursos são repassados previamente à implantação de CAPS e SRTs, cabendo ao Ministério Público e demais entidades da sociedade civil atuar para garantir a correta aplicação, a fim de que reverta em efetivo benefício ao cidadão.

O Ministério Público, com a legitimidade dada pelas Leis nº 7.853/1989, em seus arts. 3º a 6º, nº 10216/2000 e o art.79 da recente Lei nº 13.146/2015 (Lei Brasileira da Inclusão), tem instrumentos suficientes, seja extrajudicialmente, seja judicialmente para garantia desses serviços e equipamentos necessários para o acompanhamento e atendimentos desses pacientes com deficiência mental e dependentes químicos.

O direito ao acesso aos serviços extra-hospitalares, em consonância com o novo modelo criado pela Lei nº 10.216/01, indiscutivelmente, depende de ações do Ministério da Saúde e do financiamento da União. Caso reste inerte o Ministério da Saúde não haverá inversão do modelo. Assim, se demonstrada a inércia dos gestores do SUS, de dar efetivo cumprimento as disposições previstas na Lei nº 10.216/01, mesmo com absoluta ciência da deficiência dos serviços extra-hospitalares existentes, caberá a intervenção do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV), provocado pelas entidades legitimadas à defesa dos pacientes com transtorno mental, como o Ministério Público, em defesa dos direitos fundamentais e serviços essenciais previstos pela Carta Magna – vida, dignidade da pessoa humana, saúde – para garantir a eficiência dos serviços prestados na área de saúde mental.

A Lei nº 13.146/2015 (Lei Brasileira de inclusão ou Estatuto da pessoa com Deficiência), em seu art. 18, ainda assegura atenção integral à saúde da pessoa com deficiência em todos os níveis de complexidade, por intermédio do SUS, garantido acesso universal e igualitário.

Outrossim, a existência de entidades de defesa dos pacientes com sofrimento psíquico, como o “Movimento de Luta Antimanicomial” e o Conselho Federal de Psicologia – CFP⁷, além do já citado Ministério Público, são essenciais para garantia dos seus direitos fundamentais à saúde, dignidade e cidadania. Como diz Augusto César de Farias Costa⁸:

Da leitura e das práticas das Leis brasileiras, Vê-se que o tratamento jurídico do portador de transtorno mental foi, até a edição da nova Lei, o de legitimar a exclusão (...). Devemos saber, no entanto, que o processo de afirmação e reconhecimento de direitos não ocorre de modo instantâneo e linear. Afinal, a defesa dos direitos de pessoas em situação de vulnerabilidade pode opor-se aos interesses de determinados grupos, que, por razões ideológicas ou meramente econômicas, lutam pela preservação do status quo. Por outro lado a persistência das organizações da sociedade civil foi de fundamental importância para a aprovação dessa Lei (10.216/01) e deverá continuar a ser quando da sua regulamentação.

6. A alternativa da Alemanha para tratamento dos dependentes de álcool e drogas

Por volta de 1988, um dos locais abertos de maior uso de entorpecentes da Alemanha ficava em Frankfurt: na região do parque de Taunusanlage, próximo à estação ferroviária central, onde viviam cerca de 1,5 mil dependentes de heroína. Esse local era parecido com a chamada Cracolândia em São Paulo.

Taunusanlage passou a ser um problema não só social, mas de saúde pública e jurídico, pois gerava novos dependentes e cerca de 150 dependentes morriam de overdose a cada ano. As autoridades precisavam tomar uma atitude que resolvesse a questão complexa. E para isso foi feito um estudo e discussão multidisciplinar sobre o problema, onde não apenas políticos e policiais participaram, mas profissionais de várias áreas, como médicos, psicólogos, assistentes sociais, além de representantes de organizações de ajuda e proteção a dependentes químicos e comerciantes e moradores locais.

Era preciso algo novo, que fosse além da ação policial e de internação. E assim a extinção dos pontos de uso de drogas foi alcançada com a implementação de uma política que ficou conhecida

7 Cf. <<http://www.pol.org.br>>.

8 Costa, Augusto Cesar de Farias. *Direito Sanitário e Saúde Pública*. Brasília-DF: Ed.Sintese. 2003, p.172-173..

como “Caminho de Frankfurt” e que passou a ser referência para outras cidades alemãs no combate à dependência de álcool e drogas.

Segundo Clarissa Neher⁹, em reportagem sobre o assunto, a principal revolução da política adotada foi a percepção do vício como uma doença, possibilitando a descriminalização do dependente. Essa mudança gerou impactos em ações políticas, direcionadas a combater o tráfico e não mais o usuário, e em medidas de saúde pública, concentradas em oferecer alternativas – não somente de moradia, mas também locais de consumo e possibilidades de tratamento – para tirar das ruas dependentes químicos.

Entre as estratégias adotadas em Frankfurt estavam o oferecimento amplo de terapias de substituição e a criação de salas supervisionadas para o consumo de drogas. Essas terapias de substituição para usuários de heroína iniciaram por volta de 1989 na Alemanha, e nelas a heroína é substituída por outras drogas menos prejudiciais, como a metadona, com quantidade estipulada e uso monitorado por um médico. A abstinência não é necessariamente uma das metas visadas nesse tipo de tratamento, mas sim o controle do vício.

Com a efetividade desse tratamento, a terapia de substituição passou a fazer parte da política federal de drogas na Alemanha. O país oferece atualmente tratamento para cerca de 77 mil dependentes químicos.

Além dessa terapia de substituição, o “Caminho de Frankfurt” implementou também as chamadas ‘salas supervisionadas para o uso de drogas’ na Alemanha. Em 1994, a cidade, quase ao mesmo tempo que Hamburgo, abriu o primeiro estabelecimento desse tipo. No local, dependentes têm acesso a seringas e todo material esterilizado para o uso da substância e recebem acompanhamento médico em casos de overdose.

Registre-se que foram realizadas ações policiais em paralelo para a desocupação de Taunusanlage. Porém, elas ocorreram apenas depois da disponibilização de locais para o uso de drogas e abrigos, e eram voltadas a informar os dependentes sobre essas alternativas. Assistentes sociais também foram engajados para esse trabalho conjunto de informação com a polícia, dando apoio e acompanhamento do usuário.

No Brasil é possível fazer esta ação a partir dos já citados consultórios de rua e encaminhamento dos usuários aos CAPs e

9 Reportagem publicada no UOL Notícias: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/deutschewelle/2017/06/06/como-a-alemanha-acabou-com-sua-cracolandia.htm?utm_source=facebook&utm_campaign=noticias&utm_content=geral>. Acessado em: 6.6.2017

Centros de Convivência, porém é necessário que esses serviços funcionem efetivamente, com profissionais suficientes para o apoio e acompanhamento dos dependentes. Em relação às salas de substituição, legislação extravagante seria necessária para sua criação, com uma política de descriminalização dos usuários de drogas e monitoramento dos dependentes, onde o foco principal fosse o tratamento na área da saúde na perspectiva dos direitos humanos.

7. Conclusão

Em conclusão, queremos destacar que primeiramente não foi nossa intenção neste pequeno artigo esgotar todos os pontos referentes aos direitos das pessoas com sofrimento psíquico. Procuramos neste estudo levantar algumas questões preocupantes em relação ao segmento na perspectiva de garantia dos direitos humanos.

A globalização, o neocapitalismo, o mercado de trabalho competitivo, entre outros fatores surgidos neste século, fazem com que haja um ritmo incessante de mutações diárias tecnológicas e de procedimentos, que afetam a sociedade e seus integrantes em se ajustarem cotidianamente a essas mudanças para sobreviver, e que, por consequência, fazem surgir ou agravar, em muitos casos, doenças psíquicas no ser humano, exigindo medidas preventivas e/ou terapêuticas dos órgãos estatais que minorem ou extingam esse sofrimento.

Cabe, também, registrar que a internação compulsória de pessoas com transtorno mental grave e/ou usuários de drogas e álcool não é a melhor medida para essas pessoas, ao revés, é tratamento de exceção que, se usado ordinariamente, agride os direitos humanos e os princípios fundamentais da liberdade e dignidade humana. Medidas urgentes ou emergenciais do estado, como prisões, evacuação de áreas e internações compulsórias em clínicas particulares, provocadas por situações pontuais ou clamor público ou da imprensa sensacionalista não diminuirão o tráfico de drogas ou uso indiscriminado de álcool nem resolverá o problema social de convivência com moradores de rua com doença mental ou dependência química, e muito menos garantirá tratamento humano e socializador a esses cidadãos marginalizados.

A solução dessa questão, como já exposto nos capítulos anteriores, é fortalecer a rede de serviços públicos na área da saúde e assistência multiprofissional, garantindo efetivamente mudança do modelo hospitalocêntrico para um modelo baseado na excepcionalidade da internação e prevalência de assistência extra-hospitalar, priorizando o atendimento em Centros de Atenção

Psicossocial – CAPS, fomentando projetos como os escritórios de rua e garantindo a desinstitucionalização dos pacientes de longa permanência, por meio de projeto terapêutico voltado para a reinserção ou inclusão social.

Esses serviços extra-hospitalares previstos nas várias normas do Ministério da Saúde e das secretarias estaduais e municipais de saúde e inclusão social, em consonância com a Lei nº 10.216/01, garantem um tratamento aberto e digno a esses usuários com sofrimento psíquico, garantindo a cada paciente um plano terapêutico individual com abordagem multiprofissional, que abrange também sua família e seu ambiente de trabalho, possibilitando que, com uso contínuo de medicamentos fornecidos gratuitamente pela rede e atividades produtivas e socializadoras, estes indivíduos resgatem sua dignidade, autonomia e cidadania, retornando ao convívio à sociedade, à sua comunidade e família, resgatando laços afetivos, oportunizando volta ao mercado de trabalho e garantindo sobretudo o direito à sua felicidade como ser humano.

O Ministério Público, através de ações extrajudiciais, como as vistorias e inspeções continuadas nos estabelecimentos de saúde e assistência social destinadas às pessoas com deficiência mental e dependentes químicos, além dos inquéritos civis com possibilidade de termos de ajustamento de conduta, podem garantir o regular funcionamento desses equipamentos e serviços, sem contar a possibilidade, em último caso, das ações civis públicas com cominações de obrigações de fazer ou não fazer, as de improbidade administrativa, e até penais, para efetividade dessas políticas públicas de responsabilidade dos entes estatais, para respeito e concretude aos direitos humanos dessas cidadãs e cidadãos brasileiros.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Márcio Iorto (Org.) **Direito Sanitário e Saúde Pública / Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão de Trabalho e Educação na Saúde, Departamento de Gestão da educação em Saúde**. Brasília-DF: Ministério da Saúde, 2003.

ARAÚJO, Luiz Alberto David e Vidal Serrano Nunes Junior. **Curso de Direito Constitucional**. 16a. ed. São Paulo-SP: Ed. Verbatim, 2012.

CARVALHO, Guido Ivan de. **Sistema Único de Saúde: Comentários à Lei Orgânica da Saúde (Leis nº 8080/90 e nº 8142/90)**. 4a. ed. rev. e atual. Campinas-SP: UNICAMP, 2006.

CINTRA JUNIOR, Dyrceu de A. D. Direito e saúde mental. **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo-SP:RT, Vol. 2, nº 3. Novembro/2001.

COSTA FILHO, Wladir Macieira da; Leite, Flávia; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (Orgs.) **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016.

Direitos dos Usuários dos Serviços e das Ações de Saúde no Brasil: Legislação Federal Compilada– 1973 a 2006. Brasília-DF: Ed. MS, 2007.

FOUCAULT, Michel. **História da Loucura na Idade Clássica**. São Paulo: Perspectiva, 1999.

GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Wladir Macieira da; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (Orgs.) **Deficiência no Brasil**: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

NAKAMURA, Ione Missae da Silva. **Mulheres Diagnosticadas com Transtorno Mental, Atendidas pelo Serviço de Saúde mental da Fundação Hospital de Clínicas Gaspar Vianna, Belém-PA (2007-2008)**: Um Estudo Sobre Violação de Direitos das Mulheres. Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém-PA. 2010.

Reportagem de autoria de Clarissa Neher (de Berlim) publicada no UOL Notícias. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/deutschewelle/2017/06/06/como-a-alemanha-acabou-com-sua-cracolandia.htm?utm_source=facebook&utm_campaign=noticias&utm_content=geral>. Acessado em 6.6.2017

Textos de Apoio em Políticas de Saúde. Organizado por Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão**: Construindo uma Sociedade para Todos. 4. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2002.

O DIREITO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA À MORADIA DIGNA E TECNICAMENTE ACESSÍVEL A RESERVA DE 3% DAS UNIDADES HABITACIONAIS EM PROGRAMAS HABITACIONAIS PÚBLICOS OU SUBSIDIADOS COM RECURSOS PÚBLICOS

Maria Aparecida Gugel¹

Rebecca Monte Nunes Bezerra²

Sumário: 1. Introdução. As normas internacionais e a importância da moradia. 2. Natureza do direito à moradia na Constituição da República e nas leis. 3. A natureza constitucional da acessibilidade para qualquer direito da pessoa com deficiência. 4. A moradia na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. O significado da reserva de 3% das unidades residenciais para pessoas com deficiência e a acessibilidade na edificação. 5. Conclusão. Referências.

Resumo: A moradia é um direito básico e fundamental, reconhecido no plano internacional e constitucional, que garante a existência digna da pessoa com deficiência. A reserva de 3% das unidades residenciais construídas com subsídios públicos, com a garantia da acessibilidade na forma da lei, é política de ação afirmativa voltada para o direito à moradia. As edificações multifamiliares decorrentes de programas habitacionais públicos ou subsidiados com recursos públicos devem ser acessíveis.

Palavras-chave: Moradia. Habitação. Pessoa com deficiência. Dignidade. Acessibilidade. Reserva de 3%. Unidades Habitacionais. Programas Habitacionais Públicos Subsidiados com Recursos Públicos.

1 Subprocuradora-geral do Trabalho. Doutora pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata, Facoltà di Giurisprudenza, Autonomia Individuale e Collettiva, Roma, Italia. Membro Auxiliar do Núcleo de Atuação Especial em Acessibilidade do Conselho Nacional do Ministério Público (Neace/CNMP) e Colaboradora do GT7/CDDE/CNMP.

2 Promotora de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Norte. Colaboradora do Núcleo de Atuação Especial em Acessibilidade do Conselho Nacional do Ministério Público (Neace/CNMP) e do GT7/CDDE/CNMP.

1. Introdução. As normas internacionais e a importância da moradia

No plano internacional e nos documentos adotados no âmbito das Nações Unidas e dos Estados Americanos há destaque permanente em relação ao acesso das pessoas à habitação e moradia adequadas, com a indicação expressa de adoção de medidas urgentes pelos Estados-membros visando a assegurar e garantir a habitação e a moradia como forma de elevar o nível de vida de cada pessoa e de sua família.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, proclama como ideal comum de toda a comunidade do planeta – lembrando que à época a sociedade estava arrasada pelas sucessivas guerras mundiais – que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle (Artigo XXV, item 1).

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (adotado pelas Nações Unidas em 1966, Resolução nº 2200-A (XX); ratificado em 24 de janeiro de 1992 e promulgado no Brasil pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992) reconhece o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si própria e para a sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida (Artigo 11, item 1).

Duas conferências internacionais promovidas pela agência UN – HABITAT das Nações Unidas sobre os assentamentos humanos em 1976 e em 1996 resultaram em duas declarações. As duas declarações contêm o reconhecimento expresso de que a moradia adequada constituiu-se em direito básico da pessoa humana: Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos – Habitat I; Declaração de Istambul e Agenda Habitat II, das quais o Brasil é signatário. A adequação da habitação é a tônica da Agenda Habitat II e contém um resumo dos elementos básicos a serem atendidos para nortear o direito à moradia:

Habitação adequada para todos é mais do que um teto sobre a cabeça das pessoas.

É também possuir privacidade e espaço adequados, acessibilidade física, garantia de posse, estabilidade estrutural e durabilidade, iluminação adequada, aquecimento

e ventilação, infraestrutura básica adequada, como fornecimento de água, esgoto e coleta de lixo, qualidade ambiental adequada e fatores relacionados à saúde, localização adequada e acessível em relação a trabalho e instalações básicas: tudo deveria ser disponível a um custo acessível.

A adequação deve ser determinada juntamente com as pessoas interessadas, considerando-se a perspectiva de desenvolvimento gradual.

A adequação varia frequentemente de país para país, já que depende de fatores culturais, sociais, ambientais e econômicos específicos. Fatores específicos relacionados a gênero e idade, como a exposição de crianças e mulheres a substâncias tóxicas, devem ser considerados nesse contexto.

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (adotada pelas Nações Unidas em 1965; aprovada pelo Decreto Legislativo nº 23, de 21 de junho de 1967; ratificada em 27 de março de 1968 e promulgada pelo Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969) elenca como uma das formas de eliminação da discriminação racial o respeito aos direitos econômicos, sociais e culturais, dentre os quais está o direito à habitação (Artigo V, item e, III).

A Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (adotada pelas Nações Unidas em 1979; ratificada em 1º de fevereiro de 1984; promulgada pelo Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002) revela a necessidade de os Estados adotarem medidas para eliminar a discriminação contra as mulheres, principalmente na zona rural para que participem do desenvolvimento e dele se beneficiem e, em particular, que assegurem a elas o direito de gozar de condições de vida adequadas, de habitação, dos serviços sanitários, da eletricidade e do abastecimento de água, do transporte e das comunicações (Artigo 14, item 2, h).

A Convenção sobre os Direitos da Criança (adotada pelas Nações Unidas em 1989; aprovada no Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990) reconhece o direito de toda criança a um nível de vida adequado ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social, obrigando os Estados-partes a encontrar soluções e medidas apropriadas a fim de ajudar aos pais e responsáveis pela criança a tornar efetivo esse direito. Sendo necessário, indica a assistência material e programas de apoio, especialmente no que diz respeito à nutrição, ao vestuário e à habitação (Artigo 27, item 3).

A Convenção Americana de Direitos Humanos ou o Pacto de San José da Costa Rica (adotada pela Organização dos Estados Americanos em 22 de novembro de 1969; ratificada em 25 de setembro de 1992 e, promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de

novembro de 1992), que tem como objetivo estabelecer um sistema regional de proteção entre os países americanos, indica aos Estados-partes que adotem medidas para que os direitos econômicos, sociais e culturais sejam progressivamente efetivados, com a utilização de todos seus recursos disponíveis (Artigo 26), o que inclui o direito à habitação.

O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ou Protocolo de São Salvador (adotado pela Organização dos Estados Americanos, em São Salvador, em 17 de novembro de 1988; ratificado pelo Brasil em 21 de agosto de 1996), trata especificamente da proteção de pessoas com deficiência, determinando que os Estados partes adotem de maneira progressiva medidas necessárias para incluir, de maneira prioritária, em seus planos de desenvolvimento urbano a consideração de soluções para os requisitos específicos decorrentes das necessidades desse grupo (Artigo 18, letra c).

A mesma preocupação com a moradia ocorre na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adotada pelas Nações Unidas em 30 de março de 2007 e aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 186, 10 de julho de 2008, com natureza constitucional. Nela se verifica o reconhecimento de que a pessoa com deficiência tem o direito de escolher onde morar, de forma a preservar a sua plena inclusão na comunidade (Artigo 19, letra a) e, ao mesmo tempo, proclama a necessidade de melhoria dos padrões de vida e proteção das pessoas com deficiência, inclusive em relação à moradia adequada, com acesso aos serviços de água limpa e saneamento adequados e programas habitacionais públicos (Artigo 28, item 2, letras a e d).

2. Natureza do direito à moradia na Constituição da República e nas leis

A Constituição da República ao organizar o Estado brasileiro, no artigo 21, inciso XX, coloca a União com exclusiva atribuição de instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, habitação, saneamento básico e transportes urbanos. Para ver efetivada a série de cuidados com bens e serviços, logo a seguir no artigo 23, inciso IX, concede a competência comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para promoverem programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico. Para o campo, ao tratar da política agrícola envolvendo produtores e trabalhadores rurais, remete ao escrutínio da lei a especial previsão de habitação para o trabalhador rural (artigo 187, VIII, da Constituição da República).

Percebe-se com isso que o originário poder-dever do Poder Público, em todas as esferas, é de implementar a atribuição para desenvolver adequadamente os centros urbano e rural de forma a dar eficácia ao direito à moradia e criar condições dignas de habitação ao cidadão.

O direito à moradia, seguindo a ótica de Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 151), embora desde 1988 já pudesse ser reconhecido como direito fundamental decorrente do princípio da dignidade humana (artigo 1º, III, Constituição da República), e porque já se tratava de matéria incorporada ao direito interno por força do Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966 (aplicação do artigo 5º, § 2º, Constituição da República), encontrou lugar próprio na Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, que o explicitou como direito social (artigo 6º), inserindo-o definitivamente no rol específico dos direitos fundamentais.

Indiscutível é o reconhecimento de que a moradia é um, entre outros, direito fundamental e estreitamente vinculada à dignidade da pessoa humana. Baseados na concepção histórica dos direitos fundamentais do homem e nas abalizadas doutrinas de Norberto Bobbio, Alexandre de Moraes e José Afonso da Silva, Patrícia Albino Galvão Pontes (2006, p. 12), sintetiza com precisão:

Por direitos fundamentais, deve-se entender aqueles sem os quais a pessoa humana não tem condições de desenvolver uma vida digna compatível com a sua condição natural de homem, objetivando o seu pleno desenvolvimento. Tais direitos, indissociáveis da pessoa, são inalienáveis, intransmissíveis, imprescritíveis e irrenunciáveis. O respeito a eles é a base de um Estado Democrático de Direito, revelando-se eles como limite ao arbítrio do poder estatal que, ora deve adotar posições passivas para não atingi-los, ora uma postura ativa para que tais direitos sejam realmente efetivados e implementados.

Como interesse social que é, o direito à moradia deve ser plenamente realizado através do Estado que, para implementar a tarefa, lança mão de recursos públicos disponíveis, de maneira a dar-lhe efetividade.

Mas, qual é o significado do direito à moradia? O direito à moradia, segundo José Afonso da Silva, é ocupar um lugar cujo ambiente traduza uma habitação com dimensões adequadas de abrigo, com reais condições de higiene, conforto e segurança, de forma a preservar a dignidade da pessoa (artigo 1º, III, da Constituição da República), a sua intimidade e privacidade (artigo 5º, X, da Constituição da República), com verdadeira concepção de casa, asilo

inviolável do indivíduo (artigo 5º, XI, da Constituição da República).
Significa

[...] ocupar um lugar como residência; ocupar uma casa, apartamento etc., para nele habitar. No “morar” encontramos as ideias básica da habitualidade no permanecer ocupando uma edificação, o que sobressai com sua correlação com o residir e o habitar, com a mesma conotação de permanecer ocupando um lugar permanentemente. O direito à moradia não é necessariamente direito à casa própria. Quer-se que se garanta a todos um teto onde se abrigue com a família de modo permanente ... a obtenção da casa própria pode ser um complemento indispensável para a efetivação do direito à moradia. (SILVA, 2006, p. 314).

Resguardando a vinculação do direito à moradia “com o direito à vida e uma vida com dignidade”, Sarlet (2002, p. 154) articula:

[...] sem um lugar adequado para proteger-se a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física e, portanto, o seu direito à vida.

O direito à moradia associa-se firmemente ao direito à igualdade (artigo 5º, *caput*, da Constituição da República) de todos em morar em local e casa dignos, com condições reais de higiene, conforto e segurança, cuja localização permita o acesso ao emprego, serviços de saúde, educação e outros serviços essenciais, conforme os padrões estabelecidos pela Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU.

A indissociável concepção dos direitos da pessoa com deficiência à igualdade e à moradia impõe a efetivação conjunta e simultânea, e o pleno exercício, de outros direitos fundamentais como a saúde, educação, cultura, esporte e lazer, dentre outros. Significa afirmar que onde estiver localizada a moradia deverão ser ofertados equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais (artigo 2º, V, Estatuto da Cidade).

É na existência real, efetiva e eficaz desses direitos fundamentais, que Sarlet (2002) esclarece sobre o complexo de posições jurídicas do direito à moradia que poderá assumir as condições de direito de defesa e de direito prestacional:

i) o direito de defesa constitui-se em regras legislativas destinadas à proteção do direito à moradia, nas quais vinculam-se os juízes e os tribunais, que têm atribuição de zelar por sua eficácia

e efetividade, sobretudo quando está em foco o direito de terceiro. Como exemplo, aponta-se a impenhorabilidade de imóvel que serve de moradia para o fiador e sua família que não a pode perder em face dos direitos patrimoniais do credor;

ii) o direito prestacional exige que o Poder Público atue – porque está obrigado a fazê-lo por força do compromisso internacional assumido por meio do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) –, com a adoção de medidas graduais (políticas públicas, programas, fixação de prioridades) e com o máximo de recursos disponíveis para alcançar a realização plena do direito à moradia para as pessoas idosas “compatível com as exigências da dignidade da pessoa humana” (SARLET, 2002, p. 180).

Evidencie-se o direito prestacional do direito à moradia, eis que necessariamente põe à mostra o poder-dever o Estado (ou Poder Público) em tomar medidas contundentes para permitir o seu pleno exercício, conforme está o embasamento da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI) nos artigos 31 a 33.

3. A natureza constitucional da acessibilidade para qualquer direito da pessoa com deficiência

O direito à acessibilidade tem previsão na Constituição da República nos artigos 227, parágrafo 2º, e 244 consubstanciados nos artigos 1º, inciso III, que estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, no artigo 3º, inciso IV, que descreve um dos objetivos fundamentais de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, e no artigo 5º, *caput*, sobre a igualdade de 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.

Como se já não fosse suficiente um comando constitucional para a garantia de uma acessibilidade plena para todos, maior enfoque é dado na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que, além de tê-la como direito, elegeu-a como princípio, em previsão específica.

Trata-se do Artigo 9, item 1, da CDPC, que não permite dissociar a acessibilidade de outros princípios nela previstos, como é o caso do respeito pela independência das pessoas, da não discriminação, da plena e efetiva participação e inclusão na sociedade e da igualdade de oportunidades:

Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Artigo 9

A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem com a outros serviços e instalações abertas ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural.

E, mais adiante, a CDPD especifica que tais medidas, inclusive a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade, serão aplicadas a edifícios, rodovias, meios de transporte e outras instalações internas e externas, inclusive escolas, residências, instalações médicas e local de trabalho, entre outros.

Assim, o princípio constitucional da acessibilidade deve ser levado em consideração por ocasião da interpretação de qualquer dispositivo legal ou normativo, ainda mais quando se tem a pessoa com deficiência como beneficiário da norma.

4. A moradia na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. O significado da reserva de 3% das unidades residenciais para pessoas com deficiência e a acessibilidade na edificação

A LBI em capítulo específico do direito à moradia, nos artigos 31 a 33, assenta-se sobre premissas basilares constante na Constituição da República, principalmente, conforme já analisado em tópico anterior, no princípio da dignidade humana. Ao mesmo tempo, indica expressamente que a pessoa com deficiência tem direito à moradia digna, o que poderá ocorrer, segundo a sua escolha:

- no seio da família natural ou substituta;
- com seu cônjuge ou companheiro ou desacompanhada;
- em moradia para a vida independente, cuja definição é a do artigo 3º, inciso XI, ou seja, unidades de oferta do Serviço de Acolhimento do Sistema Único de Assistência Social (Suas) localizadas em áreas residenciais da comunidade, com estruturas adequadas, que possam contar com apoio psicossocial para o atendimento das necessidades da pessoa acolhida, destinadas a jovens e adultos com deficiência, em situação de dependência,

que não dispõem de condições de autossustentabilidade e com vínculos familiares fragilizados ou rompidos;

- em residência inclusiva, cuja definição é a do artigo 3º, inciso X, ou seja, moradia com estruturas adequadas capazes de proporcionar serviços de apoio coletivos e individualizados que respeitem e ampliem o grau de autonomia de jovens e adultos com deficiência.

A LBI traça no artigo 32 sistemática previsão a indicar que a pessoa com deficiência goza de prioridade na aquisição de imóvel para moradia própria, quando se tratar de programa habitacional público ou subsidiado com recursos públicos, com a observância de parâmetros específicos para a implementação da acessibilidade na edificação. Esse passo a passo previsto no artigo 32 é fundamental para evitar regramento equivocado:

Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência

Art. 32. Nos programas habitacionais, públicos ou subsidiados com recursos públicos, a pessoa com deficiência ou o seu responsável goza de prioridade na aquisição de imóvel para moradia própria, observado o seguinte:

I - reserva de, no mínimo, 3% (três por cento) das unidades habitacionais para pessoa com deficiência;

II - (VETADO);

III - em caso de edificação multifamiliar, garantia de acessibilidade nas áreas de uso comum e nas unidades habitacionais no piso térreo e de acessibilidade ou de adaptação razoável nos demais pisos;

IV - disponibilização de equipamentos urbanos comunitários acessíveis;

V - elaboração de especificações técnicas no projeto que permitam a instalação de elevadores.

§ 1º O direito à prioridade, previsto no **caput** deste artigo, será reconhecido à pessoa com deficiência beneficiária apenas uma vez.

§ 2º Nos programas habitacionais públicos, os critérios de financiamento devem ser compatíveis com os rendimentos da pessoa com deficiência ou de sua família.

§ 3º Caso não haja pessoa com deficiência interessada nas unidades habitacionais reservadas por força do disposto no inciso I do **caput** deste artigo, as unidades não utilizadas serão disponibilizadas às demais pessoas.

A almejada eficácia da previsão do artigo 32 só se efetivará quando do cumprimento do conjunto dos parâmetros enumerados no próprio artigo, que são:

- a prioridade na aquisição do imóvel para moradia própria, uma única vez;

- os critérios de financiamento compatíveis com o rendimento da pessoa com deficiência ou sua família;
- a reserva de no mínimo 3% (três por cento) das unidades habitacionais;
- a garantia de acessibilidade nas áreas de uso comum e nas unidades habitacionais no piso térreo em caso de edificação multifamiliar;
- a garantia de acessibilidade ou de adaptação razoável nos demais pisos em caso de edificação multifamiliar;
- a implantação de equipamentos urbanos comunitários acessíveis;
- a elaboração de especificações técnicas em todos os projetos que permitam a instalação de elevadores.

Pois bem, o direito à reserva de no mínimo 3% de unidades residenciais para pessoas com deficiência, sob o manto da ação afirmativa, deve ser associado à condição de prioridade, principalmente no que diz respeito à incorporação de políticas e regulamentos dos agentes habitacionais. A natureza da reserva é a mesma da regra, cuja concepção ocorre quando se constata a existência de pessoas ou grupos discriminados, e por isso em desvantagem social, exigindo do Estado a promoção de seus direitos, tal como ocorre com a pessoa idosa. A ação do Estado para prestar esses direitos – com medidas legislativas, desenvolvimento de políticas concretas e fixação de prioridades – pode ocorrer pela eleição da ação afirmativa que tem na reserva (ou cota) um meio eficiente para atingir o objetivo.

A ação afirmativa, afirmou-se em outros estudos (GUGEL, 2006 e 2007), é uma forma de atuação do Estado que visa a eliminar as diferentes formas de discriminação para que o indivíduo ou o grupo discriminado alcance o direito de ser igual. O Brasil segue o modelo de ação afirmativa do reconhecimento da existência da discriminação e de que ela se produz num complexo sistema de relações e tem múltiplas manifestações. Em consequência, adota a reserva (ou cota) com a inclusão de medidas para recuperar os efeitos de discriminações havidas no passado contra um determinado grupo. Tratados internacionais das Nações Unidas sufragam a possibilidade de adoção de medidas especiais e temporárias para assegurar o progresso de determinado grupo e o pleno exercício de seus direitos fundamentais, a exemplo das convenções que tratam da Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965) e Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979).

A ação afirmativa tem previsão em nosso sistema como fundamento do princípio do direito à igualdade. Por isso, exige do Estado e da sociedade a construção de um ordenamento jurídico que mostre os fins sociais, a proteção dos valores da justiça social e do bem comum, de forma a implementar os objetivos constitucionais do artigo 3º da Constituição da República de erradicar e reduzir as desigualdades sociais; promover o bem de todos, sem preconceitos e quaisquer formas de discriminação; de reduzir as desigualdades regionais e sociais (artigo 170, inciso VII, da Constituição da República). O instrumento da ação afirmativa está expresso no artigo 37, inciso VIII, ao determinar a reserva de cargos e empregos públicos para pessoas com deficiência. Ação afirmativa é, portanto, a adoção de um conjunto de medidas legais e de políticas públicas que objetivam eliminar as diversas formas e tipos de discriminação que limitam oportunidades de determinados grupos sociais.

Conforme já afirmado (GUGEL, 2009, p. 163-179), para a implementação e o gerenciamento da reserva de pelo menos 3% das unidades residenciais também para idosos, como determinado no artigo 38, inciso I, da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), destaque-se que a legislação nacional voltada para a política urbana prevê, seguindo a ordem constitucional (artigo 182 e 183 da Constituição da República), a garantia do direito às cidades sustentáveis visando aos seus plenos desenvolvimentos e bem-estar de seus habitantes, executada pelo Poder Público Municipal. Trata-se da Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), que estabelece diretrizes gerais para a política urbana, dentre as quais está a garantia da moradia em condições sustentáveis, com saneamento ambiental, infra-estrutura urbana, transporte e serviços públicos, trabalho e lazer, para as presentes e futuras gerações (artigo 2º, inciso I), o que não poderia ser diferente, pois a moradia é um direito social fundamental (artigo 6º da Constituição da República). Some-se a isso o disposto no mesmo artigo 38, inciso III, do Estatuto do Idoso, que estabelece sobre a necessidade de eliminação de barreiras arquitetônicas e urbanísticas para a garantia da acessibilidade à pessoa idosa exatamente quando trata do acesso aos programas habitacionais públicos ou subsidiados com recursos públicos.

Ao mesmo tempo, a Lei nº 11.124/2005, que trata da política habitacional e do Sistema Nacional Habitação de Interesse Social – SNHIS, está organizada e estruturada, dentre outros, no princípio da moradia digna como direito e vetor de inclusão social (artigo 4º, inciso I, letra b). Esta lei já permite a incorporação imediata da reserva de no mínimo 3% das unidades residenciais às pessoas com deficiência de menor renda (artigo 2º, inciso I) ao sistema de habitação de interesse social custeado com o Fundo Nacional

de Habitação de Interesse Social – FNHIS, de forma a executar os programas habitacionais junto aos Municípios, Distrito Federal e Estados brasileiros.

Com o propósito de cumprimento da reserva de no mínimo 3% das unidades residenciais, os Municípios, o Distrito Federal e os Estados brasileiros podem aplicá-la lançando mão de mecanismos já existentes no sistema habitacional de interesse social de forma a criar condições e proporcionar meios adequados para a instituição do Plano Habitacional de Interesse Social, do Fundo Local de Habitação de Interesse Social e do Conselho Gestor do Fundo Local de Habitação de Interesse Social, e efetivamente permitir à sociedade ver implementada importante política de ação afirmativa, além de exercer o controle social sobre a habitação de interesse social.

Observe-se, porém, que, além da prioridade na aquisição de imóveis nos programas habitacionais públicos ou subsidiados com recursos públicos, a pessoa com deficiência ou o seu responsável goza da reserva de no mínimo 3% (três por cento) das unidades habitacionais.

No que tange à acessibilidade em tais programas, na hipótese de edificação multifamiliar, deve ser garantida nas áreas de uso comum e em todas as unidades habitacionais do piso térreo. Além disso, e conforme o inciso III do artigo 32, a acessibilidade e a adaptação razoável, quando necessárias para cada caso, devem estar presentes nos demais pisos. Portanto, nesse aspecto, só cabe uma interpretação: todas as unidades da edificação multifamiliar devem ser acessíveis, as unidades térreas e as dos demais pisos. Ao proprietário com deficiência, em vista de sua particular necessidade, além da acessibilidade comum, deve ser efetuada a adaptação razoável.

Lembre-se, nesse ponto, de sempre estar presente o entendimento conceitual de desenho universal, acessibilidade e adaptação razoável, conforme afirmado por Madruga, citado por Bezerra (2016, p.162):

Enquanto o “desenho universal” e a “acessibilidade universal” possuem caráter geral e preventivo, isto é, são institutos destinados a todas as pessoas com deficiência e agem como medida cautelar garantidora de exercícios de direitos, o “ajuste razoável” parte de uma concepção individual e corretiva, a depender da situação em que se encontre a pessoa. Neste último caso, será necessária uma modificação ou adaptação especial para que essa pessoa com deficiência possa desenvolver adequadamente suas tarefas, v.g., no trabalho ou na universidade, ou ainda quando vier a utilizar certo serviço ou produto.

Observe-se que a acessibilidade na edificação construída por meio de programas habitacionais públicos ou subsidiados com recursos públicos não fica limitada à no mínimo 3% (três por cento) das unidades habitacionais. Tal percentual diz respeito, exclusivamente, à reserva das unidades a serem disponibilizadas inicialmente apenas para pessoas com deficiência (ressalte-se ainda estar pendente de fixação por instrumento apropriado a questão do tempo em que tais unidades devem permanecer reservadas para aquisição ou entrega à pessoa com deficiência interessada). Isso porque a acessibilidade não é destinada apenas para pessoas com deficiência, mas também àquelas com mobilidade reduzida, inclusive pessoas idosas. E, tratando-se de uma obra inserida em programas habitacionais públicos ou subsidiados com recursos públicos, é inadmissível a construção de espaços que não ofereçam a ampla acessibilidade. Se assim fosse permitido pela norma, estar-se-ia criando obstáculo intransponível para as pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida no seu exercício do seu direito à moradia. Daí porque a importância de fiscalização sobre os projetos (artigo 54, inciso I, da LBI) dessa natureza, além da análise percuciente do licenciamento e do financiamento (artigo 54, inciso III, da LBI).

Registre-se, por fim, crítica veemente dirigida contra a Portaria nº 355, de 28 de abril de 2017, do Ministro de Estado das Cidades, que violou o conteúdo do artigo 32 e seus incisos I e II da LBI, o que não é admissível. O instrumento legal utilizado merece revogação imediata, o que já foi objeto da Recomendação nº 01/2017/PFDC/MPF, da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão – Ministério Público Federal³.

5. Conclusão

A moradia é um direito básico e fundamental de todo ser humano, reconhecido no plano internacional e constitucional, que garante a existência digna da pessoa com deficiência, além de uma vida saudável e em segurança. A reserva de no mínimo 3% das unidades residenciais construídas com subsídios públicos para a pessoa com deficiência, da mesma forma que ocorre para a pessoa idosa, é política de ação afirmativa voltada para a implementação do direito à moradia e pode ser efetivada obedecendo a critérios e instrumentos legais já existentes no Sistema Nacional Habitação de Interesse Social – SNHIS e outras fontes com financiamento, além das leis específicas, devendo ser disponibilizada a acessibilidade nos moldes previstos no artigo 32 da LBI.

³ Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/inclusao-para-pessoas-com-deficiencia/acessibilidade/saiba-mais/atuacao/recomendacao-1-2017-pfdc-mpf>>. Acesso em: 20 maio 2017.

A acessibilidade nas edificações construídas por meio de programas habitacionais públicos ou subsidiados com recursos públicos não fica limitada à no mínimo 3% (três por cento) das unidades habitacionais para pessoas com deficiência. Ela deve ocorrer em toda a edificação.

REFERÊNCIAS

BEZERRA. Rebecca Monte Nunes. A acessibilidade como direito e como princípio: consolidação de direitos e inovações da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência In: **Tendências em Direitos Fundamentais: Possibilidade de Atuação do Ministério Público**, volume 1. Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2016.

GUGEL. Maria Aparecida. **Pessoas com Deficiência e o Direito ao Concurso Público** – Reserva de Cargos e Empregos Públicos – Administração Direita e Indireta. Goiânia: UCG, 2016.

GUGEL. Maria Aparecida. **Pessoa com Deficiência e o Direito ao Trabalho: Reserva de Cargos em Empresas, Emprego Apoiado**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

_____. Moradia, Direito Fundamental da Pessoa Idosa In: GUGEL, Maria Aparecida; MAIO, Iadya Gama (Orgs.). **Pessoas Idosas no Brasil: Abordagem sobre seus direitos**. Brasília: Instituto Atenas, 2009.

PONTES. Patricia Albino. **Artigo 2º**. In : PINHEIRO, Naide Maria (Org.). Estatuto do Idoso Comentado. Campinas-SP: LNZ, 2006.

SARLET. Ingo W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Livraria do Advogado: 2001.

_____. **O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia**. Arquivos de Direitos Humanos. Vol. 4. Rio de Janeiro: Renovar Ltda.

SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E ACESSIBILIDADE NO DIÁLOGO SOCIAL, NA NEGOCIAÇÃO COLETIVA E CONVENÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO

Maria Aparecida Gugel¹

Sumário: 1. Introdução. Quem são as pessoas com deficiências segundo a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e por que o conceito está atrelado à acessibilidade e à adaptação razoável. 2. A igualdade real e sua relação com a dignidade da pessoa com deficiência. 3. O diálogo social, os parceiros sociais e a negociação coletiva na implementação da igualdade real da pessoa com deficiência no trabalho 4. Conclusões. Referências.

Resumo: Por meio do diálogo social e da negociação coletiva é possível introduzir em convenções coletivas cláusulas que contenham medidas de ação afirmativa e igualdade de oportunidades, além de requisitos de acessibilidade para as pessoas com deficiência nas relações e ambientes de trabalho, extensiva a outros grupos reconhecidamente vulneráveis.

Palavras-chave: Pessoa com deficiência. Acessibilidade. Adaptação razoável. Igualdade de oportunidades. Diálogo social. Parceiros sociais. Negociação coletiva. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. CDPD. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. LBI.

1. Introdução. Quem são as pessoas com deficiências segundo a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e por que o conceito está atrelado à acessibilidade e à adaptação razoável?

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), de 2006, junto ao Protocolo Facultativo, assinada junto à Organização das Nações Unidas (ONU), em Nova York em 30 de março de 2007, aprovada pelo Congresso Nacional em 10 de julho de 2008

1 Subprocuradora-geral do Trabalho. Doutora pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata, Facoltà di Giurisprudenza, Autonomia Individuale e Collettiva, Roma, Italia. Membro Auxiliar do Núcleo de Atuação Especial em Acessibilidade do Conselho Nacional do Ministério Público (Neace/CNMP) e Colaboradora do GT7/CDDF/CNMP.

2 Resumo de capítulo do livro Pessoas com Deficiência e o Direito ao Concurso Público – Reserva de Cargos e Empregos Públicos – Administração Direita e Indireta, 3ª edição, Goiânia: UCG, 2016.

por meio do Decreto Legislativo nº 186, e finalmente promulgada em 25 de agosto de 2009 pelo Decreto nº 6.949, consolida vertiginosa mudança de paradigma nas concepções, atitudes e abordagens em relação às pessoas com deficiência.

É o primeiro tratado internacional de direitos humanos com eficácia constitucional pois obedeceu ao rito previsto no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição da República para a sua aprovação. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou nesse sentido ao julgar a tutela antecipada no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 32.732/DF, relator Ministro Celso de Mello, de 13 de maio de 2014, publicado no Diário Justiça de 3 de junho de 2014:

(...) essa Convenção Internacional, por veicular normas de Direitos Humanos, foi aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 186/2008, cuja promulgação observou o procedimento ritual a que alude o art. 5º, § 3º, da Constituição da República, a significar, portanto, que esse importantíssimo ato de direito internacional público reveste-se, na esfera doméstica, de hierarquia e de eficácia constitucionais.

A natureza constitucional da CDPD gera importantes efeitos, como o de revogar as normas infraconstitucionais, tais como as leis ordinárias e complementares, decretos, medidas provisórias, portarias e instruções normativas, se com ela estiverem incompatíveis.

No campo da elaboração de normas, cuja atribuição é do Poder Legislativo, os princípios e os direitos concebidos na CDPD comprometem o conteúdo de novas propostas de leis que deverão estar com ela coadunadas de forma a dar efetividade aos direitos reconhecidos, conforme indicam as obrigações gerais do Artigo 4, letra a, da CDPD.

Já no âmbito do Poder Executivo, a Convenção impõe a imediata formulação e revisão (em caso de incompatibilidade) de políticas públicas e programas de maneira a promover todos os direitos humanos das pessoas com deficiência. Frise-se que as políticas públicas e os programas governamentais devem contemplar, com medidas eficazes, a eliminação da discriminação baseada na deficiência.

A CDPD deve inspirar as decisões de juízes e tribunais e, mais que isso, servir de critério absoluto a reger a interpretação de aplicação da norma mais favorável, na mesma linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em decisão da segunda turma relatada pelo Ministro Celso de Mello, no Habeas Corpus 93.280/SC, publicado no Diário da Justiça de 16 de maio de 2013:

Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção americana sobre Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica.

O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.

Os parâmetros da CDPD devem também pautar os procedimentos de fiscalização das leis pelos órgãos de fiscalização e de promoção de direitos, como o Ministério Público, assim como os demais operadores de direito, Defensores Públicos e Advogados, visando a implementar seu conteúdo na integralidade.

Pois bem, a partir do reconhecimento de que há diversidade de deficiências entre as pessoas e de que é preciso promover e proteger os direitos humanos de todas as pessoas com deficiência, inclusive daquelas que requerem maior apoio (Preâmbulo, alíneas i e j), a CDPD cria um novo modelo que reconhece a deficiência como o resultado da interação da pessoa com deficiência com as barreiras de atitudes e ambientais que impedem a sua plena e efetiva participação na sociedade, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas (Preâmbulo, alínea e).

O elemento mais importante da relação entre a pessoa com deficiência e o lugar onde vive e desempenha suas atividades é a barreira (arquitetônica, atitude, institucional) que, não inutilmente, delinea o próprio conceito de deficiência. Daí porque afirmar-se, desde logo, que a acessibilidade é o elemento que se contrapõe às barreiras existentes, convertendo-se em direito essencial e fundamental da pessoa com deficiência.

O Artigo 1 da CDPD edifica um novo paradigma em relação às pessoas com deficiência cuidando, ao mesmo tempo, do propósito do tratado e da definição da pessoa. O propósito tem como objetivo promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as

pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

No que diz respeito à definição, tendo anteriormente no Preâmbulo reconhecido que a deficiência é um conceito em evolução (alínea e), que há diversidade entre as deficiências (alínea j) e que todas as questões relativas à deficiência devem ser trazidas à tona, ao centro das preocupações da sociedade, integrando-as às políticas e estratégias para o desenvolvimento sustentável (alínea g), o Artigo 1 define que pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

A definição contém elementos importantes que particularizam a pessoa com deficiência, colocando-a como destinatária da norma, quais sejam: i) ter impedimentos de longo prazo; ii) ser a deficiência de natureza física, mental, intelectual e sensorial (auditivo, visual), o que indica a existência de diversidade nas áreas da deficiência; iii) o enfoque às questões ambientais, incluídas as atitudes individuais, coletivas e institucionais, como barreiras impeditivas para o livre exercício de direitos, pois é o ambiente desfavorável com a existência de barreiras que obstrui a participação plena e efetiva da pessoa com deficiência na sociedade.

A natureza da deficiência das pessoas (sua caracterização ou designação, conforme modelo médico anterior) deixa de ter primazia. Em seu lugar se coloca o ambiente, com seus efeitos sociais, econômicos e culturais, que pode restringir ou impedir o pleno exercício e gozo de direitos.

Rosângela Berman Bieler (in Caderno da I Conferência, 2006, p. 145), ao tratar sobre desenvolvimento inclusivo (a concepção e implementação de ações e políticas para o desenvolvimento socioeconômico e humano), avalia o conceito de deficiência como sendo

(...) o resultado da interação de deficiências físicas, sensoriais ou mentais com o ambiente físico e cultural e com as instituições sociais. Quando uma pessoa tem uma condição que limita alguns aspectos do seu funcionamento, esta se torna uma situação de “deficiência” somente se ela tiver que enfrentar barreiras de acesso ao ambiente físico ou social que tem à sua volta. Em termos econômicos, a deficiência é uma variável endógena à organização social. Isso quer dizer que a definição de quem tem ou não uma deficiência não depende tanto das características pessoais dos indivíduos, mas também, e principalmente, do modo

como a sociedade onde vivem, organiza seu entorno para atender à população em geral.

A referida autora, ao analisar a funcionalidade da pessoa em relação ao ambiente, lança mão de uma fórmula matemática elaborada por Marcelo Medeiros, no artigo Pobreza, Desenvolvimento e Deficiência, apresentado na Oficina de Alianças para ao Desenvolvimento Inclusivo, na Nicarágua, em 2005, em que demonstra a relação e o impacto do ambiente e da limitação funcional, quantificando negativa ou positivamente a deficiência da pessoa.

A fórmula de Medeiros constitui-se em Deficiência = Limitação Funcional X Ambiente:

$$\text{Deficiência} = \text{Limitação Funcional} \times \text{Ambiente}$$

Assim, segundo a fórmula, se for atribuído valor zero ao ambiente porque é acessível e não oferece nenhuma barreira, o resultado da equação será sempre zero, independentemente do valor atribuído à funcionalidade da pessoa. Porém, se o ambiente tiver valores progressivamente maiores em relação à funcionalidade da pessoa, elevará o resultado, que é a deficiência.

Nesse ponto, percebe-se a valia dos princípios gerais inscritos no Artigo 3 da CDPD, sobretudo o da não discriminação (alínea b) e da acessibilidade (alínea f), por meio dos quais se concebeu e se estruturou toda a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Cada palavra, cada pressuposto da CDPD deve ser considerado para bem compreender o sentido fundamental e a imprescindibilidade dos elementos de acessibilidade e de adaptação razoável para os atos da vida diária e para o acesso a todos os direitos, bens e serviços destinados às pessoas com deficiência. A partir das afirmações das alíneas i e j do Preâmbulo, de reconhecimento da diversidade das pessoas com deficiência que levam à necessidade de promover e proteger os direitos humanos de todas as pessoas com deficiência, inclusive daquelas que requerem maior apoio, fica evidente o grau de importância de se conceberem ambientes plenamente acessíveis. Daí, mais uma vez, o argumento de que a acessibilidade é direito essencial e fundamental da pessoa com deficiência.

Não menos à toa, a Lei nº 13.146/2015, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), ou simplesmente LBI, fundamenta-se na CDPD. Ao longo de seus 127 comandos a LBI interliga a acessibilidade ao direito de a pessoa com

deficiência viver de forma independente e exercer todos os seus demais direitos de cidadania e participação social (artigo 53), ao sistema educacional (artigo 28, inciso XVI), ao direito ao trabalho (artigos 34 e 37), ao direito ao transporte (artigo 48), de acesso à informação e comunicação (artigo 63). de acesso à justiça (artigo 80), de votar (artigo 96), entre outros.

A CDPD reconhece que para a pessoa com deficiência poder gozar plenamente de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais é vital a existência de acessibilidade aos meios físico, social, econômico, cultural, à saúde, à educação, ao trabalho, à informação e à comunicação. Para tanto, esgrima no Artigo 2 definições capitais, dentre as quais estão a discriminação por motivo de deficiência, o desenho universal, a acessibilidade e a adaptação razoável.

A definição de “discriminação por motivo de deficiência” evidencia que discriminar configura violação direta à dignidade e valores inerentes da pessoa. Além de abranger todas as formas de discriminação perpetrada em todos os âmbitos, tem uma peculiaridade, ou seja, a recusa em fazer a adaptação razoável também se caracteriza como discriminação por motivo de deficiência. Essa é uma das principais novidades concebida na CDPD, e não poderia ser diferente porquanto a adaptação razoável para quem dela necessitar em vista de sua particular funcionalidade é o instrumento para a pessoa com deficiência alcançar a autonomia e independência para a prática de atos diários, como estudar, qualificar-se, trabalhar e outros.

O conceito de “discriminação por motivo de deficiência” permite, ao mesmo tempo, a identificação de práticas de discriminação (diferenciar, excluir, restringir) por ação ou omissão e a busca de sua reparação judicial se for o caso. A previsão de discriminação por motivo de deficiência da CDPD assemelha-se a de outros tratados internacionais de direitos humanos relativos à mulher (Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, de 1979) e racial (Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965), e a Convenção n° 111, de 1958, da Organização Internacional do Trabalho (OIT) concernente à discriminação em matéria de emprego e profissão, ratificada pelo Brasil em 1965.

A definição de “desenho universal” congrega a concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados, na maior medida possível, por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou projeto específico, é o ideal a ser desfrutado por toda sociedade, composta de pessoas diferentes umas das outras e que formam a diversidade humana. O desenho universal deverá ser tomado como

regra de caráter geral devendo ser incorporado às políticas públicas desde a sua concepção, segundo o artigo 55, parágrafos 1º e 5º, da LBI.

O desenho universal quando existente no ambiente não inibe o direito da pessoa com deficiência às ajudas técnicas e à adaptação razoável específicas a sua necessidade, tendo em vista que a acessibilidade e todas as medidas necessárias são direitos inalienáveis e devem ser tomadas para que as pessoas com deficiência possam viver de forma autônoma e independente e participar de todos os aspectos da vida (Artigo 9, CDPD), com mobilidade pessoal que para existir comporta a existência de elementos de tecnologia assistiva e ajudas técnicas (Artigo 20, CDPD).

Portanto, as definições relacionadas à mobilidade e à acessibilidade da pessoa com deficiência, e que contém o cerne para a sua independência e autonomia, são o “desenho universal” (regra de caráter geral, artigo 55, parágrafo 1º, LBI), a acessibilidade propriamente dita com todas as normas e regras técnicas de consecução (artigo 60) e a adaptação razoável (artigos 3º, inciso VI, e 4º, parágrafo 1º, da LBI). As duas primeiras têm natureza coletiva, e a segunda tem caráter intrínseco e pessoal. Todas atreladas ao direito fundamental à acessibilidade.

A definição de adaptação razoável da CDPD integra-se às leis e concepções de acessibilidade já existentes porque é com elas compatível e está repetida ordinariamente nos artigos 3º, inciso VI, e 4º, parágrafo 1º, da Lei nº 13.146/2015:

Adaptação razoável significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

A falta [ou recusa] em proceder à adaptação razoável implica em ato de discriminação por motivo de deficiência, podendo ocorrer, por exemplo, durante o período de estágio probatório de servidor ou de empregado público, ou de trabalhador com deficiência em seu contrato de trabalho. Nesse caso, o administrador público ou o empresário, respectivamente, incorre em crime punível com reclusão de dois a cinco anos (artigo 8, inciso II e parágrafo 2º, da Lei nº 7.853/89, com as alterações da Lei nº 13.146/2015).

A relação de razoabilidade e proporcionalidade, presente no conceito de adaptação razoável, diz respeito aos ajustes necessários e adequados para cada caso que não acarretem ônus desproporcional.

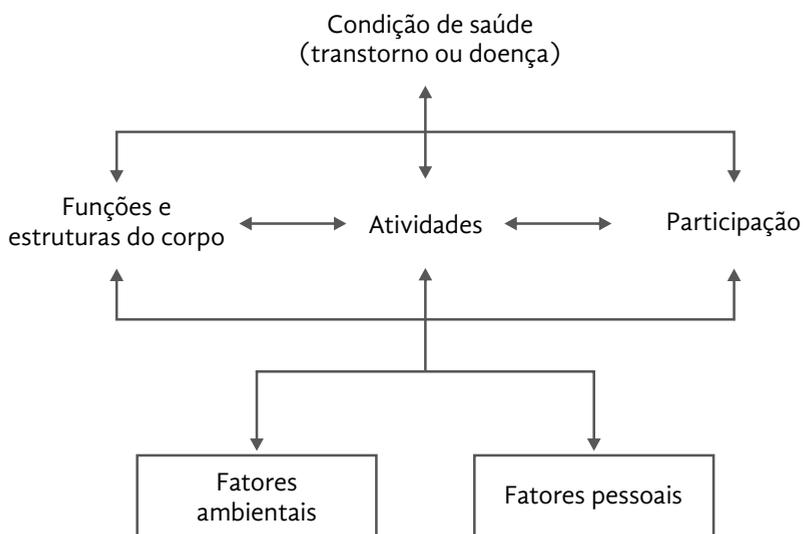
A adaptação razoável deve ocorrer sempre tendo em vista a necessidade funcional individual da pessoa, e atende a necessidade de uma deficiência em particular, um caso específico, após terem sido procedidas todas as demais regras de acessibilidade, garantidas nas leis e normas técnicas, válidas para todos. Significa afirmar que a adaptação razoável não dispensa a acessibilidade e vice-versa (Gugel, Novos Comentários, 2014, p. 180).

Ressalte-se que, dado o *status* de direito constitucional da acessibilidade, não é permitido a qualquer pessoa (física ou jurídica) recusar-se a fazer as modificações e os ajustes necessários que não acarretem ônus desproporcional ou indevido. Isso porque: i) os dois elementos que consolidam o conceito (modificações e ajustes; ônus desproporcional ou indevido) são simetricamente razoáveis e estão relacionados à necessidade extraordinária de cada pessoa; ii) o conceito de “adaptação razoável” não limita ou exclui o direito da pessoa com deficiência aos elementos comuns de acessibilidade ao meio físico, de comunicação, de sistemas, de serviços e outros; iii) relaciona-se diretamente à proibição da “discriminação por motivo da deficiência” que não permite a diferenciação, exclusão ou restrição baseada na deficiência.

Percebe-se claramente que com o advento da CDPD e da LBI um novo modelo é apresentado para dizer quem é a pessoa com deficiência em relação ao meio (acessível ou não) onde vive. Para tanto, a convenção e a lei indicam, quando necessário, a avaliação da deficiência frente aos elementos biopsicossociais e a ser realizada por diferentes profissionais da área da deficiência considerando os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo, os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais, a limitação no desempenho de atividades e a restrição de participação (artigo 2º, parágrafo 1º, itens I-IV, da Lei nº 13.146/2015). O novo modelo está baseado nas concepções da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF) da Organização Mundial da Saúde (OMS).

A CIF não se refere a pessoas com incapacidades, e sim “a todas as pessoas. A saúde e os estados relacionados à saúde associados a todas as condições de saúde” (CIF, 2003, p. 18). Há muito vem sendo utilizada em diversos países e contempla uma linguagem única para descrever as consequências e os aspectos sociais de deficiência. O objetivo da CIF como instrumento de avaliação é descrever situações relacionadas à funcionalidade da pessoa e suas restrições, em relação ao ambiente físico, social e de trabalho. A CIF pode ser aplicada “como uma ferramenta de política social – no planejamento dos sistemas de previdência social, sistemas de compensação e projeto de implementação de políticas públicas” (CIF, 2003, p. 17). Apoiar-

se no modelo de funcionalidade, tendo por elementos as funções e estruturas do corpo; atividades e participação; fatores ambientais e pessoais que se relacionam de forma complexa, interferindo dinamicamente entre si. Determinado elemento tem o potencial de alterar os demais elementos. Obedece ao seguinte quadro (Gugel, 2007, p. 71-74):



Os elementos da CIF permitem perceber a pessoa em sua integralidade. Resumidamente, constituem-se em Funções e Estruturas do Corpo; Atividade e Participação e Atividades Ambientais e Pessoais, sendo que as: i) Funções do Corpo são as fisiológicas do sistema do corpo, incluídas as psicológicas, mentais; sensoriais e dor; da voz e da fala; do sistema cardiovascular, hematológico, imunológico e respiratório; dos sistemas digestório, metabólico e endócrino; geniturinárias e reprodutivas; neuromusculoesqueléticas e relacionadas ao movimento; da pele e estruturas relacionadas; ii) as Estruturas do Corpo são as partes anatômicas do corpo, tais como órgãos, membros e seus componentes, como estruturas do sistema nervoso; olho, ouvido e estruturas relacionadas; estruturas relacionadas à voz e à fala; estruturas dos sistemas cardiovascular, imunológico e respiratório; estruturas relacionadas aos sistemas digestório, metabólico e endócrino; estruturas relacionadas aos sistemas geniturinário e reprodutivo; estruturas relacionadas ao movimento; pele e estruturas relacionadas.

As deficiências no contexto da CIF são eventos da função ou estrutura do corpo como uma perda ou anormalidade importante; iii) Atividade é a execução de uma tarefa ou ação por um indivíduo;

iv) Participação é o envolvimento em uma situação de vida e estão indicadas na CIF como: aprendizagem e aplicação do conhecimento; tarefas e demandas gerais; comunicação; mobilidade; cuidado pessoal; vida doméstica; relações e interações interpessoais; áreas principais da vida; vida comunitária, social e cívica.

Limitações na atividade são as dificuldades que um indivíduo pode ter em executar referidas atividades. Restrições na participação são os problemas que um indivíduo pode experimentar no seu envolvimento em situações de vida.

Os fatores ambientais transformam o ambiente físico, social e de atitudes no qual as pessoas vivem e conduzem suas vidas. Os fatores ambientais interagem com as funções do corpo, sendo típicos os exemplos de interação a qualidade do ar e a respiração do indivíduo; a luz e os sons dos ambientes com a visão e a audição. Portanto, são determinantes para a definição do grau de incapacidade em cada indivíduo. Nesses fatores ambientais incluem-se os Fatores Pessoais e Sociais. Os Fatores Pessoais são as características particulares de um indivíduo e suas situações de vida. Compreendem dados que não são partes da condição de saúde como, o gênero, a idade, a raça, o preparo físico, o estilo de vida, os hábitos, a origem social, e outras condições de saúde. Os Fatores Sociais, ou as estruturas sociais, contêm as regras de conduta ou sistemas da sociedade que incidem diretamente sobre os indivíduos. São exemplos, as organizações e serviços relacionados ao ambiente de trabalho, as atividades comunitárias, os órgãos governamentais, os serviços de comunicação e de transporte; as leis, as regulamentações, as atitudes e as ideologias. São identificados por: produtos e tecnologia; ambiente natural e mudanças ambientais feitas pelo ser humano; apoio e relacionamentos; atitudes; serviços, sistemas e políticas.

Na proposta da CIF o termo incapacidade (*disability*) é mais abrangente e inclui as deficiências (*impairments*), limitações às atividades e restrições à participação. A incapacidade está evidenciada nos aspectos negativos da interação entre um indivíduo (com um determinado estado ou condição de saúde) e os fatores contextuais do indivíduo (fatores ambientais e pessoais).

Um ambiente sem barreiras não restringirá o desempenho do indivíduo, ao contrário de ambientes não acessíveis que produzirão efeitos nefastos sobre a pessoa. O trabalhador com deficiência em um ambiente de trabalho sem as devidas adaptações ambientais ou sem as ajudas técnicas (uma máquina ou um instrumento adaptado à sua deficiência) apropriadas não produzirá a contento e, portanto, não superará as suas limitações.

O sistema da CIF, que exige a compreensão de múltiplos fatores, permite a visão de uma equipe multiprofissional sobre o indivíduo, indicando a possibilidade de se fazer uma abordagem biopsicossocial de forma a obter a integração das várias perspectivas de funcionalidade. A CIF aproxima-se mais a uma síntese que ofereça uma visão coerente das diferentes dimensões de saúde sob uma perspectiva biológica, individual e social.

Lembre-se que o Brasil tem até dois anos, a partir de janeiro 2016, para constituir e implementar um sistema único de avaliação da deficiência com base biopsicossocial, realizada por equipe multidisciplinar e decorrente dos parâmetros da Classificação Internacional de Funcionalidade (itens I a IV do artigo 2º da LBI). Essa é a única via para ter como observada CDPD que edifica um novo paradigma em relação às pessoas com deficiência e tem como objetivo promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

No âmbito da assistência social e da previdência social há instrumentos de avaliação das deficiências, o primeiro para a concessão do benefício da prestação continuada (artigo 20 da Lei nº 8.742/93, LOAS) e o segundo para a concessão da aposentadoria especial (Lei Complementar nº 142/2013 e Decreto nº 8.145/2015).

O Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) e o Ministério da Previdência Social (MPS) instituíram, por meio da Portaria Interministerial nº 001, de 15 de junho de 2005, grupo de trabalho com o objetivo de criar parâmetros, procedimentos e instrumentos de avaliação das pessoas com deficiência para o acesso ao Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social (BPC) que resultou na Avaliação Médico-Pericial e Social da Incapacidade para a Vida Independente e para o Trabalho (AMES/BPC). O BPC ainda reconhece a pessoa com deficiência como sendo aquela cuja deficiência a incapacita para a vida independente e para o trabalho. Não obstante isso, o instrumento de avaliação adotado utiliza-se de algumas das ferramentas da CIF relacionados à função ou estrutura do corpo, a limitação para a execução de atividades e restrições da participação social.

Destaque-se, por fim, a novidade inserida na CDPD e reproduzida na LBI que é a deficiência mental relacionada à saúde (ou falta dela = doença) mental. É uma das naturezas de deficiência, cujo padrão segue a Organização Mundial da Saúde e está ligada às funções mentais do corpo que podem gerar sofrimento psíquico,

transtornos mentais, transtorno mental relacionado ao trabalho e usuários abusivos de álcool e drogas.

No Brasil a saúde mental sempre esteve dissociada da área das deficiências típicas (física, sensorial e intelectual) por imposição do próprio movimento de pessoas com deficiência que a justificava pela prática do conceito médico de deficiência e do qual sempre tentou se afastar.

O reconhecimento da saúde mental como deficiência mental, há muito praticada em outros países, era antiga reivindicação do movimento de saúde mental, conforme se verifica no relatório final da IV Conferência Nacional de Saúde Mental – Intersetorial, realizada em 2010 (item 211)³, especialmente para viabilizar a inclusão de pessoas com sofrimento psíquico no convívio social, mercado de trabalho e educação (item 117) e a desconstrução do preconceito com relação aos transtornos mentais (item 137). Para as áreas do trabalho e do concurso público os encaminhamentos propõem que a lei e as práticas no domínio do trabalho devem criar ambiente propício e aceitar a aptidão para o exercício de cargos e funções (item 191), inclusive garantindo a interlocução da Saúde do Trabalhador e Saúde Mental no atendimento e vigilância dos transtornos mentais relacionados ao trabalho (item 196).

Atualmente, encontra-se em discussão o instrumento de avaliação da deficiência, conforme determinação da LBI, junto ao Comitê do Cadastro Nacional de Inclusão da Pessoa com Deficiência e da Avaliação Unificada da Deficiência, criado em 2016 por meio do Decreto nº 8.954, de 10 de janeiro de 2017.

2. A igualdade real e sua relação com a dignidade da pessoa com deficiência

A República Federativa do Brasil, constituída em estado democrático de direito, fundamenta-se, entre outros, na dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição da República). Originariamente tida como valor moral, a dignidade da pessoa incorporou-se ao comando constitucional como valor jurídico, tendo o Estado a obrigação de preservá-la. A necessária preservação desse fundamento leva muitas vezes o Estado a lançar mão do tratamento diferenciado, decorrente do direito à igualdade (*caput* do artigo 5º da Constituição da República) como forma eficaz de estratificar os objetivos da República, dentre eles, a promoção do direito de todos sem preconceito ou discriminação.

3 Acessível em: <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_final_Ivensmi_cns.pdf>.

É somente com a Constituição de 1988 que a igualdade surge como direito fundamental dentre os direitos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade (*caput*, artigo 5º da Constituição da República). O princípio da isonomia é evidentemente um novo paradigma e muito diverso das previsões constitucionais anteriores que foram marcadas somente pelo genérico princípio formal do ser igual perante a lei.

O tratamento diferenciado, por sua vez, está evidenciado, dentre outros direitos de ordem social, na reserva de cargos e empregos públicos para pessoas com deficiência prevista no artigo 37, inciso VIII, da Constituição da República, com previsão simétrica de reserva de cargos no mundo das relações privadas de trabalho na Lei nº 8.213/1991.

Essa discriminação positiva em favor das pessoas com deficiência está em perfeita consonância com os objetivos fundamentais estabelecidos na Constituição da República que impõe a ação positiva do Estado de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, incisos III e IV), oferecendo meios institucionais diferenciados para o acesso de grupos excluídos do sistema e, portanto, a lhes viabilizar o gozo e o exercício de direitos fundamentais, alcançando assim a igualdade real.

Nesse contexto, portanto, a Constituição da República de 1988 amálgama para as pessoas com deficiência o direito à isonomia, estabelecendo que o acesso aos cargos, empregos e funções públicas da Administração Pública Direta e Indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados e do Distrito Federal e Municípios é de todos os brasileiros e estrangeiros, e sua investidura depende de aprovação prévia em concurso público, delegando à lei a fixação de reserva de cargos e empregos públicos para pessoas com deficiência (artigo 37, inciso VIII, da Constituição da República).

A Constituição da República de 1988, ao romper com antigos modelos, detém-se na previsão de direitos sociais como educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados (artigo 6º), compreendidos como fatores de inclusão social e de pleno exercício da cidadania. No tópico reservado aos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, proíbe qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência (artigo 7º, inciso XXXI). A ordem é não discriminar de forma que a substância material do princípio da igualdade seja preservada.

Além da previsão de reserva de cargos, há o tratamento diferenciado para pessoas com deficiência como elemento indispensável para tornar efetivo o acesso aos direitos previstos constitucionalmente de:

- a. habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência com a necessária promoção de sua integração à vida comunitária e integração ao mercado de trabalho, independentemente de contribuição à seguridade social (artigo 203, inciso IV, da Constituição da República);
- b. salário mínimo de benefício mensal àqueles que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família (artigo 203, V, da Constituição da República);
- c. atendimento educacional especializado às crianças e aos adolescentes, preferencialmente na rede regular de ensino (artigo 208, inciso III, da Constituição da República);
- d. proteção à criança e ao adolescente com deficiência, com a criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas com deficiência física, sensorial intelectual ou mental, bem como de integração social do adolescente com deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos (artigo 227, parágrafo 1º, inciso II, da Constituição da República);
- e. adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo de maneira a garantir o acesso adequado dos adolescentes e pessoas com deficiência (artigos 227, parágrafo 2º, e 244 da Constituição da República).

Na ordem constitucional há uma preocupação para com a pessoa com deficiência no concurso dos poderes, traduzida na competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para legislar sobre os cuidados da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas com deficiência (artigo 23, inciso II, da Constituição da República). E, concorrentemente, a União, os Estados e o Distrito Federal sobre a proteção e integração das pessoas com deficiência (artigo 24, inciso XIV, da Constituição da República), previsão de grande magnitude, pois permite ao legislador estadual, na ausência de normas gerais de competência da União, legislar de forma plena para atender as suas peculiaridades (artigo 24, parágrafos 1º e 3º, da Constituição da República), expedindo inclusive as normas gerais faltantes limitadas ao âmbito de seu

território. Aos Municípios também cabe legislar sobre a integração da pessoa com deficiência, de forma a complementar a legislação federal e estadual (artigo 30, inciso II, da Constituição da República), tendo o cuidado de não ferir os comandos constitucionais já identificados.

Observa-se o claro objetivo da regra constitucional de promover a inclusão da pessoa com deficiência por meio da ação comum de vários entes políticos e, com isso, rapidamente fornecer-lhe os meios que contrabalançam as desvantagens encontradas no ambiente em que vive e que pode ter natureza educacional, de saúde, de trabalho, de acessibilidade urbana, de edifícios e transporte públicos, de lazer, de esporte, de moradia, entre outros de ordem social.

Pois bem, o ainda recente movimento mundial que concebeu a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD) trouxe constatações novas e importantes em relação à pessoa com deficiência, colocando-a no centro da norma, garantindo-lhe capacidade legal para fazer suas próprias escolhas e interagir nos ambientes com autonomia e independência. Introduzida em nosso sistema por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, como norma de natureza constitucional, a CDPD impõe a aderência definitiva dos princípios gerais que a edificam, tais como a igualdade real de oportunidades, sem discriminação, conforme previsto no Artigo 3.

A CDPD reconhece a igualdade perante e na lei, proíbe a discriminação baseada na deficiência, determina a adaptação razoável para cada caso e admite a medida de ação afirmativa, tudo numa única previsão no Artigo 5:

Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2006.

Artigo 5 Igualdade e não discriminação

1. Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei.
2. Os Estados Partes proibirão qualquer discriminação baseada na deficiência e garantirão às pessoas com deficiência igual e efetiva proteção legal contra a discriminação por qualquer motivo.
3. A fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para garantir que a adaptação razoável seja oferecida.
4. Nos termos da presente Convenção, as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência não serão consideradas discriminatórias.

A concepção do Artigo 5 da CDPD produz efeito desejado e imediato daquilo que a doutrina idealizou ao longo de décadas para a edificação do princípio da isonomia. Ao mesmo tempo em que reconhece a igualdade real, com igual proteção e benefício da lei, reproduz a necessidade de ter mecanismos eficazes de proibição da discriminação que tenham como motivação a deficiência, inclusive a recusa de adaptação razoável para a necessidade intrínseca da deficiência de cada pessoa e, também, admite a hipótese da eleição de medidas de ação afirmativa para acelerar e alcançar a igualdade real.

A busca pela igualdade material e real que está inserida na norma internacional propulsionou o legislador ordinário a conceber na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015, artigo 4º, parágrafos 1º e 2º) com base no fundamento do direito de a pessoa com deficiência ser igual em oportunidades às demais pessoas, sem sofrer nenhuma espécie de discriminação e sem se sujeitar, se não for de sua escolha, à imposição da ação afirmativa:

Lei nº 13.146/2015, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência

Art. 4º Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.

§ 1º Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.

§ 2º A pessoa com deficiência não está obrigada à fruição de benefícios decorrentes de ação afirmativa.

A igualdade real delineada na CDPD, e refletida na LBI, para as pessoas com deficiência está estreitamente ligada a outro direito

fundamental⁴ que é a acessibilidade. Lembre-se que o direito à acessibilidade já se encontra no comando da Constituição da República desde 1988, nos artigos 227, parágrafo 2º, e 244, porém agora assume outra dimensão por estar atrelada à própria definição da deficiência e por ser o fator direto de interação (com resultado positivo ou negativo) para a participação da pessoa com deficiência na vida em sociedade.

Portanto, a natureza constitucional da CDPD cunha a acessibilidade no mesmo patamar de direito constitucional. A existência da acessibilidade (ou sua falta) resulta na possibilidade de a pessoa com deficiência participar plena e efetivamente (ou não) na sociedade, viver de forma independente (ou não), autônoma (ou não) e segura (ou não) em todos os aspectos da vida, em especial ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, conforme a descrição do Artigo 9, item 1:

Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2006.

Artigo 9 Acessibilidade

1. A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural. Essas medidas, que incluirão a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade, serão aplicadas, entre outros, a:

- a) Edifícios, rodovias, meios de transporte e outras instalações internas e externas, inclusive escolas, residências, instalações médicas e local de trabalho;
- b) Informações, comunicações e outros serviços, inclusive serviços eletrônicos e serviços de emergência.

4 Outro pilar de natureza constitucional da CDPD que determina extingüível práticas, costumes e leis anteriores relacionadas à capacidade civil da pessoa é o reconhecimento de que a pessoa com deficiência goza de capacidade legal em igualdade de condições com todas as demais pessoas em todos os aspectos da vida. A previsão do Artigo 12 rompe com o antigo modelo de que a pessoa com deficiência é incapaz para os atos da vida civil. É evidente que, quando necessária, deve existir medida de proteção (ou salvaguardas conforme a CDPD) para o exercício da capacidade legal, o que ocorreu com a previsão da LBI (artigo 85) ao restringir a plena capacidade civil da pessoa com deficiência somente em caso excepcional e específico de necessidade de tutela e proteção do patrimônio e negócios da pessoa em situação de curatela: **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2006. Artigo 12 - Reconhecimento igual perante a lei** 1. Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei. 2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida. 3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal. [...]

Assim, com base nesses comandos constitucionais que indicam a acessibilidade e a ação afirmativa com discriminação positiva como meio para alcançar a efetiva igualdade é que se sustenta a proposta de dar efetividade às normas por meio do diálogo social que deságua em negociações coletivas. Essas negociações, que se dirigem ao estabelecimento de convenções e acordos coletivos, podem potencializar o cumprimento mais rápido e eficaz da reserva de cargos e empregos públicos na Administração Pública Direta e Indireta (artigo 37, inciso VIII, da Constituição da República) e nas empresas privadas (artigo 93 da Lei n° 8.213-1991).

3. O diálogo social, os parceiros sociais e a negociação coletiva na implementação da igualdade real da pessoa com deficiência no trabalho⁵

O termo diálogo social, segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT) (2013, p. 5), “descreve a participação dos trabalhadores, dos empregadores e dos governos na tomada de decisões em matéria de emprego. Pode ocorrer entre trabalhadores e empregadores na forma de negociação coletiva ou entre estes e o governo para a discussão e elaboração de políticas públicas”. Pode incluir “todos os tipos de negociação, consulta e troca de informações entre os representantes desses grupos sobre interesses comuns nas políticas econômicas, trabalhistas e sociais” e proporciona a efetiva participação dos interessados. O diálogo social alcança também novos atores e inclui as organizações da sociedade civil organizada e/ou organizações não governamentais, desde que efetivamente representativas.

No cerne do diálogo social está o princípio da informação e consulta que implica a própria eficiência do diálogo. Tal princípio sempre teve notória importância nas normas e recomendações da OIT (n° 94, de 1952, sobre a adoção de medidas necessárias para promover a consulta e cooperação de temas comuns entre trabalhadores e empregadores; n° 129, de 1967, sobre a comunicação entre a direção de empresas, trabalhadores e poder público, com intercâmbio e difusão objetiva e completa de informações; n° 130, de 1967, sobre o exame de reclamações na empresa e as possíveis soluções).

A OIT trata da negociação coletiva em duas convenções, a Convenção n° 98/OIT sobre direito de sindicalização e negociação

5 Resumo de capítulo da tese de obtenção do título de doutora junto à Universidade degli Studi di Roma “Tor Vergata”: Direitos Humanos dos Trabalhadores nas Convenções Internacionais: O direito à igualdade de oportunidades nas negociações coletivas.

coletiva e a Convenção n° 154/OIT concernente ao fomento à negociação coletiva, seguida da Recomendação n° 163/1981 sobre a promoção da negociação coletiva e os métodos para utilizá-la em qualquer região ou setor econômico, sendo conveniente às partes terem à mão todas as informações e dados para serem discutidos e negociados. O fomento à negociação coletiva voluntária tem o objetivo de regulamentar as condições de trabalho por meio de instrumentos coletivos de trabalho. A atribuição para a prática é das organizações de empregadores e trabalhadores.

A Convenção n° 154/OIT, de 1981, por sua vez, trata especificamente das medidas a serem empreendidas para a prática da negociação coletiva que deve, necessariamente, ser colocada à disposição de todas as categorias de trabalhadores e empregadores e progressivamente envolver todas as matérias visando a i) fixar as condições de trabalho e emprego, ii) regular as relações entre empregadores e trabalhadores, iii) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez.

No âmbito específico das relações de trabalho o principal interlocutor para a afirmação dos direitos do trabalhador é o sindicato. Daí porque o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais afirmar na Observação Geral n° 18/2005/CESCR que a negociação coletiva é um instrumento de importância fundamental na formulação das políticas de emprego, sendo que os sindicatos desempenham uma função primordial para garantir o respeito ao direito ao trabalho e colaborar com o Estado-Parte no cumprimento do artigo 6° do Pacto de San José da Costa Rica, cabendo-lhes inclusive contribuir para definir quais são as prioridades, influenciar no planejamento, na aplicação e na avaliação das estratégias.

O instrumento jurídico de negociação coletiva de trabalho exige o cumprimento de pré-requisitos importantes para a concretização do direito fundamental à igualdade. O primeiro em importância é o direito de formação de organizações democráticas e representativas que possam atuar sem impedimentos e participar eficazmente das negociações coletivas.

O segundo pré-requisito é o (re)conhecimento pelos sindicatos e organizações da existência da discriminação e das práticas discriminatórias levadas a efeito no âmbito da sociedade, especificamente pelos empregadores.

As obrigações que resultam da convenção coletiva exercidas pelos sindicatos na negociação coletiva, asseguram a unidade e a força das categorias interessadas. Se orientadas nas normas internacionais

e na lei, permitem obter “as melhores, justas e equilibradas condições de trabalho” (Russomano, 2002, p. 46).

Lembre-se sempre que qualquer acordo ou convenção coletiva de trabalho que exclua direitos fundamentais dos trabalhadores e dos empregadores compromete o estado de direito. Conforme alerta o professor Elias Díaz (2004, p. 34), há valores, bens e direitos que não podem ficar à inteira disposição do mercado.

Alain Supiot, ao tratar das transformações do trabalho na Europa, principalmente frente ao desemprego, ao trabalho autônomo, práticas de subcontratação pelas empresas, expansão de setores de serviços, evolução tecnológica, além do impacto da moeda única, entende ser prioritária a negociação coletiva pois é uma “instituição mais dinâmica e o instrumento apropriado para a assimilação e a adaptação permanente às mutações” (Supiot, 2003, p.148).

Além disso, a negociação coletiva permite a participação efetiva de seus protagonistas para tratar de problemas atuais dos trabalhadores como a formação e qualificação profissional, tempo de trabalho e de repouso e, também, revela-se decisiva para o enfrentamento das contradições sociais. Ela “surge como um precioso instrumento para alcançar a adaptabilidade, para inspirar confiança face a incerteza e para dar aplicação ao princípio da igualdade, integrando a dimensão de gênero” (Supiot, 2003, p. 149), além da origem, raça, cor e deficiência.

A OIT posiciona a negociação coletiva como um dos meios para alcançar a igualdade material com a inclusão de cláusulas antidiscriminatórias ou de igualdade em acordos e convenções coletivas de trabalho. A inserção ou ausência de cláusulas com esse viés é um indicador do compromisso dos parceiros sociais, sendo que a busca pela igualdade material deve estar presente em todo o processo da negociação coletiva. Aponta que as referências às normas internacionais pertinentes e à legislação nacional nas convenções coletivas de trabalho contribuem não só para o cumprimento da lei, mas também para a tutela dos direitos violados.

Acrescente-se que somente a referência às normas internacionais não basta para perpetrar a igualdade efetiva no âmbito das relações de trabalho. São necessários, além de respeito à lei que proíbe a discriminação, edificar os critérios de avaliação e controle, desde as fases de recrutamento e contratação, perpassando por treinamento profissional continuado, até a fase de promoção e ou ascensão profissional em condições seguras e salubres de trabalho.

Essas medidas que alcançam todas as fases de uma relação de trabalho – recrutamento, contratação e admissão, permanência

no emprego, ascensão profissional, capacitação e reabilitação para o trabalho, condições seguras e salubres de trabalho, além da acessibilidade e adaptação razoável – estão bem delineadas no Artigo 27 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e no artigo 34 da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Referidos parâmetros, acrescidos das demais previsões legais, incluído o acompanhamento do cumprimento da reserva, servem de parâmetro para todos os temas de negociação.

**Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência
Artigo 27, item 1, alíneas. Trabalho e emprego**

- a) Proibir a discriminação baseada na deficiência com respeito a todas as questões relacionadas com as formas de emprego, inclusive condições de recrutamento, contratação e admissão, permanência no emprego, ascensão profissional e condições seguras e salubres de trabalho;
- b) Proteger os direitos das pessoas com deficiência, em condições de igualdade com as demais pessoas, às condições justas e favoráveis de trabalho, incluindo iguais oportunidades e igual remuneração por trabalho de igual valor, condições seguras e salubres de trabalho, além de reparação de injustiças e proteção contra o assédio no trabalho;
- c) Assegurar que as pessoas com deficiência possam exercer seus direitos trabalhistas e sindicais, em condições de igualdade com as demais pessoas;
- d) Possibilitar às pessoas com deficiência o acesso efetivo a programas de orientação técnica e profissional e a serviços de colocação no trabalho e de treinamento profissional e continuado;
- e) Promover oportunidades de emprego e ascensão profissional para pessoas com deficiência no mercado de trabalho, bem como assistência na procura, obtenção e manutenção do emprego e no retorno ao emprego;
- f) Promover oportunidades de trabalho autônomo, empreendedorismo, desenvolvimento de cooperativas e estabelecimento de negócio próprio;
- g) Empregar pessoas com deficiência no setor público;
- h) Promover o emprego de pessoas com deficiência no setor privado, mediante políticas e medidas apropriadas, que poderão incluir programas de ação afirmativa, incentivos e outras medidas;
- i) Assegurar que adaptações razoáveis sejam feitas para pessoas com deficiência no local de trabalho;
- j) Promover a aquisição de experiência de trabalho por pessoas com deficiência no mercado aberto de trabalho;
- k) Promover reabilitação profissional, manutenção do emprego e programas de retorno ao trabalho para pessoas com deficiência.

Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência

Art. 34. A pessoa com deficiência tem direito ao trabalho de sua livre escolha e aceitação, em ambiente acessível e inclusivo, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

§ 1º As pessoas jurídicas de direito público, privado ou de qualquer natureza são obrigadas a garantir ambientes de trabalho acessíveis e inclusivos.

§ 2º A pessoa com deficiência tem direito, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, a condições justas e favoráveis de trabalho, incluindo igual remuneração por trabalho de igual valor.

§ 3º É vedada restrição ao trabalho da pessoa com deficiência e qualquer discriminação em razão de sua condição, inclusive nas etapas de recrutamento, seleção, contratação, admissão, exames admissional e periódico, permanência no emprego, ascensão profissional e reabilitação profissional, bem como exigência de aptidão plena.

§ 4º A pessoa com deficiência tem direito à participação e ao acesso a cursos, treinamentos, educação continuada, planos de carreira, promoções, bonificações e incentivos profissionais oferecidos pelo empregador, em igualdade de oportunidades com os demais empregados.

§ 5º É garantida aos trabalhadores com deficiência acessibilidade em cursos de formação e de capacitação.

A ausência de cláusulas de igualdade, ou o caráter limitado delas, refletem a crise que a negociação coletiva está sofrendo ao não conseguir conciliar os objetivos de produção e produtividade com as questões sociais, fixando-se somente em questões salariais: *“Las negociaciones parecen oscilar tan sólo entre las demandas de los trabajadores en relación com la seguridad en el empleo y la defensa de los salários reales, por una parte, y las exigências patronales de mayor flexibilidade por outra”* (OIT, 2003, p.117).

Defende-se há algum tempo (Gugel, 2005, p. 28-44) a promoção e a implementação do artigo 3º da Convenção nº 111/OIT para se obter a colaboração das organizações de empregadores e trabalhadores e de outros organismos apropriados, com o fim de favorecer a aceitação e aplicação da política de ação afirmativa de promoção da igualdade de maneira a resguardar os interesses dos trabalhadores com deficiência quanto ao acesso, permanência, ascensão na carreira, além de salários equânimes.

Significa que sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais, ao negociarem e estipularem condições de trabalho, na forma do artigo 611 da CLT (representação) e do parágrafo 3º do artigo 614 da CLT (eficácia), podem negociar e criar reais condições de discriminação positiva, ao longo do tempo de

eficácia do instrumento coletivo, de forma a estabelecer a condição de igualdade do trabalhador com deficiência.

Ciente de que os direitos negociados que compõem os acordos ou convenções coletivas de trabalho são medidas que também concretizam os direitos humanos fundamentais previstos nas normas e tratados internacionais, e a partir da perspectiva de que a negociação coletiva pode conter novos objetos de negociação, pode-se assimilar não só o conteúdo do princípio fundamental da igualdade de oportunidade como também os mecanismos que potencializam os grupos identificados e escolhidos para a ação da medida. Entre os mecanismos estão a formação e a qualificação profissional dos trabalhadores para mantê-los atualizados diante da evolução tecnológica; a representação dos trabalhadores no âmbito das empresas; o ambiente de trabalho saudável, seguro e acessível; a proteção social e os planos complementares de saúde e previdência.

O campo da negociação coletiva é fértil para as medidas de enfrentamento da discriminação em relação a mulheres trabalhadoras, trabalhadores idosos, trabalhadores negros, trabalhadores com deficiência e outros grupos pois permite a construção de novos modelos de negociação, inclusive e sempre que necessário, que contenham medidas de ação afirmativa visando a não apenas repetir o comando legal da reserva de cargos nas empresas destinados aos referidos grupos, como também criar critérios de avaliação e controle para a sua permanência e ascensão profissional nos respectivos cargos.

A inclusão de cláusulas de igualdade ou antidiscriminatórias nas convenções coletivas, assim como a sua ausência, é um indicador do compromisso dos interlocutores sociais com a eliminação da discriminação nos ambientes de trabalho. As cláusulas de igualdade não podem mais ser um tema à parte da negociação, elas precisam estar presentes em todos os momentos da negociação coletiva. Além de trazerem a indicação de normas internacionais e da legislação vigente de maneira a lembrar seu marco regulatório e de obrigatório cumprimento, podem contribuir para melhorar a proteção jurídica dos direitos fundamentais dos trabalhadores e, ao mesmo tempo, aumentar a capacidade representativa do sindicato perante seus associados pertencentes aos grupos beneficiados.

Do ponto de vista das empresas que se alinham à negociação de cláusulas de igualdade, segundo o estudo da OIT baseado em Rogovsky e Sims (2003, p. 118-119), fundamenta-se na relação entre igualdade e produtividade. Se os benefícios são superiores ou iguais aos custos associados com a introdução de políticas de igualdade de oportunidades, os empregadores ficarão interessados em promover

tais medidas. O argumento das empresas em favor da igualdade é a lógica que sustenta a gestão da diversidade, ou seja, a heterogeneidade crescente da força de trabalho em relação à idade, gênero e origem étnica é um valor e não um fardo. A humanização dos mercados e da produção exige pessoas de diferentes origens para satisfazer à clientela. O empregador é o mais interessado em valorizar sua força de trabalho plural, assim como atrair e manter os trabalhadores mais bem qualificados de todos os segmentos da sociedade. Com esse ponto de vista, a gestão da diversidade no âmbito das empresas se converte em política de gestão de recursos humanos de forma a criar uma cultura de valorização do trabalhador, independentemente de sua condição, idade ou deficiência, e, na qual referido trabalhador pode desenvolver plenamente suas capacidades, contribuindo para o rendimento global da empresa. É uma troca que leva benefício a ambas as partes.

Portanto, a negociação coletiva pode conter novos objetos de negociação, a exemplo da qualificação profissional permanente dos trabalhadores diante das inovações tecnológicas, a redução e reorganização do tempo e local de trabalho (exemplo do banco de horas, teletrabalho, observada a acessibilidade para preservar as condições de saúde física e mental do trabalhador; trabalho a tempo parcial), proteção da saúde no trabalho observadas as regras de acessibilidade (da LBI, das Leis nº 10.048/2000, nº 10.098/2000, do Decreto nº 5.296/2004 e das normas técnicas da ABNT, especialmente a NBR 9050:2015) é que se propõe a construção de uma negociação coletiva voltada para o efetivo combate à discriminação, com cláusulas que contenham medidas de ação afirmativa e igualdade de oportunidades e acessibilidade para as pessoas com deficiência, extensiva a outros grupos reconhecidamente vulneráveis.

Para a efetividade de cláusula com previsão de igualdade real de oportunidades propõem-se previsões de cunho obrigatório e complementar, cujos conteúdos garantam a permanência no tempo e o controle da aplicação da política institucional da igualdade de caracteres geral e específico:

Os conteúdos de caráter geral são:

- Instituir no âmbito das organizações sindicais programas permanentes de educação, de capacitação e de orientação para a diversidade, observados os critérios específicos de cada grupo;
- Reconhecer a existência da discriminação dos grupos e, a partir de dados e estatísticas dos órgãos de recenseamento, estabelecer metas percentuais a serem atingidas sobre o total de empregados da empresa de forma a assegurar a representação

de todos os membros de população (raça/cor, etnia, condição de deficiência, bem como outros grupos discriminados como mulheres, orientação sexual);

- Constituir comissão específica com atribuições de gerenciamento e monitoramento interno da política institucional da igualdade;
- Estabelecer regras e procedimentos claros, objetivos, escritos e devidamente publicados (quadro de aviso, endereço eletrônico, entre outros) para a seleção de candidatos às vagas de trabalho nas empresas;
- Estabelecer de forma clara e objetiva quais são os requisitos e as exigências de avaliação do empregado para a promoção na carreira. Tais requisitos e as qualificações exigidas do empregado candidato à vaga de promoção deverão ser de conhecimento de todos os empregados;
- Eliminar os critérios subjetivos a respeito da condição de deficiência, raça, cor, etnia, gênero, entre outros, principalmente aqueles decorrentes de entrevistas;

Os conteúdos de caráter específico para trabalhadores com deficiência:

- Vedar a restrição ao trabalho e qualquer discriminação em razão de sua condição, inclusive nas etapas de recrutamento, seleção, contratação, admissão, exames admissional e periódico, permanência no emprego, ascensão profissional e reabilitação profissional, bem como exigência de aptidão plena;
- Participar e acessar cursos, treinamentos, educação continuada, planos de carreira, promoções, bonificações e incentivos profissionais oferecidos pelo empregador, em igualdade de oportunidades com os demais empregados;
- Conferir acessibilidade aos cursos de formação e de capacitação e nos ambientes de trabalho;
- Instituir a habilitação profissional e a reabilitação profissional, conveniado ou não com o poder público, diretamente na empresa com acompanhamento de pessoal preparado para tal, incluídas as pessoas com deficiência beneficiárias da assistência social;
- Instituir o emprego apoiado, observadas as diretrizes legais;
- Implementar as vagas de aprendizagem para jovens com deficiência;

- Estipular o cumprimento imediato da reserva de cargos nas empresas públicas e sociedades de economia mista com a previsão de concurso público dirigido especificamente para trabalhadores com deficiência.

4. Conclusões

O Brasil deve constituir e implementar um sistema único de avaliação da deficiência com base biopsicossocial, realizada por equipe multidisciplinar e decorrente dos parâmetros da Classificação Internacional de Funcionalidade (itens I a IV do artigo 2º da LBI). Essa é a única via para ter como observada CDPD que edifica um novo paradigma em relação às pessoas com deficiência e tem como objetivo promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

A inclusão de cláusulas de igualdade ou antidiscriminatórias nas convenções coletivas, assim como a sua ausência, é um indicador do compromisso dos interlocutores sociais com a eliminação da discriminação nos ambientes de trabalho. As cláusulas de igualdade não podem mais ser um tema à parte da negociação, elas precisam estar presentes em todos os momentos da negociação coletiva. Observados os princípios que norteiam a eficácia dos instrumentos coletivos, principalmente o da boa-fé e o da informação e consulta, os sindicatos têm legitimidade para negociar e fixar cláusulas estabelecendo condições de trabalho, forma de remuneração, entre outras, podendo ir além e alcançar resultados positivos indiscutíveis com cláusulas de conteúdo afirmativo e de promoção de igualdade, em atenção aos comandos das normas internacionais e nacionais.

REFERÊNCIAS

GUGEL, Maria Aparecida. Cláusula coletiva de promoção da igualdade no emprego e na ocupação para o trabalhador negro. **Revista do Ministério Público do Trabalho na Paraíba**, nº 1, João Pessoa, 2005, p. 28-44.

_____. **Pessoas com Deficiência e o Direito ao Concurso Público** - Reserva de Cargos e Empregos Públicos – Administração Direita e Indireta, 3ª edição, Goiânia: UCG, 2016. Disponível em: <<http://www.ampid.org.br/v1/wp-content/uploads/2016/06/PESSOAS->

COM-DEFICI%C3%8ANCIA-E-O-DIREITO-AO-CONCURSO-P%C3%9ABLICO-MARIA-APARECIDA-GUGEL-20161.pdf>.

GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoa com Deficiência e o Direito ao Trabalho**: Reserva de Cargos em Empresas, Emprego Apoiado. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

OIT. **La hora de la igualdad en el trabajo**, Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª Reunión 2003, Informe I (B), 1ª ed. 2003. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_publ_9223128714_sp.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2016.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios gerais de direito sindical**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SUPIOT, Alain. **Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa**. Coimbra: Coimbra, 2003.

A PESSOA IDOSA E O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA NA REFORMA PREVIDENCIÁRIA

Yélena de Fátima Monteiro Araújo¹

Sumário: 1. Assistência Social e Cadastro Único. 2. Conceitos de Família sob Ótica do BPC, do SUAS, da Lei Maria da Penha e de Entendimento do TCU. 3. Critérios de Renda *Per Capita* Inferior a ¼ do Salário Mínimo. 4. Decisões Judiciais. 5. A Reforma Previdenciária. 6. Conclusões. Referências.

Resumo: Este trabalho intenciona apresentar algumas reflexões a subsidiar os debates sobre a Proposta de Emenda Constitucional nº 287/16, no que diz respeito ao benefício da prestação continuada para a pessoa idosa. Nesse contexto, traz um panorama do BPC aos moldes vigentes, com levantamento da doutrina em diversas áreas e da jurisprudência acerca da matéria. Somam-se também comentários aos dispositivos da proposta governamental para, ao final, concluir sobre a preponderância do dever estatal de garantir o mínimo necessário à sobrevivência da pessoa idosa em vulnerabilidade social.

Palavras-chave: Benefício de Prestação Continuada. Pessoa Idosa. Reforma da Previdência. Assistência Social. CadÚnico. Pessoa com Deficiência.

1. Assistência Social e Cadastro Único

A Constituição Federal de 1988 rechaçou em definitivo a compreensão da assistência social como objeto de benesses político-partidárias ou destinadas às iniciativas exclusivamente privado-filantrópicas. O Estado passa a ter responsabilidade pela manutenção dos indivíduos em vulnerabilidade social pela pobreza e pelo precário – ou nulo – acesso aos serviços públicos, atuando inclusive na prevenção de situações de risco, por meio do desenvolvimento de potencialidades e de aquisições, bem como pelo fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Neste diapasão, superando o viés assistencialista, foi promulgada a Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS (1993), e posteriormente teve-se a implantação do Sistema Único de Assistência Social – SUAS

¹ Promotora de Justiça e coordenadora da Caravana da Pessoa Idosa do Ministério Público de Pernambuco.

(2005), sendo de abrangência menor que o Sistema Único de Saúde, visto este ser acessível a todos os cidadãos, enquanto aquele acolhe unicamente os que dele necessitam. Todas as ações do sistema estão regulamentadas em dispositivos próprios, a exemplo da Resolução do CNAS 269/06 (Norma Operacional Básica de Recursos Humanos do SUAS – NOB/SUAS/RH) e da Resolução do CNAS 109/09 (Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais), decorrendo também a redução do fenômeno do primeiro damismo (ocupação das secretarias de assistência social pelas primeiras damas).

No cerne de atuação da assistência social básica processa-se a disponibilização do Benefício de Prestação Continuada (BPC), que é um instrumento de superação da pobreza e da desigualdade social assegurado pelo art. 203 da Constituição Cidadã de 1988. Este constitui-se pela transferência de renda no valor de um salário mínimo mensal, sendo direcionado a idosos acima de 65 anos e a pessoas com deficiência que não possuem meios para prover o próprio sustento, nem de tê-lo provido por sua família e cuja renda familiar *per capita* seja inferior a um quarto do salário mínimo. Tem natureza substitutiva, visto que fornece renda a pessoas que não dispõem de condições para obtê-la do mercado de trabalho. Desta sorte, difere de outros programas sociais os quais conferem um suplemento financeiro aos que estão trabalhando ou têm capacidade laborativa, mas cujos rendimentos são insuficientes para garantir o sustento próprio e dos familiares. Esse é o caso do programa Bolsa Família.

Por efeito de sua natureza assistencial, a atividade de coordenar e regular a execução do BPC (art. 2º do Decreto nº 6.214/2007) compete ao ministério responsável pela política de assistência social, qual seja, o Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário, restando ao Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS atuar como operador (art. 3º do Decreto nº 6.214/2007).

É válido recordar que o Benefício de Prestação Continuada (BPC) surgiu com a Lei Maior vigente e veio substituir a Renda Mensal Vitalícia (Lei nº 6.179/1974). Em favor do idoso e também de escopo não contributivo, já existia a aposentadoria rural instituída pela Lei Complementar nº 11/1971.

A regulamentação do BPC, por sua vez, veio com a edição da LOAS (Lei nº 8.742/1993), e nela constava como requisito a idade de setenta anos. Porém, a sua implementação ocorreu com o Decreto nº 1.744/1995 e a partir de janeiro de 1996. Tal normativa se limitava à transferência de renda, sem interface com a prestação de serviços socioassistenciais, nem previa articulação com as demais políticas setoriais em favor dos usuários do BPC. Isso somente veio a acontecer

em 2003, com o advento da Política Nacional de Assistência Social de 2004 (PNAS), em que pese a vigência do decreto perdurar até sua revogação pelo Decreto nº 6.214/2007.

A exigência da idade superior a setenta anos foi reduzida para sessenta e sete pela Lei nº 9.720/1998, que alterou a LOAS, e finalmente foi fixada em sessenta e cinco com Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003). Esta lei recepcionou a definição estabelecida na I Assembleia Mundial sobre Envelhecimento, sucedida na cidade de Viena, em 1982, que declara ser pessoa idosa a partir dos 60 anos para países em desenvolvimento e de 65 anos para países desenvolvidos. Portanto, a idade mínima exigida para o BPC e para o exercício do direito à gratuidade nos transportes coletivos públicos urbanos e semiurbanos aos 65 anos figuram como únicas exceções estipuladas para o gozo de direitos no referido Estatuto.

Sem embargo do foco deste artigo ser a pessoa idosa, o conceito de pessoa com deficiência também sofreu modificações com o passar dos anos. Ao tempo da LOAS, falava-se em *pessoa portadora de deficiência*, assim considerada como *aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho*. Em 13 de dezembro de 2006, durante a 61ª sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, foi pactuada a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o Protocolo Facultativo, sendo disponibilizados para assinatura a partir de 30 de março de 2007 (art. 42). Verificou-se, assim, desde da publicidade da Convenção, mudança no entendimento de incapacidade (art. 4º, III, do Decreto nº 6.214/2007) e do modelo de análise da deficiência com propósito de concessão, deixando esse de ser exclusivamente biomédico para também incorporar o estudo social. Por fim, a Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015) delimitou o conceito de pessoa com deficiência, ora vigente, nos termos seguintes:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Cumprido registrar que em 2016, numa tentativa de aplacar a pressão social acerca do surto de microcefalia, instituiu-se, por meio do art. 18 da Lei nº 13.301/2016, uma aparente submodalidade de BPC para atender às famílias de crianças acometidas. Neste giro, a lei passou a presumir (*iure et de iure*) que o acometimento da microcefalia redundava em deficiência, não se exigindo provar as sequelas da doença. Porém, por força do veto presidencial ao § 1º do referido artigo, negou-se a presunção de miserabilidade para este

segmento. Ademais, fixou-se o benefício no prazo máximo de três anos, o qual, especialmente com o veto do parágrafo aludido, carece motivo de existir, uma vez que, em sendo pessoa com deficiência, o benefício deve perdurar enquanto durarem as circunstâncias previstas no ordenamento do BPC.

Vejamos o texto e o parágrafo vetado:

Art. 18. Fará jus ao benefício de prestação continuada temporário, a que se refere o art. 20 da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, pelo prazo máximo de três anos, na condição de pessoa com deficiência, a criança vítima de microcefalia em decorrência de sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti*.

§ 1º Para efeito da primeira concessão do benefício, presume-se a condição de miserabilidade do grupo familiar. (VETADO)

Noutro espaço, o governo federal instituiu, através do Decreto nº 3.877/2001, o Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico) para identificar as famílias em vulnerabilidade social com a intenção de promover e dar visibilidade à parcela mais pobre e desvalida da população brasileira, trazendo informações sobre suas características socioeconômicas, necessidades e potencialidades, a fim de propiciar a sua inserção e manutenção nos programas sociais. Esse cadastro, com o Decreto nº 6.135/2007, tornou-se regra para todos os programas sociais, com exceção do BPC, sendo assim utilizado pelo: Programa Bolsa Família; Tarifa Social de Energia Elétrica; Brasil Carinhoso; Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (Peti); Carteira do Idoso; Cisternas; ProJovem Adolescente; Minha Casa Minha Vida; Isenção de taxa para concursos públicos; Programa Passe Livre (Ministério dos Transportes); Tarifa Social de Telefone (Acesso Individual Classe Especial – Aice); Aposentadoria para Pessoas de baixa renda; Programa Bolsa Verde; Assistência Técnica e Extensão Rural (Ater); Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (Pronatec) e Carta Social.

O CadÚnico, tão somente, passou a ser exigido para a concessão do BPC com o Decreto nº 8.805/2016, sendo ferramenta que visa a reconhecer as famílias de baixa renda, potenciais beneficiários de programas sociais, mediante a compilação de dados, tais como: rendimento, escolaridade, tipo de moradia, situação do entorno à residência, acesso a serviços públicos (de saúde, de segurança abastecimento de água, saneamento básico, energia elétrica, transporte), documentação civil, qualificação escolar e a situação no mercado de trabalho. Saliente-se que referido cadastro não se limita ao registro de dados apenas da pessoa cadastrada, mas também ao de todas as pessoas que compõem a unidade familiar.

Entretanto, a obrigatoriedade de cadastramento para a concessão do BPC ignora as peculiaridades do público-alvo do programa, o qual em sua maioria apresenta dificuldades de locomoção, quer seja resultante de comorbidades adquiridas durante o processo de envelhecimento, quer seja por limitações acarretadas pela deficiência em interação com o meio ambiente, o que os fazem necessitar do auxílio de outra pessoa que nem sempre pode se ausentar de suas obrigações, como o trabalho, sem comprometê-lo ou sofrer redução de proventos.

Registre-se que somente 36,7% dos beneficiários do BPC estão no CadÚnico, desse modo, deduz-se que a busca ativa, até então promovida, era subdimensionada, apesar da possibilidade de consulta às estimativas do número de famílias pobres em cada município e disponibilizadas no Relatório de Informações Sociais do Cadastro Único e do Programa Bolsa Família. Acrescenta-se a isso o Relatório de Auditoria Operacional – Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social (BPC), do Tribunal de Contas da União – TCU, que consignou uma subcobertura (ausência de prestação de auxílio a indivíduos integrantes do público-alvo) na ordem de 27%.

Diuturnamente, são os Centros de Referência de Assistência Social – CRAS dos municípios que prestam orientações e apoio necessários para admissão no BPC, os quais encaminham os postulantes à agência mais próxima do INSS, conforme orienta a Instrução Operacional Conjunta SENARC/SNAS nº 24/2017. Porém, como ressaltou o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, por meio da Nota Técnica nº 31, falta estrutura em muitos CRAS e *deficit* de pessoal nas equipes para os municípios efetivarem esse cadastramento. No mesmo sentido, a Confederação Nacional de Municípios fez alerta sobre as dificuldades de estender esse atendimento para cumprir o Decreto nº 8.805/2016.

Apesar de o Decreto nº 8.805/2016 ter mantido os requisitos de idade de 65 anos e renda familiar *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, apresentou significativas alterações administrativas no processamento do benefício. Temos, como exemplo, a desvinculação automática do programa por não se ter feito o registro ou atualização no CadÚnico em prazo exíguo, desconsiderando as peculiaridades desse público (arts. 12, § 1º, e 13, § 5º, III). Houve, também, o reforço à observância literal do requisito de renda familiar *per capita* de $\frac{1}{4}$ de salário mínimo para configuração de extrema pobreza, em detrimento do entendimento judicial, mais amplo, já consolidado (arts. 13, § 3º, e 15, § 5º), bem como a imposição de ser contabilizada a renda mais alta encontrada decorrente da confrontação de informações em diferentes bases de dados da administração pública, menosprezando

a contemporaneidade das referências. Tal metodologia pode acarretar no indeferimento de requerentes elegíveis e necessitados, pois um cadastro menos atualizado que o CadÚnico pode indicar um membro da família como empregado quando este não mais o é.

Esta realidade que exclui redundância no aumento da jurisdicionalização do BPC, o que pressupõe a compreensão da possibilidade de utilização desta via, não alcançável por muitos, subordinado à casuística de interpretações pelos juízes. Assinala-se que a concessão por decisão judicial já representava 18,66% do total de BPC concedidos em 2015 (IPEA, 2016).

2. Conceitos de família sob ótica do BPC, do SUAS, da Lei Maria da Penha e de entendimento do TCU

Em que pese ser um benefício assistencial, a norma regulamentadora do BPC continua fazendo uso de um conceito de família condizente com o raciocínio previdenciário, o qual procura identificar os dependentes dos segurados para a hipótese de pensões por falecimento de aposentados.

Lei nº 8.213/1991	Decreto nº 6.214/2007 do BPC
<p>Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:</p> <p>I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)</p> <p>II - os pais;</p> <p>III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)</p> <p>IV - (Revogada pela Lei nº 9.032, de 1995)</p> <p>§ 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.</p> <p>§ 2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)</p> <p>§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.</p> <p>§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.</p>	<p>Art. 4º Para os fins do reconhecimento do direito ao benefício, considera-se:</p> <p>V - família para cálculo da renda per capita: conjunto de pessoas composto pelo requerente, o cônjuge, o companheiro, a companheira, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto; e</p>

Entendimento diverso é o empregado na totalidade do sistema SUAS, compreendendo família como “*unidade nuclear composta por um ou mais indivíduos que contribuam para o rendimento ou tenham suas despesas atendidas por aquela unidade familiar, todos moradores em um mesmo domicílio*”.

Essa conceituação de família da Assistência Social e do CadÚnico guarda singularidade com que diz o art. 5º, II, parágrafo único, da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), onde família é a “*comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; independentemente de orientação sexual*”.

O Tribunal de Contas da União (2009), em auditoria, adotou conceito similar ao do CadÚnico, qual seja, o de Grupo Familiar Doméstico (GFD), no qual

família é o grupo de pessoas vivendo em um domicílio formado por todos os parentes e eventuais não-parentes agregados à família. Entendeu-se que esta noção de família é que a mais se aproxima dos conceitos de unidade de consumo e de núcleo protetivo.

A citada auditoria foi a maior já efetuada sobre o BPC e é mantida atualizada em razão do monitoramento que é realizado pela corte de contas quanto às recomendações por ela deliberadas. Em virtude disso, constatou-se que 80% das famílias beneficiadas se enquadram em ambos conceitos de família (BPC e CadÚnico), e que o conceito do BPC acarreta grande risco de incluir quem não precisa e de excluir quem mais necessita. Afirmou-se, ainda, que a mudança de conceito provocaria baixo impacto orçamentário.

É importante enfatizar que o mencionado documento do TCU nos dá conta de que a prestação do BPC tem mantido o foco no público para o qual foi criado, isto é, a população idosa e pessoas com deficiência mais vulneráveis socioeconomicamente, com prevalência nas regiões Norte e Nordeste. Ademais, registrou que o próprio MDS identificou nos estados da Paraíba e Pernambuco alto grau de exclusão.

O Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário, à época Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome, quando instado a se manifestar quanto ao tema, reconheceu ser aquele conceito o mais adequado para fins de concessão do benefício, aduzindo (TCU, 2009):

195 Entre os benefícios que a mudança do conceito de família causaria, destaca-se a melhoria da distribuição do benefício, isto é, proporcionalmente, pessoas mais pobres

seriam incluídas e mais ricas seriam excluídas. São fortes as evidências de que a mudança de conceito pode gerar ganho redistributivo, reduzindo possíveis erros de alta intensidade, sem causar impactos orçamentários significativos.

196 O MDS afirma que tem estudado um possível redesenho do BPC por meio de processo de discussão com outros atores sociais, que leva em consideração os princípios e diretrizes da LOAS e subsídios de estudos e pesquisas. O Ministério reconhece que o conceito de família BPC precisa ser aperfeiçoado, como comprova sua proposta de alteração do conceito por meio do Projeto de Lei nº 3077/2008² (PL SUAS). Segundo o MDS (Ofício SNAS/MDS nº 834/2008, à fl. 66), a mudança do conceito de família prevista no PL SUAS tem como premissa ampliar o grupo familiar. Para o Ministério, a ampliação do conceito de família implicaria nos seguintes benefícios:

- inclusão dos parentes que habitam no mesmo domicílio e que possuem renda;
- unificação conceitual de família no âmbito da assistência, possibilitando pesquisas em bases comuns como o CadÚnico;
- contribuição para dirimir equívocos provocados pela associação com o conceito de família da previdência social, sobretudo no que diz respeito à relação de dependência entre os membros do grupo familiar, utilizado para fins de acesso aos benefícios previdenciários.

Não obstante essas ponderações e as incontáveis decisões judiciais, o governo federal continua a propagar o acatamento absoluto da noção de família mais obstativo. Nesse intuito, produziu material de capacitação³ e editou o Decreto nº 8.805/2016, seguindo-se de copiosas portarias conjuntas e instruções normativas, levando os profissionais dos CRAS, que atendem primeiramente o público-alvo, a transmitirem orientações que lhes negam o direito.

Essa postura de omitir informações para evitar demandas judiciais é compreensível numa lógica de mercado, mas inconcebível quando se trata de direitos fundamentais, o que afronta o princípio dignidade da pessoa humana, por relegar indivíduos e famílias hipossuficientes à miséria.

Ao avaliarmos os percentuais de idosos que interpelaram judicialmente, apesar do crescimento vertiginoso – representando mais de 14,3% da população em 2015, segundo o IBGE (2010) –, encontramos um decréscimo significativo no número de processos

2 O referido projeto converteu-se na Lei nº 12435/2011, porém a proposta original apresentada pelo governo mantinha o critério de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, mas ao tempo da resposta ao TCU, a emenda de elevar para $\frac{1}{2}$ do Deputado Eduardo Barbosa (PSDB/MG) integrava o substitutivo, sendo retirado pelo relator Deputado João Dado (PDT-SP) na Comissão de Finanças e Tributação.

3 Guia para técnicos e gestores da Assistência Social sobre alterações no Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social. Disponível em: <<http://bit.ly/2trufV7>>.

que demandam a reavaliação da decisão administrativa (BRASIL, MDS, 2016). Isto pode ser um indicador importante de avaliação, sobretudo no que se refere à (re)definição dos fluxos e dos instrumentos de comunicação entre instituições e para os usuários.

Convém, neste ponto, mencionar o estudo produzido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA nos relatando a relevância do BPC na redução das desigualdades e da pobreza.

Justamente por beneficiar idosos e deficientes dos estratos mais pobres da população com um benefício no valor de um salário-mínimo, o BPC tem relevante impacto na redução da pobreza e da desigualdade social no país, como aponta um amplo conjunto de estudos. No que se refere à desigualdade, Soares et al. (2006, p. 38-39) concluem que “todos os programas de transferências são bem focalizados. (...) todos são capazes de aliviar a pobreza, sendo o BPC e a previdência no piso capazes de retirar as famílias da pobreza; e que todos contribuíram de modo relevante para a queda na desigualdade entre 1995 e 2004”. Os autores destacam ainda que “entre os programas, o BPC é mais importante para uma grande parcela de beneficiários que seria indigente sem o programa (...)” (Soares et al., 2006, p. 38). Concentrando-se na análise do comportamento da desigualdade entre 2004 e 2006, Soares, Ribas e Soares (2009) mostram que o BPC contribuiu com quase 14% na queda na desigualdade. Corroborando tal afirmação, estudo do Ipea sobre duas décadas do comportamento da desigualdade no Brasil (1992-2012) também destaca a contribuição do BPC ao lado de outra transferência assistencial, o PBF, na trajetória de queda da desigualdade. Ambas são reconhecidas como transferências progressivas, ou seja, que contribuem para diminuir a desigualdade, o que os autores atribuem à boa focalização dos dois programas.

O governo federal, reconhecendo o mérito e a alta confiabilidade das informações do BPC, instituiu, sem significar complementação de renda, dois programas subsidiários a ele, quais sejam: o BPC na Escola e BPC Trabalho. O primeiro, voltado para beneficiários do BPC de 0 a 18 anos com o fito de acompanhar e monitorar o acesso e a permanência na escola. O segundo, busca atender beneficiários entre 16 e 45 anos que querem trabalhar, mas encontram dificuldades para adquirir formação profissional e qualificação com fins de inserção no mercado de trabalho.

Com efeito, denota-se, em ambos os programas, favorecimento apenas da pessoa com deficiência, desprezando que a ciência repeliu o mito da incapacidade de desenvolvimento intelectual da pessoa idosa e apontou a educação e o trabalho como instrumentos para

promover a compreensão do meio ambiente, de si, de outras pessoas e das relações que firmam com estas.

Essa constatação torna nítido que a pessoa idosa é um público preterido pelo Estado, que se reserva exclusivamente em fornecer uma renda, sem propiciar articulação com as outras políticas setoriais, desrespeitando normas específicas, como é o caso daquelas dispostas nos capítulos V e VI do Estatuto do Idoso, os quais tratam de educação e trabalho.

3. Critérios de renda *Per Capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo

O salário mínimo foi instituído por Getúlio Vargas (Decreto-Lei nº 2.162/1940) como garantia para todo trabalhador perceber um rendimento capaz de prover o sustento seu e de sua família. Oportunamente, a Carta Magna de 1988 relacionou as necessidades básicas que devem ser atendidas pelo salário mínimo, quais sejam: *moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social* (art. 7º, IV, CF).

Ainda que o histórico de reajustes demonstre que o salário mínimo sempre esteve aquém da inflação, ele é utilizado também como parâmetro na definição de extrema pobreza e de pobreza, sendo considerado extremamente pobre os que têm renda *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo e pobre quem afere renda *per capita* de até $\frac{1}{2}$ do salário mínimo. Este último requisito econômico reclamado para inserção nos demais programas sociais, que, por seu turno, procuram atenuar a exclusão que a pobreza acarreta à medida que fornecem uma pequena quantia de caráter complementar ao provento percebido pelo trabalho, proporcionando, também, uma estabilidade frente as incertezas e a falta de oportunidades.

No entanto, para fins de BPC, é exigida uma renda ainda menor, impondo-se uma iniquidade ao idoso e à pessoa com deficiência ao obrigá-lo estar numa situação de miserabilidade para conseguir contar com a assistência do Estado, como se ser pobre não fosse suficiente.

Segundo a Organização Mundial de Saúde, é justamente este público (idoso e pessoa com deficiência) que está mais sujeito a sofrer o que a literatura especializada chama de gasto catastrófico (IPEA, 2016), compreendido como o comprometimento do orçamento familiar com despesas médicas em torno de 40%, ocasionando o agravamento da pobreza e do risco de sofrer violências. Compreendem-se nesta categoria os custos com medicamentos, fraldas geriátricas, alimentação diferenciada e outros insumos. Além disto, muitas vezes

se faz necessário a contratação de um cuidador, mas ante a falta de capacidade de se custear um profissional, termina tal responsabilidade recaindo a um membro da família, sobrecarregando-o ou fazendo com que este deixe de trabalhar ou assuma um trabalho em tempo parcial e precário. Sem considerar, ainda, as diferenças regionais que implicam em maior grau de vulnerabilidade, a exemplo da seca e das enchentes e os impactos por elas gerados na queda da produção e nos indicadores econômicos. Some-se a isso o decréscimo das condições de vida da população, sobretudo a rural, pela escassez de bens elementares como alimentos e água para o consumo, que, face sua essencialidade, acabam sendo adquiridos através de transações comerciais de alto custo para este segmento populacional tão desvalido economicamente.

Outro elemento pertinente é a falta de transporte e de acessibilidade daquela população às áreas urbanas e com maior infraestrutura de saúde; acrescido o alto índice de analfabetismo da população idosa, que possui a maior taxa dentre todas as faixas etárias, a qual, em 2010, era de 32,2% (BRASIL, 2013). A população idosa tem um custo de vida maior do que o resto da população, tanto que foi desenvolvido pelo Instituto Brasileiro de Economia (IBRE) da Fundação Getúlio Vargas (FGV), o Índice de Preços ao Consumidor da Terceira Idade – IPC 3I.

Novamente, referindo-se à auditoria do TCU, temos a análise de falhas no programa do BPC por inclusão de pessoas que não atendem ao critério de renda de $\frac{1}{4}$ salário mínimo, sendo o erro assim escalonado:

- Baixa intensidade, quando na faixa de $\frac{1}{4}$ a $\frac{1}{2}$ salário mínimo, representando uma parcela de 48%;
- Média intensidade, entre $\frac{1}{2}$ a 1 salário mínimo, equivalente a 36%; e
- Alta intensidade, acima de 1 salário mínimo, na proporção de 16% do erro total.

Conclui-se, então, que os erros de baixa e média intensidade são compreensíveis, em virtude da alta volatilidade dessas populações no que diz respeito à faixa econômica, devido a serem mais suscetíveis à sazonalidade de trabalho, incidência de desemprego e agravos de saúde. De todo modo, são consideradas pobres e conseqüentemente vulneráveis, não havendo justificativa para infligir a exigência de renda *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

Essas discrepâncias foram enfrentadas inúmeras vezes nos tribunais, vindo, a partir de 2013, a Suprema Corte, sem se manifestar

sobre nulidade do requisito financeiro, consolidar um novo entendimento, qual seja, a observância do pressuposto econômico não deve ser taxativa, nem excludente, necessitando apreciação global da situação de vida, incluindo o contexto socioeconômico do requerente e de sua família.

4. Decisões Judiciais

No mesmo ano da publicação do Decreto nº 1.744/1995, que implementou o BPC, a Procuradoria-Geral da República interpôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232/95, questionando o critério de renda estabelecido no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, vindo o Supremo Tribunal Federal decidir pela improcedência da ação, sob o argumento de previsão na Constituição Federal de fixação dos critérios de elegibilidade do BPC por norma infraconstitucional.

Porém, a Suprema Corte inaugurou um novo patamar de posicionamento, com repercussão geral, a partir da Reclamação nº 4374/2006 PE e dos Recursos Extraordinários nº 567985/2007 MT e nº 580963/2008 PR, ao decidir que aferição da miserabilidade não pode ser adstrita ao requisito de renda inferior a ¼ do salário mínimo, bem como quando ampliou a interpretação do art. 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso.

Pautando essas questões, temos múltiplas ações civis públicas, porém de alcance localizado, entre elas, as de número: 2001.72.01.000728-2, Joinville/SC; 2002.71.04.000395-5, Passo Fundo/RS; 3) 2002.70.09.002122-7, limitada a Ponta Grossa/PR; 2002.72.09.002356-3, Jaraguá do Sul/SC; 2002.72.06.002759-1, Lages/SC; 2003.72.00.001108-0, Florianópolis/SC e; 2006.71.17.000984-7, Erechim/RS. É de realçar também a Ação Civil Pública 2007.72.15.000170-9 de Brusque/SC, aplicável apenas ao município de Nova Trento/SC, que *“determinou ao INSS deixar de aplicar o critério objetivo de avaliação da renda per capita do grupo familiar para a concessão dos BPC à pessoa com deficiência e à pessoa idosa sem antes proceder, em cada caso, à realização de Parecer Social”*, exigindo atenção ao art. 7º, IV, da Constituição Federal.

Com abrangência nacional temos a ACP 5044874-22.2013.404.7100/RS que, na mesma esteira, determinou que os gastos com medicamentos, alimentação especial, fraldas descartáveis e consultas na área de saúde, requeridas e negados pelo Estado, devem ser deduzidos do cômputo da renda *per capita*.

Infelizmente, a operacionalização dessa decisão tem gerado muito alvoroço, haja vista a necessidade de se apresentar um atestado

até então inexistente, a “denegatória de saúde”, que é a declaração da rede de saúde pública reconhecendo a impossibilidade de oferecer o atendimento ou o remédio prescrito. Exigência essa praticamente intransponível aos requerentes, normalmente de baixa escolaridade, os quais não sabem o que pedir, como fazer e a quem solicitar. De igual maneira, os serviços de saúde desconhecem tal documento e, quando instados, informam não ter ou que tão somente um superior hierárquico pode fornecer, sendo que esse, ainda, não se encontra lá ou trabalha em outro lugar.

Diante dessa realidade e reconhecida a vulnerabilidade e hipossuficiência do público-alvo do BPC, entendemos que estes não têm como arcar com o ônus de providenciar a evidência da ineficiência do Estado, podendo a responsabilidade, diante da capacidade técnica e econômica, recair ao próprio INSS ou mediante iniciativa compartilhada, como prevê o Decreto nº 8.805/2016, *in verbis*:

Art. 2º Compete atualmente ao Ministério do Desenvolvimento social e Agrário a implementação, a coordenação-geral, a regulação, o financiamento, o monitoramento e a avaliação da prestação do benefício, sem prejuízo das iniciativas compartilhadas com Estados, Distrito Federal e Municípios, em consonância com as diretrizes do SUAS e da descentralização político-administrativa, prevista no inciso I do caput do artigo 204 da Constituição Federal e no inciso I do caput do art. 5º da Lei 8.742/93.

A Justiça, ao abordar a inaplicabilidade do art. 34, parágrafo único, da Lei nº 10.741 de 2003 – Estatuto do Idoso para pessoa com deficiência, ampliou a interpretação desse preceito para admitir que rendimentos assistenciais e previdenciários limitados ao valor de um salário mínimo, tanto para os idosos como para as pessoas com deficiência, não entrem no cálculo da renda familiar *per capita* no requerimento de outrem da mesma família, sob o argumento de que estabelece situação de incoerência e incongruência, na medida em que promove a desigualdade de tratamento para situações similares (STF, Recurso Extraordinário nº 580.963/2008 PR).

Dessa maneira, dispensa um tratamento mais equânime ao público-alvo do benefício, idosos e pessoas com deficiência.

5. A Reforma Previdenciária

Sob uma forte crise econômica e política, inclusive resultando no *impeachment* da Presidenta da República, o governo que a sucedeu, a pretexto de promover a retomada do crescimento econômico, tornar

o país mais competitivo e de atualizar legislação à contemporaneidade das relações humanas e tecnológicas, bem como de tornar o sistema da seguridade social sustentável, impulsionou, entre outras:

- a tramitação da lei que trata da terceirização do trabalho (Lei nº 13.429/2017);
- a Emenda Constitucional nº 95/2016, referente aos gastos públicos;
- a Emenda Constitucional nº 93/2016 sobre a Desvinculação de Receitas da União – DRU.

Além disso, o recente governo encaminhou diversas propostas legislativas, como as das reformas trabalhista e política, tanto quanto a proposta de emenda à constituição sobre a previdência social, que logo comentaremos exclusivamente no tocante à repercussão sob Benefício da Prestação Continuada.

Embora o BPC seja de cunho assistencial, o governo justificou sua inserção na Proposta de Emenda à Constituição nº 287/2016 sob o fundamento de fazer adequação com o aumento da expectativa de vida do brasileiro; findar com aduzida paridade entre a idade mínima para aposentadoria por idade para homens e a idade de concessão de BPC, isto é, 65 anos; além de pretender corrigir supostas distorções que encorajavam a migração do sistema previdenciário, contributivo, para o assistencial, não contributivo.

À vista disso, propôs: a) aumentar a idade para pleitear o benefício de 65 para 70 anos; b) implantar a progressividade desse requisito de acordo com a expectativa de vida da população; c) a desvinculação do valor conferido ao salário mínimo; d) comprovação de que em instante anterior o requerente exigiu alimentos de um familiar; e) converter em matéria de lei ordinária as hipóteses de competência delegada à Justiça Estadual, quando o município não for sede de Vara Federal.

É imperioso contemplar o texto vigente da Constituição com intuito de tracejar uma comparação com a PEC nº 287/2016 no formato exibido no substitutivo pelo deputado Arthur Oliveira Maia (PPS/BA).

Texto atual:

Art. 203 A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios

de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

E o substituto da PEC nº 287/16:

Art. 203.....

V - a transferência de renda mensal, no valor de um **salário mínimo**, à pessoa com deficiência, quando a renda mensal familiar **integral** per capita for inferior ao **limite estabelecido em lei**;

VI - a transferência de renda mensal, no valor de um **salário mínimo**, ao idoso com idade igual ou superior a **sessenta e oito anos**, quando a renda mensal familiar **integral** per capita for inferior ao **limite estabelecido em lei**;

§ 1º Em relação às transferências de renda de que tratam os incisos V e VI do caput, **a lei também disporá** sobre os requisitos de concessão e de manutenção e sobre a definição do grupo familiar.

§ 2º Para efeito da concessão da transferência de renda prevista no inciso V do caput, **a deficiência** será objeto de avaliação biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar.

§ 3º Na definição do limite de renda mensal familiar integral per capita de que tratam os incisos V e VI do caput deverão ser considerados os rendimentos **brutos** auferidos por todos os membros da família.

§ 4º Em qualquer hipótese, a efetivação das transferências de renda de que tratam os incisos V e VI do caput considerará **a impossibilidade de aplicação do disposto no art. 229**.

§ 5º Serão de acesso público os dados relacionados às transferências de renda de que tratam os incisos V e VI do caput.

§ 6º Aplica-se à transferência de renda prevista no inciso VI do caput a lei de que trata o **§ 15 do art. 201**. (NR).

É bem verdade que o Brasil vivencia um incremento na esperança de vida, proporcionado pela redução da taxa de mortalidade infantil e melhoria das condições sanitárias e de assistência à saúde. No texto original, a própria exposição de motivos da PEC nº 287/2016 esclarece que *“a expectativa de sobrevida da população com 65 anos, que era de 12 anos em 1980, aumentou para 18,4 anos em 2015”*. Nada obstante, ignora que o processo de envelhecimento difere de indivíduo para indivíduo, advindo da própria percepção de vida e das circunstâncias sociais e ambientais as quais foram expostos, como explica Minayo (BRASIL, SDH, 2013:17)

A população idosa constitui um grupo enorme e heterogêneo de brasileiros/as que primeiro se distingue do ponto de vista subjetivo: cada um envelhece a seu modo. Mas, socialmente a diversidade também é muito grande: viver nas cidades ou

nas regiões rurais, pertencer à determinada classe social, ser do gênero feminino ou masculino, possuir ou não um bom nível educacional, ser autônomo ou depender de outras pessoas financeiramente, por problemas de saúde ou por outras deficiências são algumas das mais importantes diferenças.

É exatamente o impacto dessas condicionantes que torna as pessoas sujeitas ao amparo pelo BPC terem uma expectativa de vida distinta da população em geral, conforme constatou o IPEA (2016), mediante análise dos dados compilados do Anuário Estatístico de Previdência Social:

Segundo dados do Anuário Estatístico de Previdência Social, a idade média de concessão desse benefício em 2014 foi de 66,5 anos e cerca de 80% das cessações do BPC Idoso foram causadas por morte, indicando que a duração média deste benefício foi de 7,9 anos. Desta forma, os dados sugerem uma expectativa de sobrevida bem inferior (7,9 anos) desses idosos mais pobres comparada àquela expectativa de sobrevida das pessoas com 66 anos estimada pelo IBGE: 17,6 anos em 2014.

Por conseguinte, não se sustenta elevação da idade para concessão do BPC com fulcro nesse indicador, porquanto seria uma violência empregar a mesma parcimônia para segmentos tão desiguais. De igual maneira, seria vincular um reajuste automático e progressivo do requisito cronológico a curva de crescimento da expectativa de vida generalizada, como dito, no artigo proposto,

majoradas em um ano quando houver aumento em número inteiro na expectativa de sobrevida da população brasileira aos sessenta e cinco anos, para ambos os sexos, em comparação com a média apurada no ano de publicação desta Emenda.

Como antes comentado, o BPC tem o intuito de assegurar cidadania às pessoas que não desfrutam de condições mínimas de subsistência, quer pela idade avançada ou por ser portadora de alguma deficiência. Logo, o valor a ser concedido deve ser suficiente para acudir essas necessidades elementares. Para tanto deve-se socorrer do referencial idealizado para tal fim e que se encontra detalhado na constituição federal, o salário mínimo. Destarte, qualquer valor inferior é uma afronta a dignidade humana.

Por outro lado, o argumento de que a coincidência na idade mínima para requerer o BPC e para a atual aposentadoria por idade para homens incentivaria as pessoas a abandonarem o sistema previdenciário, sujeito a contribuição para usufruí-lo, a propósito de se vincularem ao sistema assistencial, que não impõe contrapartida, se afigura um desatino.

Primeiramente, a adesão à previdência social é imediata para todo trabalhador formal, configurando uma ilegalidade o não recolhimento pelo empregador. Também é racionalmente inimaginável que um trabalhador autônomo opte por não se filiar à previdência quando esta oferece, contemporaneamente à época de contribuição, uma série de direitos como auxílio-doença, salário desemprego e auxílio-maternidade, além da aposentadoria e pensão para os seus no futuro, simplesmente diante de um horizonte incerto de acesso ao BPC, que ainda lhe vai exigir achar-se abaixo da linha de extrema pobreza.

O aumento do volume de contribuintes está atrelado ao crescimento da economia, o que faz aumentar o quantitativo de empregos, não havendo paralelo com o número de requerentes do BPC, haja vista que estes estão fora do mercado de trabalho por força de suas próprias especificidades, subsistindo uma restrita convergência da possibilidade de contribuição previdenciária no que tange aos demais membros da família, quando constata-se uma melhoria de rendimentos de um outro integrante que o faz sair da condição de pobreza, requisito basilar para o BPC.

É a recessão econômica que tem realmente o condão de impelir os trabalhadores a deixarem de colaborar com a previdência, face obrigá-los focalizar esforços na sobrevivência com a aquisição de alimentos, pagamento de aluguel, transporte, luz, água, gás e despesas com saúde, retornando a cogitar aporte previdenciário na eventualidade de haver superavit no orçamento familiar. Nesta perspectiva, estudo realizado pelo antigo Ministério da Previdência Social, fundado em dados do Censo de 2010, nos dá conta de que, entre os trabalhadores desassistidos pela previdência, 42,9% não contribuíam porque recebiam menos de um salário mínimo. A percentagem seria superior acaso apurassem o grau de comprometimento da renda familiar com as despesas primárias. Outra pesquisa relata que entre os trabalhadores desamparados com capacidade para contribuir por ganharem mais de um salário, apenas 1,3% de suas famílias poderiam se habilitar ao BPC por ostentar renda familiar *per capita* hábil (IPEA, 2016). Logo, é inconsistente o discurso de que o benefício nos parâmetros vigentes provoca a migração dos contribuintes para o sistema assistencial.

De outra banda, interpretamos que a revogação do art. 34 do Estatuto do Idoso limita-se ao requisito etário constante no *caput*, permanecendo vigente o seu parágrafo único, inclusive por força do princípio da especialização da norma. Aliás, a própria PEC prevê que a lei, em relação ao benefício assistencial, disporá sobre o *valor e os requisitos de concessão e manutenção* (§ 1º do art. 203, V, da PEC),

e a única lei que trata da matéria em relação aos idosos é a Lei nº 10.741/03, estando ali regulado que o benefício já concedido a outro membro da família não entra no cálculo da renda familiar *per capita*. Lamentavelmente, poderão surgir entendimentos opostos, alegando que o § 2º do art. 203 da PEC teria revogado toda a prescrição do Estatuto do Idoso, uma vez que fala em *renda integral de cada membro do grupo familiar*.

Outra novidade revela-se no § 4º do proposto artigo 203. Como o próprio relator Arthur Moreira expressou, em sua exposição de motivos, introduz uma nova exigência, qual seja, a de se apurar a possibilidade de algum parente arcar com o pagamento de pensão alimentícia (art. 229, da CF).

Tal requisito nos parece desnecessário, visto que ao tempo do cadastramento no CadÚnico já verificou-se que a família BPC do inscrito é de baixa renda, conseqüentemente, impossibilitada de fornecer amparo. Ademais, proporcionaria um grande ônus para os requerentes do BPC, que por definição são hipossuficientes, impõem a apresentação de comprovante de inexistência de familiar em condições de fornecer alimentos, cuja formalização poderá ser mais do que uma simples declaração.

Por outro lado, a depender de regulamentação do parágrafo retromencionado, haveria a vigência de dois conceitos de família, um restrito ao cômputo da renda domiciliar (art. 4º, V, do Decreto nº 6.214/2007) e esse novo de cunho impeditivo de concessão, muito mais vasto, haja vista o artigo constitucional em tela, bem como a lei civil⁴, que atrai a responsabilidade de pessoas que vão além dos integrantes da família BPC e SUAS, alcançando parentes de até terceiro grau.

Além disso, por ocasião de cruzamento de informações de diversos bancos de dados estatais, pode ocorrer a identificação de outro parente do requerente, como o qual não mantém qualquer vínculo, ora por ignorar a existência daquele, ora por não ter conhecimento que aquele encontrava-se vivo, ou mesmo por ter sido fruto de um relacionamento extraconjugal e que nunca teve aproximação, nem pagou pensão, quando filho era menor. Situações que não encontram esteio no valor subjacente da norma constitucional em apreço que reside na solidariedade familiar. Certamente, veríamos o chamamento do filho para assumir responsabilidade alimentar com o pai, quando aquele apenas recebeu o nome do progenitor, tendo sido vítima de abandono desde da infância junto com sua mãe e irmãos.

⁴ Arts. 1.694, 1.698 e 1.699 do Código Civil

Surpresa também foi a redação original da PEC ventilada para o art. 109 da CF, de maneira a relegar a categoria de lei ordinária, a definição das hipóteses de competência delegada da Justiça Federal para a Estadual, que hodiernamente somente cabível para *as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado*.

No atual cenário, o governo visando a angariar apoio político para a aprovação da PEC nº 287/2016, remodelou a proposta inicial para constar a idade no patamar de 68 anos, a indexação do valor do benefício ao salário mínimo e ampliação das hipóteses de competência delegada, vindo este ponto ficar com a seguinte redação:

Art. 109

§ 3º **As causas de competência da justiça federal** poderão ser processadas e julgadas na justiça estadual, quando a comarca não for sede de vara do juízo federal, nos termos da lei. ... (NR)

6. Conclusões

O Benefício da Prestação Continuada é um programa assistencial, por conseguinte, independe de contribuição, concedendo o valor de um salário mínimo mensal ao idoso maior de 65 anos e à pessoa com deficiência que não dispõem de meios para garantir sua subsistência nem de tê-la provida por sua família e que possui renda familiar *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo. A Constituição Federal o instituiu, atendendo aos Fundamentos da República expressos no art. 1º, quais sejam: a cidadania e de valorização da dignidade da pessoa humana. Buscou o constituinte, também, contemplar os seus objetivos republicanos: de construir uma sociedade justa, livre e solidaria; de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e de promover o bem de todos, sem preconceito algum.

Apesar da relevância do programa em combater a pobreza e reduzir as diferenças sociais, ele tem recebido críticas, principalmente por não estar em consonância com os parâmetros de concessão dos demais programas sociais e por não atualizar esses estreitos requisitos frente ao que tem decidido os tribunais.

Um dos pontos questionados é o critério de renda familiar *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, estipulada à condição de extrema pobreza, ao passo que a previsão reconhecida nos demais programas sociais e nos objetivos delineados na Carta Magna é o de pobreza e sua erradicação. A observância literal do critério $\frac{1}{4}$ de salário mínimo não permite admitir a dedução de gastos essenciais

do cálculo da renda familiar *per capita*, à exceção, em alguns casos decididos judicialmente, daquelas despesas com saúde efetuadas quando indisponíveis na rede pública.

Outro aspecto que chama atenção é o fato de o conceito de família adotado aferição do cálculo ser de origem previdenciária a despeito daquele empregado pelo Sistema Único de Assistência Social (SUAS). Por sua ordem, trabalhos científicos e acórdãos do Tribunal de Contas da União também discordam daquela noção de família para efeito de justiça do cálculo, inclusive recomendando a sua substituição. O referido TCU vai mais adiante ao entender que a modificação não acarretará maiores impactos no orçamento, além de assumir a concepção de família similar à do SUAS, qual seja, a de Grupo Familiar Doméstico – GDF, compreendendo família como núcleo de proteção e de consumo, composto por indivíduos residentes no mesmo domicílio.

A adoção da exigência do registro no CadÚnico para a concessão do BPC é encarada de forma positiva, sendo ele uma ferramenta basilar da prestação de serviços socioassistenciais. Porém, percebe-se que num primeiro momento o cadastramento acarretará maior morosidade na prestação do atendimento pelos Centro de Referência em Assistência Social – CRAS. Sob outro aspecto, deve-se ter em conta o aperfeiçoamento do procedimento de consolidação de dados para aferição de elementos para concessão, não se impondo um ônus probatório excessivo aos requerentes, a exemplo da prova de falha no fornecimento atendimento médico pelo SUS haja vista esse ser responsabilidade do Estado.

Por fim, tais incongruências foram enfrentadas pela Justiça que consolidou um posicionamento em defesa da dignidade humana e de maneira a adotar interpretações mais inclusivas e alinhadas com o espírito constitucional.

Por tudo isso, podemos considerar que a flexibilização do critério de renda, a observar outros condicionantes empíricos, bem como a adoção do conceito de família do SUAS, através do CadÚnico, que proporciona maior dinamicidade à avaliação dos requerentes, aproximando os critérios de concessão do BPC aos princípios de justiça social e equidade econômica.

Na contramão da persecução dos objetivos e fundamentos da República e escamoteando os direitos sociais, emerge a PEC nº 287/2016 propondo modificação no sistema previdenciário e no BPC. Justificou-se a inserção deste benefício social na proposta com o pretexto de se evitar a equalização das idades para aposentadoria e

para concessão do BPC, pretendendo evitar, assim, o movimento de migração do sistema previdenciário para o assistencial.

Da análise mais apurada dessas premissas, constatou-se sua improcedência: tanto pela ilógica opção de uma promessa incerta de direito, o BPC, ao invés da certeza do usufruto dos direitos previdenciários; quanto pela realidade relacionada à expectativa de vida dos beneficiários do BPC. Este último tópico demonstra também as iniquidades do aumento da idade para a concessão, assim como do reajuste automático deste requisito atrelado à taxa de expectativa da população em geral.

Não se olvidou quanto à PEC, na matéria pertinente ao BCP, os efeitos de seu alcance à legislação vigente, bem como as dificuldades relacionadas ao incremento das exigências relacionadas à responsabilidade alimentar dos parentes capazes de prover alimentos, em contraponto com a realidade brasileira e o conceito de família para tais fins.

Enfim, o Brasil está vivendo um intenso momento político, no qual busca-se desfigurar as conquistas de direitos sociais e individuais indisponíveis galgadas na Assembleia Constituinte, ao mesmo tempo que assistimos o desnudar da ética e da moral dos representantes do povo na Presidência da República e no Congresso Nacional.

É premente a participação popular, manifestando sobre as propostas de alterações legislativas e sobre os fatos, envolvendo os nossos políticos, sob pena de tornamos o analfabeto político tracejado por Bertolt Brecht.

O momento também é decisivo para o Ministério Público brasileiro exercer o seu papel na defesa da ordem jurídica, do regime democrático de direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Particularmente, no que se cinge ao Benefício da Prestação Continuada, os integrantes do Ministério Público Federal e os Promotores de Justiça, que atuam em comarcas sem sede de juízo federal, devem procurar assegurar a cidadania da pessoa idosa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei Nº 6.179, de 11 de dezembro de 1974. **Instituiu amparo previdenciário para maiores de setenta anos de idade e para inválidos**. Disponível em: <<http://bit.ly/2srjRer>>. Acesso em: 3 jun. 2017.

BRASIL. Lei Nº 10.741, de 1 de outubro de 2003. **Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.** Disponível em: <<http://bit.ly/1HAI0zB>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

_____. Lei Nº 12.435, de 6 de julho de 2011. **Altera a Lei nº 8.742 de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social.** Disponível em: <<http://bit.ly/2tSLiCo>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

_____. Lei Nº 13.146, de 6 de julho de 2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.** Disponível em: <<http://bit.ly/2cRe24k>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

_____. Lei Nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.** Disponível em: <<http://bit.ly/11yrVDL>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

_____. SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. **Manual de enfrentamento à violência contra a pessoa idosa. É possível prevenir. É necessário superar.** Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República; Texto de Maria Cecília de Souza Minayo. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://bit.ly/1MWec48>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

_____. _____. **Manual de Enfrentamento à Violência contra a Pessoa Idosa,** 2014. Disponível em: <<http://bit.ly/1MWec48>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

_____. DECRETO Nº 6.135, de 26 de julho de 2007. **Dispõe sobre o Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal e dá outras providências.** Disponível em: <<http://bit.ly/2tSZ7Rb>>. Acesso em: 3 jul. 2017.

_____. DECRETO Nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. **Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo.** Disponível em: <<http://bit.ly/V6DKG3>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

BRASIL. DECRETO Nº 7.617, de 17 de novembro de 2011. **Altera o Regulamento do Benefício de Prestação Continuada**. Disponível em: <<http://bit.ly/2tNTHGc>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

_____. MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E AGRÁRIO. **Relatórios de Informações Sociais**. Disponível em: <<http://bit.ly/2sOarsT>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

_____. _____. **Guia para técnicos e gestores da assistência social sobre alterações no benefício de prestação continuada**. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://bit.ly/2trufV7>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE A FOME. **Guia para técnicos e gestores da Assistência Social sobre alterações no Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social**. Disponível em: <<http://bit.ly/2trufV7>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

_____. _____. NOTA TÉCNICA Nº 03/2016/DBA/SNAS/MDS **Sobre as Concessões Judiciais do BPC e sobre o Processo de Judicialização do Benefício**. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://bit.ly/2srItUo>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

_____. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Relatório Mundial da Saúde: o financiamento da cobertura Universal**. Genebra; 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/2sWLGQk>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS. **Notícias: CNM alerta gestores sobre alterações no Benefício de Prestação Continuada**. Disponível em: <<http://bit.ly/2urKelM>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – INSTITUTO BRASILEIRO DE ECONOMIA – IPC-3i – **Evolução do custo de vida para indivíduos com mais de 60 anos de idade**. Disponível em: <<http://bit.ly/2sOoXRg>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

GIACOMO. M. A. di. **A PEC 287/16 e a Lesão a Direitos Fundamentais da Pessoa com Deficiência e ao Idoso**. Disponível em: <<http://bit.ly/2sNQZfZ>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICAS APLICADAS – IPEA. **Nota Técnica nº31 Deficiência e Dependência no Debate sobre**

a elegibilidade ao BPC. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://bit.ly/2uM3SIG>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICAS APLICADAS – IPEA. **O Benefício de Prestação Continuada na reforma da previdência: contribuições para o debate.** Texto para Discussão 2301. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://bit.ly/2srlSYe>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDADE SOCIAL. **Memorando Circular Conjunto nº 21 DIRBEN/PFE/INSS.** Abril de 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/2u4O0nI>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

_____. **Instrução Operacional Conjunta SENARC/SNAS nº 24.** Brasília, 2017. Disponível em: <<http://bit.ly/2sHVJbA>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 287/2016. **Altera os arts. 37, 40, 109, 149, 167, 195, 201 e 203 da Constituição para dispor sobre a seguridade social, estabelece regras de transição.** Brasília, 2016. Texto original da PEC 287/2016. Disponível em: <<http://bit.ly/2tzdXuK>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Acórdão do Recurso Extraordinário 580.963/2008 PR.** Disponível em: <<http://bit.ly/2sO5wIE>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, **Relatório de Auditoria Operacional do Benefício de Prestação Continuada (BPC).** Itens 34, 35 pág. 22 e item 172, p. 52. 2009. Disponível em: <<http://bit.ly/2urL0zc>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

_____. **Licitações e Contratos: Orientações e Jusrisprudência do TCU.** Brasília, 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/2sHGEMQ>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

VENTURINI, A. M. A. **Remodelação da Política Social do Benefício de Prestação Continuada pelo judiciário.** Dissertação de mestrado. Ipea, Brasília, 2016. Disponível em: <<http://bit.ly/2srMmZD>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

EXCLUSÃO SOCIAL, DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E EDUCAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DA CIDADANIA

Eduardo Cambi¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Desigualdades sociais, invisibilidade e Estado Democrático de Direito. 3. Concretização dos direitos fundamentais sociais e a formação da opinião pública. 4. Participação popular e direito fundamental à educação para o exercício da cidadania. 5. Boas práticas na promoção do direito fundamental à educação para o exercício da cidadania e o Programa Escola Sem Partido. 6. Conclusão. Referências.

Resumo: Educar para o exercício da cidadania é uma forma de efetivação democrática, redução das desigualdades sociais e promoção da dignidade da pessoa humana. Um dos grandes desafios brasileiros da atualidade é aperfeiçoar a qualidade da educação para o desenvolvimento pleno da personalidade humana, a qualificação para o trabalho e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Palavras-chave: Educação. Cidadania. Direitos Humanos Fundamentais. Exclusão social.

1. Introdução

Em dezembro de 2016, foram divulgados os resultados do Brasil no Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (Pisa, na sigla em inglês). A prova é coordenada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e foi aplicada, em 2015, em 70 (setenta) países, em três áreas: ciências, leitura e matemática. O Brasil apresentou uma queda de pontuação em todas as provas avaliadas, ficando na 63ª posição em ciências, 59ª em leitura e na 66ª em matemática².

A prova foi aplicada, no Brasil, pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep) e contou

1 Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça do Paraná. Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF) do Ministério Público do Paraná. Membro colaborador da Comissão de Direitos Fundamentais do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Pós-doutor em direito pela Università degli Studi di Pavia. Doutor e mestre em Direito pela UFPR. Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (UNIPAR).

2 Disponível em: <<http://g1.globo.com/educacao/noticia/brasil-cai-em-ranking-mundial-de-educacao-em-ciencias-leitura-e-matematica.ghtml>>. Acesso em: 15 de março de 2017.

com 23.141 (vinte e três mil, cento e quarenta e um) estudantes de 15 (quinze) anos, de 841 (oitocentas e quarenta e uma) escolas.

Esses números revelam que os jovens brasileiros, comparados com os de outros 69 (sessenta e nove) países, não estão aprendendo conhecimentos fundamentais para o pleno desenvolvimento da personalidade humana, o que também frustra a possibilidade de serem qualificados para o trabalho e para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A ausência de uma educação de qualidade acentua as desigualdades e exclusões sociais, impede o desenvolvimento econômico, torna precária a democracia, causa a negação de outros direitos fundamentais e retira a dignidade de milhões de jovens brasileiros.

Esse cenário reflete também no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) de 2016, usado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), publicizado em 21 de março de 2017, que manteve o Brasil na 79ª posição em um *ranking* de 188 (cento e oitenta e oito) países, ficando atrás de outras nações economicamente menos expressivas como Uruguai (54ª), Bahamas (58ª), Panamá (60ª), Antígua e Barbuda (62ª), Trinidad e Tobago (65ª), Costa Rica (66ª), Cuba (68ª) e Venezuela (71ª)³. O IDH é resultante da composição dos dados da expectativa de vida ao nascer, da educação e do Produto Interno Bruto (PIB) *per capita* (como indicador do padrão de vida), recolhidos entre os países-membros da Organização das Nações Unidas (ONU) pesquisados.

2. Desigualdades sociais, invisibilidade e Estado Democrático de Direito

Quanto maiores são as desigualdades sociais, menor é a consciência do exercício da cidadania e mais acentuadas são as violações aos direitos fundamentais⁴.

Uma gestão eficiente e adequada do dinheiro público deve priorizar a superação das desigualdades econômicas e sociais, pois deve incluir parâmetros necessários para melhorar a vida e o poder aquisitivo das pessoas de baixa renda, em especial aquelas abaixo da linha da pobreza⁵.

3 Disponível em: <<http://www.jornalmetas.com.br/geral/geral-pais-estado/idh-do-brasil-n%C3%A3o-avan%C3%A7a-em-2016-1.1966308>>. Acesso em: 26 de março de 2017.

4 SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista crítica de ciências sociais*, vol. 21, 1986, pág. 20-21.

5 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016. pág. 538.

Aliás, *linha de pobreza* é um termo utilizado para descrever um mínimo de condições necessárias para que alguém possa viver com dignidade⁶. O Banco Mundial utiliza a faixa de U\$ 1 dólar por dia por pessoa como *linha de indigência* (isto é, a renda suficiente para comprar apenas os alimentos necessários para repor os gastos energéticos) e de U\$ 2 dólares, por pessoa, como *linha de pobreza extrema* (ou seja, o montante considerado suficiente para satisfazer as necessidades mínimas dos moradores de um domicílio em um dia).

Já, para o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), famílias com renda *per capita* de até $\frac{1}{4}$ do salário mínimo mensal vivem em *pobreza extrema*, enquanto os que conseguem até meio salário mínimo, em um mês, estão em situação de *pobreza absoluta*.

No Brasil, em 2015, 27% das famílias brasileiras ganhavam até meio salário mínimo por mês. Pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), divulgada no final de novembro de 2016, o rendimento real do trabalhador brasileiro caiu pela primeira vez em 11 (onze) anos, passando de R\$ 1.950,00, em 2014, para R\$ 1.853, em 2015, em razão da crise econômica, que gerou a desaceleração da economia, o aumento da inflação e a elevação do desemprego⁷. Os mais vulneráveis são as crianças de 0 a 4 anos. Pelos dados de 2015, 17,6% dessas crianças viviam em domicílios enquadrados nos padrões de extrema pobreza.

O Relatório sobre a Distribuição da Renda e da Riqueza da População Brasileira, divulgado pela Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda, em maio de 2016, com base nos dados de declaração de Imposto de Renda de Pessoa Física (IRPF), fornecidos pela Receita Federal do Brasil, mostra que 0,3% dos mais de 27,5 milhões de declarantes do IRPF 2014 possuía 15% da renda total e 22,7% da riqueza em bens e direitos declarados à Receita, isto é, rendimentos de R\$ 360,9 bilhões e patrimônio de R\$ 1,47 trilhão⁸.

Esses dados, combinados com estudos de diferentes entidades internacionais e organismos nacionais (como os relatórios do Pnud), mostraram que, apesar dos impressionantes progressos em termos de desenvolvimento científico e tecnológico registrados nos últimos 25 (vinte e cinco) anos, a população global não enriqueceu em termos igualitários, já que cerca de 766 milhões de pessoas vivem

6 Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Linha_de_pobreza#cite_note-2>. Acesso em: 1º de março de 2017.

7 Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/numero-de-familias-na-miseria-volta-a-crescer-em-2015-diz-ibge.ghtml>>. Acesso em: 1º de março de 2017.

8 Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/10/concentracao-de-renda-cresce-e-brasileiros-mais-ricos-superam-74-mil.html>>. Acesso em: 1º de março de 2017.

com menos de US\$ 1,90 dia, sendo que deste total 385 milhões são crianças (considerada a renda *per capita* familiar)⁹.

Desse modo, a redistribuição afirmativa de renda pode estigmatizar os desprivilegiados, enquanto a redistribuição transformativa pode promover a solidariedade e ajudar a compensar algumas formas de não reconhecimento¹⁰.

As desigualdades econômicas provocam o fenômeno da *invisibilidade social*, na medida que colocam à margem da sociedade, pela indiferença ou pelo preconceito, seres humanos¹¹. Afinal, a identidade é definida pela relação do indivíduo com os outros, em especial os que estão a sua volta, em seu convívio.

A invisibilidade social é agravada pela *cultura do consumo*, na qual alguém é aquilo que consome¹²: é pelo consumo que o indivíduo é reconhecido ou identificado como integrante de um ou de outro grupo social, sendo a identidade marcada por questões mercadológicas. Porém, além do consumo, o que faz com que alguém possa ser percebido socialmente está associado ao seu desenvolvimento intelectual e afetivo. A ausência de políticas públicas, voltadas ao desenvolvimento pessoal, além de ser uma negativa de direitos fundamentais como a educação, a cultura e ao lazer, também contribui para invisibilidade social dos mais vulneráveis.

O termo *exclusão social*¹³ é compreendido ora como carência de recursos para uma sobrevivência digna, ora como processo que afasta do sistema produtivo contingentes populacionais menos qualificados^{14,15}. Além disso, a exclusão pode ser relacionada com a privação social e a ausência de voz e poder na sociedade¹⁶. Também

9 Disponível em: <<http://www.jornalmetas.com.br/geral/geral-pais-estado/idh-do-brasil-n%C3%A3o-avan%C3%A7a-em-2016-1.1966308>>. Acesso em: 26 de março de 2017.

10 FRASER, Nancy. Da redistribuição do reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. *Cadernos de campo*, São Paulo: USP, n. 14/15, 2006. pág. 239.

11 PORTO, Juliana. *Invisibilidade social e a cultura do consumo*. Disponível em: <file:///C:/Users/eascambi/Downloads/Invisibilidade_social_e_a_cultura_do_consumo_-_Juliana_Porto.pdf>. Acesso em: 1º de março de 2017.

12 Idem. *Ibidem*.

13 “*Todos os problemas sociais passam a ser atribuídos mecanicamente a essa coisa vaga e indefinida a que chama de exclusão (como, até pouco tempo, todos os problemas eram atribuídos dramaticamente à dívida externa e ninguém se perguntou por que, de repente, deixou-se de falar nela), como se a exclusão fosse um deus-demônio que explicasse tudo*” (MARTINS, José de Souza. *Exclusão social e a nova desigualdade*. São Paulo: Paulus, 1997. pág.16).

14 PAUGAM, Serge. *A desqualificação social: ensaio sobre a nova pobreza*. Tradução: Camila Giorgetti, Tereza Lourenço. São Paulo: Educ/Cortez, 2003. pág. 14.

15 CAMBI, Eduardo; LIMA, Jairo Néia. Constitucionalismo inclusivo: o reconhecimento do direito fundamental à inclusão social. *Revista de direito privado*, vol. 60, out./dez. 2014, pág. 13-15.

16 BUVINIC, Mayra. Introdução: inclusão social na América Latina. In: BUVINIC, Mayra; MAZZA, Jacqueline; DEUTSCH, Ruthanne (Orgs.) *Inclusão social e desenvolvimento econômico na América Latina*. Tradução de Hilda Maria L. P. Coelho. Rio de Janeiro: Elsevier: Washington: BID, 2004. pág. 05.

pode ser identificada com um aspecto psicossocial, pois a exclusão induz uma organização específica de relações interpessoais ou intergrupos, de alguma forma material ou simbólica, por meio da qual ela se traduz: no caso da segregação, por meio de um afastamento, da manutenção de uma distância topológica; no caso da marginalização, pela manutenção do indivíduo à parte de um grupo, de uma instituição ou do corpo social; no caso da discriminação, pelo fechamento do acesso a certos bens ou recursos, papéis ou *status*¹⁷.

Diante desse fenômeno social ou do conjunto de fenômenos sociais interligados (como o desemprego, a marginalidade, a discriminação, a pobreza, a perda de identidade social e a fragilização dos laços sociais), pode-se afirmar que a concepção de exclusão social é *multidimensional*. Além disso, a exclusão é um fenômeno histórico, socialmente construído. Por isso, seu estudo deve ser contextualizado na perspectiva dos direitos humanos e com a compreensão do tempo, do espaço e da diversidade, sob pena de se tornar uma análise desconectada da realidade e incapaz de construir posições éticas em relação ao passado e ao presente.

Observar indicadores econômicos e sociais permite a construção de um diagnóstico dos problemas contemporâneos, a fim de se combater as desigualdades sociais por meio de políticas públicas adequadas, ações afirmativas e a concessão diferenciada de direitos, voltados a minimizar as causas que geram a maior vulnerabilidade das pessoas e dos grupos minoritários.

Aliás, a *vulnerabilidade* é uma condição ontológica que revela uma fragilidade humana, em razão de determinadas condições que lhes são inerentes ou de uma posição de desigualdade em relação a outro sujeito da relação jurídica¹⁸, a exigir um tratamento diferenciado pelo Direito¹⁹.

Caso contrário, serão agravadas as desigualdades, a ponto de poder se identificar o *fascismo social* que, na definição de Boaventura de Souza Santos, não é um regime político (como o dos anos 30 e

17 JODELET, Denise. Os processos psicossociais da exclusão. In: SAWAIA, Bader (Org.) *As artimanhas da exclusão: análise psicossocial e ética da desigualdade social*. 7ª ed. Petrópolis: Vozes, 2007. pág. 53.

18 “A noção de vulnerabilidade no direito associa-se à identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições ou qualidades que lhe são inerentes ou, ainda, de uma posição de força que pode ser identificada no outro sujeito da relação jurídica” (MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: RT, 2012. pág. 162).

19 “A vulnerabilidade é, sem dúvida, uma condição ontológica universal do ser humano, frágil, incompleto, e instintivamente diminuído, mas é, particularmente, muito mais do que isso. É uma característica essencial diferenciadora, que justifica o reconhecimento de um grau diferente de capacidade e que fundamenta uma discriminação na graduação da capacidade jurídica, em função do domínio (potencial) da “ação comunicativa”, como cunhou Habermas” (FERREIRA, Ana Elisabete. *A vulnerabilidade humana e a pessoa para o direito*. Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. ano 2014. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/02/2014_02_01023_01053.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2014).

40 do século XX), mas um regime social e civilizacional, voltado à promoção do capitalismo predatório.

Há três formas de *sociabilidade fascista*²⁰: i) o *apartheid social*: marcado pela segregação social dos excluídos, por meio de uma cartografia urbana, dividida em zonas selvagens e civilizadas; o Estado age, nas zonas civilizadas, como promotor da democracia, ainda que muitas vezes ineficaz ou não confiável; já nas zonas selvagens, atua como predador, ainda que com aparente respeito ao Direito; ii) a *usurpação de prerrogativas estatais* (de coerção e de regulação sociais) por poderosos atores paraestatais que neutralizam ou suplementam o controle social produzido pelo Estado; essa forma é marcada por duas vertentes principais: o *fascismo contratual* (que ocorre nas situações em que, devido às diferenças do poder entre as partes do contrato, a mais vulnerabilizada, por não ter alternativas, se submete às condições impostas pela parte mais poderosa, com maior agravante nas hipóteses de privatização de serviços públicos) e o *territorial* (os atores sociais, com forte capital patrimonial, retiram do Estado o controle do território onde atuam ou o neutralizam, cooptando ou violentando instituições estatais e exercendo a regulação social sobre os habitantes sem a participação destes e contra os seus interesses); iii) a *manipulação discricionária da insegurança* de pessoas e grupos sociais vulnerabilizados, pela precariedade do trabalho, falta de estruturação do sistema público de saúde, pelas deficiências na educação pública, obstáculos indevidos ao acesso e à promoção da justiça, dentre outros, o que produz elevado grau de ansiedade quanto ao presente e ao futuro.

Nesse contexto, três características servem para a identificação do fenômeno da exclusão social²¹: i) a *segregação territorial*: bairros afastados, populares, sem infraestrutura e serviços do Estado; ii) a *opressão* por grupos políticos e econômicos, nas relações de trabalho, consumo ou da cooptação de poderes estatais por tais grupos, impossíveis de serem enfrentadas em face da disparidade de armas, com aceitação de condições contratuais adversas por ausência de outras opções; iii) a *manipulação da insegurança*, tornando o horizonte de expectativa pequeno e inseguro.

Boaventura Souza Santos, ao apontar causas da exclusão social, evidencia um distanciamento físico, econômico e social entre o povo e a classe dirigente. Além disso, releva que o conceito de exclusão social é amplo e atinge uma série de fragilidades não apenas

20 SANTOS, Boaventura Souza. Os Fascismos sociais. *Folha de São Paulo*. Opinião. São Paulo, domingo, 6 de setembro de 1998. pág. 2.

21 Idem. *Ibidem*.

econômicas, mas também de oportunidades de trabalho, culturais, educacionais e de saúde.

As desigualdades sociais são verdadeiras ameaças à legitimidade de regimes políticos fundamentados na igualdade de direitos. Afinal, as diferenças na compreensão e na aplicação das leis influenciam no exercício da cidadania, no acesso diferenciado à justiça e na solução dos conflitos de interesses por diferentes classes e estratos sociais²².

3. Concretização dos direitos fundamentais sociais e a formação da opinião pública

O Estado Democrático de Direito está fundado na igualdade de todos perante a lei e na existência de um sistema de justiça capaz de obstar o descumprimento da legislação e os abusos provocados pelo despotismo natural de uma pessoa mais forte sobre alguém mais fraco²³.

Já em 1764, mesmo antes do Estado Moderno, Beccaria alertava que as leis deveriam existir para conter os abusos cometidos contra os mais vulneráveis²⁴. Caberiam às leis eleger garantias fundamentais e indispensáveis pautadas no bem-estar de todos indistintamente, além de impor limites aos possíveis abusos dos detentores do poder.

As desigualdades sociais devem ser reduzidas, como determina o art. 3º, inc. III, da Constituição Federal, e, para tanto, os direitos sociais precisam ser concretizados²⁵. Isso porque o cerne da desigualdade social é a *pobreza política* e, portanto, o combate à pobreza passa, em primeiro lugar, pela *reinvenção da cidadania do excluído*²⁶.

Os direitos sociais fundamentais, para serem efetivos, dependem da existência de políticas públicas adequadas. Como os custos para a concretização desses direitos são elevados, é indispensável a aplicação correta e transparente dos recursos públicos. Logo, a adoção do direito fundamental à boa administração é condição para recuperar a confiança na relação entre cidadão e governo, é um pressuposto para

22 MARGRAF, Alencar Frederico. Teoria do dano social: a hermenêutica constitucional como trincheira contra os grandes conglomerados econômicos. *Revista crítica do direito*, São Paulo, n. 3, vol. 55, disponível em: <<http://www.criticadodireito.com.br/edicao-Atual-numero-3-volume-54>>. Acesso em: 15 jan. 2014. pág. 02.

23 CAMBI, Eduardo; ZANINELLI, Giovana. Direito fundamental à educação, exclusão social e cidadania. *Revista de direito privado*, vol. 59, jul./set. 2014, pág. 29-54; CAMBI, Eduardo; ZANINELLI, Giovana. Educação para a cidadania e judicialização da política. *Juris Plenum*, vol. 74, mar./2017, pág. 81-106.

24 BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Rideel, 2003. pág. 97.

25 SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução à sociologia da administração da justiça*. Cit. pág. 16.

26 DEMO, Pedro. *Charme da exclusão social. Polêmicas do nosso tempo*. 2ª ed. Campinas: Autores Associados, 2002. pág. 35.

a prestação eficiente dos serviços públicos, bem como serve de baliza à construção de um sistema democrático e republicano²⁷.

Além disso, o exercício da democracia participativa é fator de diminuição das desigualdades e contribui para a concretização da justiça social²⁸. O controle social do orçamento público pode diminuir a corrupção e aperfeiçoar a qualidade da alocação dos recursos disponíveis em prol de políticas públicas mais eficientes e indispensáveis à promoção dos valores essenciais dos seres humanos.

Também é importante salientar o papel da imprensa na formação da opinião pública e na educação para o exercício da cidadania. A existência de uma imprensa livre e independente é fator indispensável para assegurar a liberdade de pensamento e de opinião, para o desenvolvimento do pluralismo político, para o aprimoramento do regime democrático e o controle da atuação do poder público.

Nesse sentido, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal atribuiu interpretação conforme a Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil para afastar a exigência de prévia autorização para biografias, com fundamento nos direitos fundamentais à expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença da pessoa biografada, relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais (ou de seus parentes, em caso de pessoas falecidas)²⁹. Entretanto, o STF ressaltou que o uso abusivo da liberdade de expressão permite a reparação *a posteriori*, pela retificação, o direito de resposta, a indenização e até mesmo a responsabilização penal.

Informações veiculadas de modo manipulado, sensacionalista, alheio e sem conhecimento técnico específico a respeito do assunto prestam desserviço para a população. Quando isso acontece, as agências de comunicação acabam por direcionar e influenciar, de forma tendenciosa, a atenção dos ouvintes e leitores, na tentativa de criarem uma espécie de “consenso” de opinião, sob o pretexto de apresentar a opinião popular, isto é, “a voz do público”³⁰. Entretanto, a opinião pública não se confunde com a opinião publicada. Por exemplo, constantes falhas em pesquisas eleitorais, divulgadas pela imprensa, inclusive na eleição do Presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, ratificam a dificuldade de se pautar condutas ou identificar tendências apenas pelas opiniões publicadas.

27 TAVARES, Marco Aurélio. Fundamento moral do direito à boa administração. *Revista jurídica do Ministério Público do Paraná*, vol. 2, agosto/2015, pág. 218.

28 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalimento*: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. Cit. pág. 516.

29 STF, ADI 4815, Tribunal Pleno, rel. Min^a CÁRMEN LÚCIA, j. 10.06.2015.

30 VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo penal e mídia*. São Paulo: RT, 2003. pág. 59.

A opinião pública não deve ser entendida em sentido estático, pois não é um agregado de opiniões individuais, nem pode ser confundida com resultados da pesquisa de opinião³¹.

Além disso, na esfera pública, os fluxos comunicacionais são filtrados, sintetizados e formam uma rede adequada para a comunicação dos conteúdos, posicionamentos e opiniões³².

A imprensa exerce uma forma de poder e pode influenciar, de modo determinante, a formação da opinião pública³³. Todavia, a garantia de imunidade à censura se destina a tolher não apenas o controle da informação pelo Estado, mas em especial a distorção da informação promovida pelo proprietário do veículo de informação, porque o titular da liberdade de imprensa não é o dono do jornal, da emissora de rádio ou da televisão, mas o povo³⁴.

É certo que os processos de formação da opinião, uma vez que abordam questões práticas, acompanham a mudança de preferências e de enfoque dos participantes. Assim, na esfera pública, as manifestações são escolhidas de acordo com temas e tomadas de posição pró ou contra; as informações e argumentos são elaborados na forma de opiniões focalizadas³⁵.

4. Participação popular e direito fundamental à educação para o exercício da cidadania

A participação popular, por si só, não basta. Sem educação de qualidade e conhecimentos específicos sobre assuntos que envolvam deveres e direitos a democracia não se impõe. Assim sendo, não se pode ignorar que o art. 205 da Constituição Federal afirma que a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, visa ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu *preparo para o exercício da cidadania* e sua qualificação para o trabalho.

O desconhecimento do ordenamento jurídico impede a compreensão e a percepção dos direitos e dos deveres fundamentais. A multiplicidade de leis, a linguagem jurídica e a falta de previsibilidade

31 Idem. pág. 94.

32 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. pág. 92.

33 CAMBI, Eduardo; CAMACHO, Matheus Gomes. A mídia como instância informal de controle do delito a partir da análise do filme *O pagador de promessas*. *Revista brasileira de ciências criminais*, vol. 125, nov./2016, pág. 305-335.

34 GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. pág. 292-293.

35 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Vol. I. Cit. pág. 93-94.

e racionalidade na aplicação do direito dificultam o exercício da cidadania.

Uma população leiga e alienada é incapaz de identificar os motivos que conduzem à insatisfação, bem como não sabe discernir o que é certo do que é errado. Um povo desprovido de conhecimentos básicos consegue apenas propagar ideias alheias, as quais nem sempre são capazes de traduzir aquilo de que realmente necessitam. Tal situação dificulta, de forma concreta, a formação do pensamento crítico, da participação democrática e do exercício dos deveres e dos direitos fundamentais.

No Brasil, é necessário que a compreensão dos direitos humanos fundamentais³⁶ integre os currículos escolares. A Organização das Nações Unidas, em 2005, estabeleceu o Plano Mundial de Educação em Direitos Humanos, no qual enfatizou a Declaração e Programa de Ação de Viena, cuja parte I, parágrafo 33, estabelece que a

Conferência Mundial de Direitos Humanos reitera o dever dos Estados... de promover a educação de modo que o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais seja fortalecido [e que] seja integrado às políticas educativas nos planos nacional e internacional.

O Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009, instituiu o Programa Nacional de Direitos Humanos e estabeleceu que

alcançar o desenvolvimento com Direitos Humanos é capacitar as pessoas e as comunidades a exercerem a cidadania, com direitos e responsabilidades. É incorporar, nos projetos, a própria população brasileira, por meio de participação ativa nas decisões que afetam diretamente suas vidas. É assegurar a transparência dos grandes projetos de desenvolvimento econômico e mecanismos de compensação para a garantia dos Direitos Humanos das populações diretamente atingidas.

Também prevê que os

objetivos estratégicos direcionados à promoção da cidadania plena preconizam a universalidade, indivisibilidade e interdependência dos Direitos Humanos, condições para sua efetivação integral e igualitária. O acesso aos direitos de registro civil, alimentação adequada, terra e moradia, trabalho decente, participação política, cultura, lazer, esporte e saúde, deve considerar a pessoa humana em suas múltiplas dimensões de ator social e sujeito de cidadania.

36 É importante esclarecer que os *direitos fundamentais* são aqueles reconhecidos e vinculados à esfera do Direito Constitucional de determinado Estado, enquanto que os *direitos humanos* estão firmados pelas posições jurídicas de âmbito internacional que se reconhecem ao ser humano, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional. Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. pág. 30-31.

Já o Plenário da Assembleia Geral das Nações Unidas adotou, em 19 de dezembro de 2011, a Declaração das Nações Unidas sobre a Educação e Formação em Direitos Humanos, ao editar a Resolução nº 66/137. Tal Declaração reafirma o apelo lançado, em 1993, pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em Viena, para que todos os Estados e instituições incluam os direitos humanos, o direito humanitário, a democracia e o princípio do Estado de Direito no *currículum* de todos os estabelecimentos de ensino.

A Resolução nº 1, de 30 de maio de 2012, do Conselho Nacional de Educação versa sobre as Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos. No seu art. 7º, recomenda que a inserção de conhecimentos concernentes à Educação em Direitos Humanos na organização dos currículos da Educação Básica e da Educação Superior pode ocorrer das seguintes formas: a) pela *transversalidade*, por meio de temas relacionados aos Direitos Humanos e tratados interdisciplinarmente; b) como um *conteúdo específico* de uma das disciplinas já existentes no currículo escolar; c) de *maneira mista*, ou seja, combinando transversalidade e disciplinaridade.

Outro projeto bastante interessante é o do ensino da educação fiscal, ressaltado na 1ª Conferência Nacional sobre Transparência e Controle Social (CONSOCIAL), coordenada pela Controladoria-Geral da União (CGU), convocada pelo Decreto Presidencial de 8 de dezembro de 2010³⁷. Tal conferência realizou etapas preparatórias de julho de 2011 a abril de 2012, em todo o Brasil, tendo mobilizado mais de 150 mil cidadãos, os quais foram representados por 1,2 mil delegados, na etapa nacional, ocorrida em Brasília, entre os dias 18 e 20 de maio de 2012. O tema central dessa 1ª Conferência foi “A sociedade no acompanhamento e controle da gestão pública” e teve como finalidade promover a transparência pública e estimular da participação da sociedade no acompanhamento e controle da gestão pública, contribuindo para um controle social mais efetivo e democrático. A segunda proposta mais bem votada nessa 1ª Conferência Nacional sobre Transparência e Controle Social (CONSOCIAL) concluiu:

Criar e implantar lei que modifique a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional estabelecendo a obrigatoriedade do ensino de educação fiscal abordando os temas: controle social, receitas e despesas da gestão pública, direitos do cidadão e controle da gestão pública, políticas sociais e públicas, transparência, enfrentamento da corrupção, ética, senso crítico, formação do cidadão e gestão participativa das políticas públicas, acesso a dados públicos, direitos humanos,

37 Disponível em: <http://www.http://www.cgu.gov.br/assuntos/control-social/consocial>. Acesso em 22 de março de 2017.

direito constitucional brasileiro, orçamento público, funções do Estado, direitos e deveres, voto consciente, respeito ao patrimônio público e atuação nos conselhos. Dessa forma, a lei alterará as diretrizes nacionais para a educação básica bem como integrará as matrizes curriculares dos cursos de nível superior priorizando os cursos de formação de professores e pedagogia. A lei deverá orientar editoras à produção de material didático sobre o referido tema e incluir a temática em concursos públicos e exames de admissão de estudantes para as Universidades, devendo veicular também um portal sobre esse tema em cooperação com a Secretaria da Fazenda, a Receita Federal do Brasil, CGU e demais controladorias no site do MEC e promover cursos gratuitos para os diversos segmentos da sociedade, bem como para os atores da comunidade escolar, em específico, garantindo a paridade.

Por sua vez, o art. 26, *caput* e § 9º, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/1996, com a redação dada pelas Leis nº 12.796/2013 e 13.010/2014), afirma que os currículos da educação infantil, do ensino fundamental e do ensino médio devem ter base nacional comum, a ser complementada, em cada sistema de ensino e em cada estabelecimento escolar, por uma parte diversificada, exigida pelas características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e dos educandos, sendo que os conteúdos relativos aos Direitos Humanos e à prevenção de todas as formas de violência contra a criança e o adolescente serão incluídos, como *temas transversais*, nos currículos escolares, tendo como diretriz a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), observada a produção e distribuição de material didático adequado. Ademais, o art. 32, § 5º, da Lei nº 9.394/1996, incluído pela Lei nº 11.525/2007, estabelece que o currículo do ensino fundamental deve incluir, obrigatoriamente, conteúdo que trate dos direitos das crianças e dos adolescentes, tendo como diretriz a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que institui o Estatuto da Criança e do Adolescente, observada a produção e distribuição de material didático adequado.

Além disso, a Lei nº 13.005/2014, que institui o Plano Nacional de Educação, cuja vigência compreende o período de 25 de junho de 2014 a 25 de junho de 2024, prevê, no seu art. 2º, dentre as suas diretrizes, a promoção dos princípios do respeito aos Direitos Humanos, à diversidade e à sustentabilidade socioambiental. Também estabelece, entre suas metas e estratégias, a de nº 4.12, destinada a promover a articulação intersetorial entre órgãos e políticas públicas de saúde, assistência social e Direitos Humanos, em parceria com as famílias, com o fim de desenvolver modelos de atendimento voltados à continuidade do atendimento escolar, na educação de jovens e adultos, das pessoas com deficiência e transtornos globais do

desenvolvimento com idade superior à faixa etária de escolarização obrigatória, de forma a assegurar a atenção integral ao longo da vida.

Mais recentemente, a Lei nº 13.415, de 16 de fevereiro de 2017, alterou a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/1996) para reformar o Ensino Médio. Essa nova legislação incluiu o art. 35-A, pelo qual a Base Nacional Comum Curricular definirá direitos e objetivos de aprendizagem do ensino médio, conforme diretrizes do Conselho Nacional de Educação, sem deixar de tornarem obrigatórias as disciplinas de sociologia e filosofia (art. 35-A, § 2º).

Na primeira semana de abril de 2017, o Ministério da Educação (MEC) encaminhou ao Conselho Nacional de Educação a Base Nacional Comum Curricular (BNCC) para a educação infantil (creche e pré-escola) e para o ensino fundamental (1º ao 9º ano), bem como está preparando a do ensino médio. O objetivo desse documento normativo é estabelecer os direitos, os conhecimentos, as competências e os objetivos da aprendizagem para todas as crianças e adolescentes brasileiros desde a educação infantil até o ensino médio. Portanto, a BNCC será referência obrigatória para a elaboração dos currículos nas redes federal, estadual e municipal e nas escolas particulares, e sua implementação vai assegurar igualdade e equidade de aprendizagem em todo o país. O texto, enviado pelo MEC, define dez competências gerais que deverão ser desenvolvidas em todas as disciplinas e, dentre elas, destaca-se a promoção dos direitos humanos e a consciência socioambiental³⁸.

A efetivação dessas regras jurídicas é de enorme importância, ainda mais em tempos de crise fiscal. Afinal, a Emenda Constitucional nº 95/2016, que limita gastos públicos, instituindo um novo regime fiscal, que vigorará por 20 (vinte) exercícios financeiros, atinge diretamente a aplicação de recursos financeiros à educação, colocando em risco as metas e estratégias do Plano Nacional de Educação – PNE (Lei nº 13.005/2014), em especial a implementação da progressividade do custeio de que trata o art. 214, inc. VI, da Constituição Federal e da meta 20 do PNE (aplicação de 10% do produto interno bruto em recursos públicos para a educação)³⁹.

38 “Argumentar com base em fatos, dados e informações confiáveis, para formular, negociar e defender ideias, pontos de vista e decisões comuns que respeitem e promovam os direitos humanos e a consciência socioambiental em âmbito local, regional e global, com posicionamento ético em relação ao cuidado de si mesmo, dos outros e do planeta” (Disponível em: <<http://basenacionalcomum.mec.gov.br/imagens/BNCC>>. Acesso em: 10 de abril de 2017).

39 PINTO, Élide Graziane; MORAES, Bianca Mota de; CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes; CAMBI, Eduardo; CORDEIRO, Maria Cristina Manella; DICK, Maria Elmira Evangelina do Amaral; SILVA, Paulo Silvestre Avelar; SÁ, Simone Disconsi. Reserva do possível e o risco de estagnação do Plano Nacional de Educação em tempos de crise fiscal. In: *Tendências em direitos fundamentais. Possibilidades de atuação do Ministério Público*. vol. 1. Brasília: CNMP, 2016. p. 9-24.

Em um período de acentuada crise econômica, agravada pela irresponsabilidade fiscal, corrupção e má aplicação de recursos públicos (v.g., renúncias tributárias, gastos elevados em publicidade governamental, eventos com a contratação de artistas caros financiados com dinheiro público etc.), não raro o governo não consegue aplicar o mínimo constitucional em educação (a União precisa alocar 18% de sua receita líquida, enquanto os Estados e Municípios devem destinar 25% da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino; art. 212, CF)⁴⁰. O dever constitucional de aplicação dos recursos governamentais na manutenção e desenvolvimento do ensino foi regulamentado nos arts. 68 a 77 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB (Lei nº 9.394/96). Ademais, o dever de gasto mínimo com educação precisa ser interpretado em conjunto com o art. 212, § 3º, da CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 59/2009, pelo qual a distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere a universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade, nos termos do plano nacional de educação, nos termos do Plano Nacional de Educação (PNE), previsto no art. 214 da CF⁴¹.

Os direitos fundamentais sociais para se concretizarem dependem de investimentos públicos. Sem a gestão correta desses recursos não há como sustentar as políticas adequadas para assegurar o direito à educação de qualidade. A propósito, o art. 9, item 1, da Declaração Mundial sobre Educação para Todos: Satisfação das Necessidades Básicas de Aprendizagem afirma que *“o tempo, a energia e os recursos dirigidos à educação básica constituem, certamente, o investimento mais importante que se pode fazer no povo e no futuro de um país”*. Já o art. 3º, inc. I, da Lei nº 13.249/2016, que instituiu o Plano Plurianual (PPA) da União, para o período de 2016 a 2019, estabeleceu, no art. 3º, inc. I, que as metas inseridas no Plano Nacional

40 Além disso, o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT também prevê o dever de aplicação dos recursos no Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB. A Lei 11.494, de 20 de junho de 2007, regulamentou o FUNDEB, delimitando o seu regime jurídico quanto à composição financeira, à distribuição, à transferência e à gestão dos seus recursos, bem como quanto ao seu acompanhamento, controle social, comprovação e fiscalização.

41 A Lei Federal nº 13.005/2014 estabeleceu o Plano Nacional de Educação, para o período de 2014 a 2024, regulamentando os arts. 206, 208, 212 e 214 da Constituição Federal, com 20 (vinte) metas e 254 (duzentos e cinquenta e quatro) estratégias a serem observadas por pelos gestores de todos os entes federativos, sob pena de caracterização de não oferecimento ou oferta irregular do ensino obrigatório pelo Poder Público, com a consequente responsabilidade da autoridade competente (art. 208, § 2º, CF). Ainda, o descumprimento do art. 212 da CF, do art. 60 do ADCT, da Lei nº 9.394/96, da Lei nº 11.494/2007 e da Lei nº 13.005/2014 pode caracterizar a prática de ato de improbidade administrativa, ensejar a rejeição de contas anuais do governo e a intervenção federal (arts. 34, inc. VII, “e”, 35, inc. III, 36, inc. III, CF), bem como dar causa à suspensão das transferências voluntárias (art. 25, inc. IV, § 1º, “b”, da Lei Complementar nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal).

de Educação (PNE) são prioridades orçamentárias da administração pública federal durante o seu período de vigência. Por isso, é indispensável qualificar a atuação do Ministério Público brasileiro para a melhor compreensão e aplicação do direito financeiro.

Nesse sentido, é importante observar a Recomendação nº 44, de 27 de setembro de 2016, do CNMP, que dispõe sobre a atuação do Ministério Público no controle do dever de gasto mínimo em educação⁴². O art. 3º desta Recomendação estabelece que os membros do Ministério Público, com atribuições para atuação na Educação, na Infância e Juventude e no Patrimônio Público, devem realizar ações coordenadas para evitar e reprimir quaisquer desvios e retrocessos quantitativos ou qualitativos no piso de custeio do direito à educação, acompanhando sua execução orçamentário-financeira e a respectiva prestação de contas, por meio da avaliação dos instrumentos de gestão e de planejamento setorial na educação (Plano Plurianual – PPA, Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO, Lei Orçamentária Anual – LOA, Planos Nacional, Estadual e Municipal de Educação), dentre outros.

A concretização do direito fundamental à educação para o exercício da cidadania é indispensável, porque grande parte dos estudantes ainda sai do ensino médio sem conhecimento suficiente para o exercício da cidadania.

Tal percepção foi confirmada pela Pesquisa Nacional sobre Perfil e Opinião da Juventude Brasileira, realizada pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA)⁴³. Essa pesquisa foi organizada pela Secretaria Nacional de Juventude, em parceria com a Unesco, e realizada em todo o território nacional. Contou com blocos temáticos referentes à saúde, à educação, ao trabalho, à cultura e ao lazer, à participação política e à violência, sendo representativa para o meio urbano e rural⁴⁴. Dentre os resultados, a pesquisa apontou que pouco mais de 54% dos jovens entrevistados considera muito importante a “*percepção do grau de importância da política*”. Entretanto, quanto à participação política, a maioria dos entrevistados (38%) respondeu “*não gosto de política, não me envolvo*”. Desse modo, embora a maioria dos jovens considere a política importante, apenas 9% deles participa ativamente da vida política do país.

42 Com o mesmo objetivo, o CNMP aprovou, em 13 de dezembro de 2016, a Recomendação nº 48, publicada em 1º de fevereiro de 2017, para sugerir parâmetros para a atuação do Ministério Público no controle do dever de gasto mínimo em saúde.

43 IPEA, 2013. IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Pesquisa Nacional sobre Perfil e Opinião da Juventude Brasileira 2013*. Base de dados. Disponível em: <www.ipea.gov.br/participacao>. Brasília: Ipea, 2013.

44 CAMBI, Eduardo; FERREIRA, Hwidge Lourenço. Exclusão social e cidadania: participação social e educação como empoderamento do cidadão e fortalecimento da democracia. *Revista judiciária do Paraná*, maio/2015, pág. 208-209.

Outra pesquisa, realizada pelo Movimento Paraná Sem Corrupção, coordenado pelo Ministério Público do Estado do Paraná, em novembro de 2014, com 2.728 estudantes do ensino médio da rede pública paranaense, revela que 68,40% dos entrevistados com idade entre 16 e 18 anos não se interessaram em fazer o título de eleitor⁴⁵. A pesquisa também mostrou que metade (49,90%) não sabia o que é a Constituição Federal, além de 86,55% nunca terem feito uso de algum portal de transparência e 81% deles jamais ter utilizado a Lei de Acesso à Informação.

Esses dados evidenciam que é indispensável investir na formação de professores para que, por meio de materiais didáticos adequados e cursos específicos, possam aprimorar a transmissão de informações, mas também estimular os jovens a agirem de modo a participarem, mais ativamente, da gestão democrática da escola e da vida em comunidade.

Com efeito, é possível concluir que, em geral, o sistema educacional brasileiro é falho na promoção da cidadania.

5. Boas práticas na promoção do direito fundamental à educação para o exercício da cidadania e o Programa Escola Sem Partido

O aperfeiçoamento do direito à educação para o exercício da cidadania não é uma tarefa que deve recair somente nas escolas, exigindo o envolvimento das instituições privadas e públicas (inclusive, as que integram o sistema de justiça), das famílias e de toda a sociedade.

Nesse sentido, vale destacar a experiência do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), com o desenvolvimento do “Projeto João Cidadão – seja grande como os seus direitos”⁴⁶, no qual busca, por meio de linguagem simples e direta, e por intermédio das redes sociais e de publicação específica (disponibilizada virtualmente), explicar os direitos fundamentais e o papel do Ministério Público. Esse projeto foi lançado em 23 de junho de 2015, como uma iniciativa da Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais (CDDF) do Conselho Nacional do Ministério Público, com apoio da Assessoria de Comunicação e do Cerimonial do CNMP⁴⁷. O projeto conta: com página no *Facebook*,

45 CAMBI, Eduardo. Todos contra a corrupção. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/conteudo.phtml?id=1519370&tit=Todos-contra-a-corrupcao>>. Acesso em: 9 de fevereiro de 2017.

46 Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/joaocidadao>>.

47 Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/9926-projeto-joao-cidadao-vence-premio-de-direitos-humanos>>. Acesso em: 1º de março de 2017.

onde são feitas postagens sobre diversos temas relacionados ao exercício da cidadania e ao conhecimento dos Direitos Humanos no Brasil; com um *hotsite*, voltado à apresentação do projeto e a difusão de conteúdo de utilidade pública desenvolvido por membros do Ministério Público brasileiro; com *cartilha*, com linguagem acessível, dirigida ao público jovem; iniciativas das unidades e dos ramos do Ministério Público brasileiro, que incluem a visita em escolas e às sedes do MP, promoção de concursos culturais, disseminação da cidadania por meio de atividades artísticas (v.g., teatro, música etc.), diálogos com membros e servidores da instituição, parcerias e intercâmbios culturais, etc.⁴⁸.

Importante ressaltar que o Projeto “João Cidadão – seja grande como os seus direitos” venceu a categoria “Educação para os Direitos Humanos” da 22ª edição do Prêmio Direitos Humanos, promovido pela Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério da Justiça e Cidadania. O Prêmio foi instituído pelo Decreto Presidencial de 8 de setembro de 1995 e se trata da mais alta condecoração do governo brasileiro a pessoas e entidades que se destacam na defesa, promoção, enfrentamento e combate às violações dos Direitos Humanos no Brasil. Foi a primeira vez que o Prêmio foi concedido ao Conselho Nacional do Ministério Público.

Também deve ser salientado o Pacto Nacional Universitário pela Promoção do Respeito à Diversidade e da Cultura da Paz e Direitos Humanos, lançado em novembro de 2016 pela Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério da Justiça e Cidadania em parceria com o Ministério da Educação⁴⁹. O objetivo desse Pacto

48 Tais práticas são incentivadas pela nova concepção de Ministério Público Resolutivo consagrada na Carta de Brasília, assinada pelos Corregedores de Justiça de todo o Brasil, no 7º Congresso de Gestão do Conselho Nacional Ministério Público, realizado entre os dias 21 e 23 de setembro de 2016. Destaca-se o item 3 da Carta, que versa sobre as Diretrizes dirigidas à Corregedoria Nacional e às Corregedorias de cada um dos Ministérios Públicos para a avaliação, orientação e fiscalização das atividades extrajurisdicionais e inclui, na letra “t”, a verificação, nas correições avaliativas e nas inspeções, da regularidade e da resolutividade da atuação do Ministério Público na atividade extrajurisdicional, devendo-se analisar, entre outros fatores, o cumprimento do Planejamento Estratégico, do Plano de Atuação e dos Projetos Executivos, levando-se em consideração, inclusive, a participação em Projetos Sociais, que observem: os princípios da transformação social, publicidade ampla e irrestrita, participação social, eficiência, cooperação, utilidade social, priorização da prevenção, reparação integral, máxima coincidência entre o dano e a reparação, máxima precisão dos objetivos e metas, avaliação e monitoramento periódicos dos resultados e flexibilização da técnica para atender às necessidades dos direitos e garantias fundamentais; a definição de justificativa, objetivo geral, objetivo específico ou metas, metodologia, cronograma, acompanhamento e indicadores para monitoramento dos resultados; a relevância social e adequação dos Projetos Sociais à defesa dos direitos e garantias fundamentais afetos às atribuições constitucionais do Ministério Público. Além disso, acentua, entre outras atividades relevantes, a participação em reuniões de interesse social relativas a temas afetos às atribuições constitucionais do Ministério Público, bem como a realização de palestras em escolas e outros ambientes sociais com função, principalmente, pedagógica emancipadora. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/CARTA_DE_BRAS%C3%8DLIA.pdf>. Acesso em 15 de março de 2017.

49 Disponível em: <<http://www.educacaomdireitoshumanos.mec.gov.br/>>. Acesso em: 1º de março de 2017.

é mobilizar instituições de ensino superior a incorporarem boas práticas na afirmação dos direitos, nas linhas de ensino, pesquisa, extensão, gestão e convivência universitária e comunitária. Assim, é incentivada a inclusão de conteúdos de educação em Direitos Humanos como componentes curriculares dos cursos das diferentes áreas do conhecimento, a criação de cursos de pós-graduação (*lato e stricto sensu*) com foco em Direitos Humanos, a inserção de atividades sobre a temática desses direitos em cursos de licenciatura e formação dos profissionais da educação, o apoio à realização de trabalhos de conclusão de curso, dissertações de mestrado e teses de doutorado, o fomento a implantação de núcleos, comissões, ouvidorias, grupos de trabalho e linhas de pesquisa sobre a atuação em Direitos Humanos⁵⁰. Tudo isso para que o ambiente universitário seja pautado pela educação transformadora, não sendo espaço para a violência contra a mulher, a homofobia, o racismo, a xenofobia e outras práticas inaceitáveis à afirmação e à promoção dos Direitos Humanos.

Por outro lado, é necessário discutir as repercussões de projetos de leis, voltados a incluir, entre as diretrizes e bases da educação, o “Programa Escola Sem Partido”. O Projeto de Lei da Câmara nº 867/2015, de autoria do Deputado Federal Izalci do PSDB-DF, no art. 4º, e o Projeto de Lei do Senado nº 193, de 2016, de autoria do Senador Magno Malta (PR-ES), no art. 5º, voltados à alteração da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, com redações idênticas, afirmam que o professor, no exercício de suas funções: I - não se aproveitará da audiência cativa dos alunos, para promover os seus próprios interesses, opiniões, concepções ou preferências ideológicas, religiosas, morais, políticas e partidárias; II - não favorecerá nem prejudicará ou constrangerá os alunos em razão de suas convicções políticas, ideológicas, morais ou religiosas, ou da falta delas; III - não fará propaganda político-partidária em sala de aula nem incitará seus alunos a participar de manifestações, atos públicos e passeatas; IV - ao tratar de questões políticas, socioculturais e econômicas, apresentará aos alunos, de forma justa, as principais versões, teorias, opiniões e perspectivas concorrentes a respeito; V - respeitará o direito dos pais dos alunos a que seus filhos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com as suas próprias convicções; VI - não permitirá que os direitos assegurados nos itens anteriores sejam violados pela ação de estudantes ou terceiros, dentro da sala de aula. No âmbito estadual, por sua vez, surgiram outros projetos de lei com conteúdos similares, visando restringir a manifestação dos professores nas escolas.

50 Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/comite-nacional-de-educacao-em-direitos-humanos-cnedh/pacto-universitario/>>. Acesso em: 1º de março de 2017.

Essas iniciativas de lei, ao partirem da falsa premissa de que a educação é neutra, violam direitos fundamentais, como a liberdade de manifestação do pensamento, de expressão da atividade intelectual, do pleno desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania, da liberdade de ensinar e apreender, do pluralismo de ideias e concepções pedagógicas e da valorização dos profissionais da educação, além de contrariar Tratados Internacionais – como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promulgado pelo Decreto 591, de 6 de julho de 1992, e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Protocolo de São Salvador, promulgado pelo Decreto 3.321, de 30 de dezembro de 1999 – dos quais o Brasil é signatário.

Nesse sentido, vale salientar que estão em tramitação, no Supremo Tribunal Federal, as ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) nºs 5.537/AL e 5.580/AL, ajuizadas, respectivamente, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino (CONTEE) e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE), pedindo a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 7.800, de 5 de maio de 2016, do Estado de Alagoas que, a exemplo dos PLC nº 867/2015 e PLS nº 193/2016, instituiu o Programa “Escola Livre”, cujo art. 3º afirma que, no exercício de suas funções, o professor: I – não abusará da inexperiência, da falta de conhecimento ou da imaturidade dos alunos, com o objetivo de cooptá-los para qualquer tipo de corrente específica de religião, ideologia ou político-partidária; II – não favorecerá nem prejudicará os alunos em razão de suas convicções políticas, ideológicas, morais ou religiosas, ou da falta delas; III – não fará propaganda religiosa, ideológica ou político-partidária em sala de aula nem incitará seus alunos a participar de manifestações, atos públicos ou passeatas; IV – ao tratar de questões políticas, socioculturais e econômicas, apresentará aos alunos, de forma justa, com a mesma profundidade e seriedade, as principais versões, teorias, opiniões e perspectivas das várias concorrentes a respeito, concordando ou não com elas; V – salvo nas escolas confessionais, deverá abster-se de introduzir, em disciplina ou atividade obrigatória, conteúdos que possam estar em conflito com os princípios desta lei.

Em 19 de outubro de 2016, o Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, emitiu parecer pela procedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade, enfatizando que a referida lei do Estado de Alagoas limita o conteúdo da manifestação docente, no ambiente escolar, em razão da hipotética contrariedade a convicções morais, religiosas, políticas e ideológicas de alunos, pais e responsáveis, não se compatibilizando com os princípios

constitucionais que conformam a educação nacional, os quais determinam a liberdade de ensinar e divulgar cultura, pensamento, arte, saberes, pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e gestão democrática de ensino (art. 206, incs. II, III e VI, da Constituição Federal). O Procurador-Geral da República também salientou que a vedação genérica e vaga à “doutrinação” política e ideológica, à emissão de opiniões político-partidárias, religiosas ou filosóficas e à contrariedade a convicções morais, religiosas ou ideológicas constitui restrição desproporcional à liberdade de expressão docente, a qual se revela excessiva e desnecessária para tutelar a liberdade de consciência de alunos.

Em 21 de março de 2017, o Ministro Roberto Barroso concedeu liminar, na ADI nº 5.537/AL, para determinar a suspensão da integralidade da Lei nº 7.800/2016 do Estado de Alagoas. Nessa decisão, o STF apontou, em sede de cognição sumária, *vícios formais* (violação à competência privativa da União para legislar sobre direito civil e diretrizes e bases da educação nacional – art. 22, incs. I e XXIV, CF; usurpação da competência da União para estabelecer normas gerais sobre o tema - art. 24, inc. IX e § 1º, CF; e infringência à iniciativa privativa do Chefe do Executivo para deflagrar processo legislativo para promover a alteração do regime jurídico aplicável aos professores da rede escolar pública, a alteração de atribuições de órgão do Poder Executivo e prever obrigação de oferta de curso que implica aumento de gastos – arts. 61, § 1º, “c” e 63, inc. I, CF) e *inconstitucionalidades materiais* (infringência do direito ao alcance pleno e emancipatório da educação, por incompatibilidade entre o suposto dever de neutralidade, previsto na lei, e os princípios constitucionais da liberdade de ensinar, de aprender e do pluralismo de ideias – arts. 205, 206 e 214/CF; conter vedações genéricas de conduta que, a pretexto de evitarem a doutrinação de alunos, podem gerar a perseguição de professores que não compartilhem das visões dominantes, havendo risco de aplicação seletiva da lei, para fins persecutórios, com violação ao princípio da proporcionalidade – art. 5º, LIV, c/c art. 1º, CF) na Lei nº 7.800/2016 do Estado de Alagoas.

Além disso, o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça (CNPJG), por meio da Comissão Permanente de Educação (Copeduc), que integra o Grupo Nacional de Direitos Humanos (GNDH), aprovou, em 15 de fevereiro de 2016, dois importantes enunciados que buscam orientar a atuação do Ministério Público quanto à não discriminação e ao pluralismo de ideias no ambiente escolar. O Enunciado nº 02 afirma que são princípios fundamentais imanentes à educação brasileira as liberdades fundamentais de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a

arte e o saber, o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e a gestão democrática do ensino público, cabendo ao Ministério Público adotar as providências cabíveis no sentido de coibir tentativas de se estabelecer a proibição genérica e vaga de controle de conteúdo desenvolvido na escola. Já o Enunciado nº 03, elaborado em conjunto com a Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (COPEVID), destaca a necessidade de igualdade de acesso e permanência de todos na escola, conforme prevê o art. 206, inc. I, da Constituição Federal (“Os Ministérios Públicos deverão atuar para que sejam incluídos no projeto político pedagógico e no regimento escolar das instituições de ensino conteúdos relativos aos Direitos Humanos, à equidade de gênero, de raça ou etnia, de enfrentamento à homofobia, à transfobia, à violência doméstica e familiar contra a mulher, à pessoa idosa e à pessoa com deficiência”).

Portanto, a educação para o exercício da cidadania está no centro das discussões políticas, sociais e jurídicas, impondo a atuação integrada e eficiente do Ministério Público brasileiro na promoção e defesa desse direito fundamental.

6. Conclusão

O nível de educação da população influencia na compreensão dos deveres e dos direitos, no desenvolvimento ético, econômico, político e social, bem como no acesso ao sistema de justiça.

Educar para o exercício da cidadania inclui a aproximação da teoria com a prática⁵¹. As escolas devem ser espaços democráticos, para poderem discutir as questões de interesse coletivo e agirem para melhorar a sociedade. Para adquirir um comportamento cívico ativo, os alunos precisam do desenvolvimento de competências (conhecimentos, habilidades e atitudes) que os possibilitem a participação plena na vida pública (*learning by doing*).

A vivência da democracia deve começar na própria escola, a partir da escolha de representantes de turma, do incentivo à formação e da efetiva atividade de grêmios estudantis e de diretórios acadêmicos, da participação direta em conselhos escolares e na eleição dos órgãos de direção. A escola também deve ajudar os alunos a experimentar comportamentos cívicos responsáveis nas atividades extraescolares, com a qualificação e o envolvimento de professores, de educadores, de familiares e da comunidade.

A educação deve estimular uma formação ética, auxiliando os alunos a construir um senso de responsabilidade para valorizar

51 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Cit. pág. 669-670.

os direitos humanos, o respeito ao meio ambiente e à própria coletividade, fortalecer os valores sociais (tais como a solidariedade, a participação e o protagonismo voltados para o bem comum) e combater as desigualdades sociais⁵².

Porém, formar cidadãos vai além do ensino do conjunto de valores inerentes a uma comunidade democrática⁵³. O processo de aprendizagem deve estar fundado na participação ativa – pelo diálogo, o debate, a tomada de decisões em conjunto – para que a resolução dos problemas da vida em comunidade possa contribuir para a criação de hábitos e virtudes cívicas. Os ideais democráticos devem ser postos em prática para que os valores éticos se fixem na base cultural da sociedade.

A educação deve formar alunos intelectualmente autônomos, com raciocínio crítico e capacidade de articular categorias de pensamento histórico e geográfico em face de seu próprio tempo, percebendo as experiências humanas e refletindo sobre elas, com base na diversidade de pontos de vista⁵⁴.

Afinal, há uma relação direta entre a ausência de efetiva participação democrática e a exclusão social. Quanto maior é a alienação política, maiores e mais frequentes são os atos de corrupção, o desrespeito aos direitos fundamentais, a ineficiência das políticas públicas e o aumento das desigualdades sociais.

A educação para os Direitos Humanos Fundamentais precisa integrar o projeto e as propostas pedagógicas, o currículo, o regimento escolar dos sistemas e redes de ensino, assim como das escolas, para que, dentro de suas respectivas esferas de autonomia e competência, e em escala local, regional e global, a população possa avançar na reflexão de temas contemporâneos e na luta pela equidade de gênero, de raça ou etnia, assim como pelo aperfeiçoamento do enfrentamento à homofobia, à transfobia, à violência doméstica e familiar contra as minorias (como a mulher, os afrodescendentes, os idosos e a pessoa com deficiência). A educação para os Direitos Humanos Fundamentais também é importante para que o povo possa compreender a função constitucional de cada um dos atores do sistema de justiça e poder deles cobrar uma atuação mais eficiente na defesa desses direitos.

Além de *informar* a respeito dos deveres e direitos, a educação é importante para a *formação* de cidadãos ativos, protagonistas de sua história, de sua família e da sua comunidade, empoderando-os, a partir da consciência da Constituição, como agentes de *transformação*

52 Cf. <<http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC>>. Acesso em 10 de abril de 2017.

53 VAILLANT, Denise. *Educación, socialización y formación de valores cívicos*. São Paulo/Santiago de Chile: iFHC/CIEPLAN, 2008. pág. 14.

54 Cf. <<http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC>>. Acesso em: 10 de abril de 2017.

social e copartícipes da construção de uma sociedade mais humana, livre, justa e solidária (art. 3º, inc. I, da CF).

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Rideel, 2003.

BUVINIC, Mayra. Introdução: inclusão social na América Latina. In: BUVINIC, Mayra; MAZZA, Jacqueline; DEUTSCH, Ruthanne (Orgs.) **Inclusão social e desenvolvimento econômico na América Latina**. Tradução de Hilda Maria L. P. Coelho. Rio de Janeiro: Elsevier: Washington: BID, 2004.

CAMBI, Eduardo. **Todos contra a corrupção**. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/conteudo.phtml?id=1519370&tit=Todos-contr-a-corrupcao>>. Acesso em: 9 fev. 2017.

_____. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016.

_____; ZANINELLI, Giovana. Direito fundamental à educação, exclusão social e cidadania. **Revista de direito privado**, vol. 59, jul./set.. 2014.

_____. Educação para a cidadania e judicialização da política. **Juris Plenum**, vol. 74,mar./2017.

_____; LIMA, Jairo Néia. Constitucionalismo inclusivo: o reconhecimento do direito fundamental à inclusão social. **Revista de direito privado**, vol. 60, out./dez. 2014.

CAMBI, Eduardo; FERREIRA, Hwidge Lourenço. Exclusão social e cidadania: participação social e educação como empoderamento do cidadão e fortalecimento da democracia. **Revista judiciária do Paraná**, maio/2015.

CAMBI, Eduardo; CAMACHO, Matheus Gomes. A mídia como instância informal de controle do delito a partir da análise do filme O pagador de promessas. **Revista brasileira de ciências criminais**, vol. 125, nov./2016.

CÁRCOVA, Carlos, Maria. **A opacidade do direito**. São Paulo: LTr, 1998.

DEMO, Pedro. **Charme da exclusão social. Polêmicas do nosso tempo**. 2ª ed. Campinas: Autores Associados, 2002.

FERREIRA, Ana Elisabete. **A vulnerabilidade humana e a pessoa para o direito**. Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. ano 2014. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/02/2014_02_01023_01053.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2014.

FRASER, Nancy. Da redistribuição do reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. **Cadernos de campo**, São Paulo: USP, n. 14/15, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

JODELET, Denise. Os processos psicossociais da exclusão. In: SAWAIA, Bader (Org.) **As artimanhas da exclusão: análise psicossocial e ética da desigualdade social**. 7ª ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

MARGRAF, Alencar Frederico. Teoria do dano social: a hermenêutica constitucional como trincheira contra os grandes conglomerados econômicos. **Revista crítica do direito**, São Paulo, n. 3, vol. 55. Disponível em: <<http://www.criticadodireito.com.br/edicao-atual-numero-3-volume-54>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: RT, 2012.

PINTO, Élide Graziane; MORAES, Bianca Mota de; CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes; CAMBI, Eduardo; CORDEIRO, Maria Cristina Manella; DICK, Maria Elmira Evangelina do Amaral; SILVA, Paulo Silvestre Avelar; SÁ, Simone Disconsi. Reserva do possível e o risco de estagnação do Plano Nacional de Educação em tempos de crise fiscal. In: **Tendências em direitos fundamentais. Possibilidades de atuação do Ministério Público**. vol. 1. Brasília: CNMP, 2016.

PORTO, Juliana. **Invisibilidade social e a cultura do consumo**. Disponível em: <file:///C:/Users/eascambi/Downloads/Invisibilidade_social_e_a_cultura_do_consumo_-_Juliana_Porto.pdf>. Acesso em: 1º mar. 2017.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista crítica de ciências sociais**, vol. 21, 1986.

_____. Os Fascismos sociais. **Folha de São Paulo**. Opinião. São Paulo, domingo, 6 de setembro de 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

TAVARES, Marco Aurélio. Fundamento moral do direito à boa administração. **Revista jurídica do Ministério Público do Paraná**, vol. 2, agosto/2015.

VAILLANT, Denise. **Educación, socialización y formación de valores cívicos**. São Paulo/Santiago de Chile: iFHC/CIEPLAN, 2008.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: RT, 2003.

O PAPEL DO CONTROLE SOCIAL NA IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

Bianca Mota de Moraes¹

“Só existirá democracia no Brasil no dia em que se montar no país a máquina que prepara as democracias. Essa máquina é a da escola pública”.

Anísio Teixeira

Sumário: 1. Desafios práticos da meta 19 do Plano Nacional de Educação. 2. Dados do centro de apoio operacional das promotorias de justiça de tutela coletiva de proteção à educação – CAO Educação/MPRJ. Referências.

Resumo: O texto condensa estudo sobre os órgãos de controle social nas políticas públicas educativas, especialmente os Conselhos de Educação e Escolares, à luz do que dispõe a legislação brasileira em vigor, com destaque para a meta 19 do Plano Nacional de Educação. Sua pretensão é a de refletir sobre a necessidade coletiva, as conquistas normativas e as dificuldades práticas que rodeiam a gestão democrática do ensino público, constatando que o ponto de partida em muitos sistemas está muito aquém do esperado pela Constituição da República de 1988. Ao final, aduziram-se dados compilados pelo CAO Educação – MPRJ sobre os Conselhos de Educação fluminenses, consignando o atual estágio em que se encontram no processo de autonomia e democratização.

Palavras-chave: Autonomia escolar. Gestão democrática. Conselhos de Educação. Meta 19 do PNE.

Na linha do propósito desta obra, qual seja, o de registrar o conteúdo das sessões do I Curso sobre Políticas Públicas de Educação desenvolvido em regime de cooperação técnica entre o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e a Universidade Federal Fluminense no período de abril a julho de 2016, aqui serão levantadas as questões debatidas no quinto encontro, que versou sobre o tema que intitula este capítulo.

Por outro lado, o tempo decorrido entre a realização do curso e a escrita dessas linhas será aproveitado para a ampliação da abordagem, trazendo-se tópicos correlatos que, ou não couberam no

¹ Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

formato presencial, ou mais tarde se apresentaram mais próximos da nossa experiência.

A perspectiva do controle social de que ora se cuida é a do olhar da sociedade para as escolhas administrativas do Estado, intensificando a relação entre governantes e governados, com envolvimento participativo, transparência e responsividade.

O Estado Democrático de Direito insculpido no art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 tem como um de seus fundamentos a cidadania e assenta o exercício do poder pelo povo de forma representativa ou direta.

Projetou-se o início de tempos de soberania popular, rompendo-se antigas barreiras de participação política dos cidadãos.

Especificamente para a área educacional a Constituição Brasileira conferiu à gestão democrática o *status* de princípio regente do ensino público, no inciso VI do seu art. 206.

Assim, a vivência dos processos de escolha, com toda a reflexividade que carrega por seus ganhos, perdas e responsabilidades, deve, segundo a Carta Magna, se iniciar nas escolas, o que, diga-se, está em perfeita sintonia com os objetivos da educação alinhados no seu art. 205, senão vejamos:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

No mesmo sentido o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 53, garantiu a crianças e adolescentes o direito de organização e participação em entidades estudantis, bem como o de contestar critérios avaliativos, a demonstrar a abertura legislativa às proposições dos educandos no contexto escolar.

O Constituinte apontou para uma democracia cuja dimensão inclusiva não se contenta com o aspecto delegatário do voto. Tanto assim é que previu tanto a forma representativa como a direta no exercício do poder pelo povo, viabilizando que leis ordinárias disciplinassem formas de participação social que envolvessem

também os que ainda não possuem direito ao voto, como crianças e adolescentes de até quinze anos de idade².

No entanto, certo é que os textos normativos não promovem automaticamente as transformações que anuncia, e o Brasil tem experimentado a conturbada marcha de construção da sua democracia com alguma resiliência.

Como o público ao qual se dirigiu o curso supramencionado constituiu-se primordialmente de conselheiros municipais de educação, força motriz da engrenagem juridicamente prevista para controlar socialmente a elaboração, a execução e a avaliação de políticas públicas educacionais, o percurso da exposição aproximou-se do ponto de vista desses atores, suas possibilidades e limites, teóricos e práticos.

Em relação à matéria ora analisada, os vinte e oito anos da nova ordem constitucional não foram suficientes para o amadurecimento do princípio acima elencado de modo a projetar efeitos para muito além de sua afirmação textual no que se refere tanto à autonomia dos sistemas de ensino quanto dos Conselhos de Educação e Escolares, estes verdadeira sementeira daqueles.

Após ser espelhada no art 3º, VIII, c/c 14 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação e pinçada como objetivo no Plano Nacional de Educação de 2001³, a democratização do ensino público não se fez acompanhar, por exemplo, sequer de lei regulamentadora que consubstanciasse a diretriz então fincada no item 11.2 do segundo documento:

(...) cada sistema de ensino há de implantar gestão democrática. Em nível de gestão de sistema na forma de Conselhos de Educação que reúnam competência técnica e representatividade dos diversos setores educacionais; em nível das unidades escolares, por meio da formação de conselhos escolares de

2 Sob esta ótica são dignos de transcrição os incisos I, II, VI e o parágrafo único do art. 4º da Lei Federal nº 13.257/16:

Art. 4º As políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos da criança na primeira infância serão elaboradas e executadas de forma a:

I - atender ao interesse superior da criança e à sua condição de sujeito de direitos e de cidadã;

II - incluir a participação da criança na definição das ações que lhe digam respeito, em conformidade com suas características etárias e de desenvolvimento;

(...)

VI - adotar abordagem participativa, envolvendo a sociedade, por meio de suas organizações representativas, os profissionais, os pais e as crianças, no aprimoramento da qualidade das ações e na garantia da oferta dos serviços;

(...)

Parágrafo único. A participação da criança na formulação das políticas e das ações que lhe dizem respeito tem o objetivo de promover sua inclusão social como cidadã e dar-se-á de acordo com a especificidade de sua idade, devendo ser realizada por profissionais qualificados em processos de escuta adequados às diferentes formas de expressão infantil.

3 Itens I-2; II-1.3-16; 2.3-9; 3.3-13; 4.3-22; 4.4-32 e 11.3.1-21 da Lei Federal nº 10.172/01.

que participe a comunidade educacional e formas de escolha da direção escolar que associem a garantia da competência ao compromisso com a proposta pedagógica emanada dos conselhos escolares e a representatividade e liderança dos gestores escolares.

Assim, diferentemente dos Conselhos de Acompanhamento e Controle Social do FUNDEF/FUNDEB (Leis Federais nºs 9.424/96 e 11.494/07) e de Alimentação Escolar (Lei Federal nº 11.947/07), os Conselhos Escolares e os de Educação não receberam disciplinamento normativo federal específico que lhes pavimentasse o caminho.

São escassas as referências legais no âmbito nacional que aludam aos Conselhos de Educação e Escolares, o que imprimiria clareza à maneira pela qual se compõem e funcionam, o que lhes é permitido e exigível, bem como sobre a desvinculação das suas atividades em relação ao Poder Executivo.

Dispositivos como os do *caput* e do §2º do art. 37 da Lei Federal nº 11.494/07, que fazem incidir parágrafos do art. 24 daquela mesma norma ao Conselho Municipal de Educação⁴, é dos poucos que podem ser aqui trazidos como exemplo do tratamento sobre a matéria.

Esta contenção poderia ter sido uma boa opção se já estivéssemos com a autonomia dos sistemas estaduais e municipais consolidada, pois certamente estes buscariam o formato mais apropriado à sua realidade para organizar seus sistemas democráticos de ensino, aprofundando-se em temas como os aqui em tela.

Esta era, inclusive, a proposta da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, no inciso VIII do art. 3º. Porém, não foi o que aconteceu.

Emergiu, então, em 2014, por intermédio da Lei Federal nº 13.005/14, o Plano Nacional de Educação atualmente em vigência, que renovou em seu artigo 2º, VI⁶, e na meta 19 o compromisso com a gestão democrática do ensino público.

4 Art. 37. Os Municípios poderão integrar, nos termos da legislação local específica e desta Lei, o Conselho do Fundo ao Conselho Municipal de Educação, instituindo câmara específica para o acompanhamento e o controle social sobre a distribuição, a transferência e a aplicação dos recursos do Fundo, observado o disposto no inciso IV do § 1º e nos §§ 2º, 3º, 4º e 5º do art. 24 desta Lei.

(...)

§ 2º Aplicar-se-ão para a constituição dos Conselhos Municipais de Educação as regras previstas no § 5º do art. 24 desta Lei.

5 Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

(...)

VIII - gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação dos sistemas de ensino;

6 Art. 2º. São diretrizes do PNE:

(...)

VI - promoção do princípio da gestão democrática da educação pública;

Desta vez o objetivo veio acompanhado de dois diferenciais no Plano: a) a previsão de um prazo, no artigo 9⁷ especificamente, para a elaboração de leis estaduais e municipais sobre a gestão democrática do ensino público e b) estratégias mais claras para a sua consecução, como as dos itens 19.1 e 19.5 a 19.7⁸.

Aqui cabe salientar que, conforme proposto no Relatório do 1º Ciclo de Monitoramento das Metas do PNE Biênio 2014-2016 apresentado pelo INEP-MEC:

(...) o conceito de gestão democrática da escola está ancorado no fato de: a escolha de diretores ocorrer a partir de critérios técnicos de mérito e desempenho, associados à participação da comunidade escolar; a escola possuir autonomia pedagógica, administrativa e de gestão financeira; a elaboração de projeto pedagógico, currículos escolares, planos de gestão escolar, regimentos escolares e constituição de conselhos escolares ou equivalentes envolver a participação e consulta às comunidades escolar (contando com alunos e seus familiares) e local, assegurando a participação dos pais na avaliação de docentes e gestores escolares.

A contribuição trouxe nitidez à conceituação de gestão democrática e, uma vez que vinculou sua caracterização ao cumprimento do que está disposto no PNE, assentou contornos para sua exigibilidade.

É, pois, até mesmo esperado que os segmentos que compõem a comunidade escolar reivindiquem seus espaços de voz e de ingerência na gestão, nomeadamente os destinatários do serviço educacional, quais sejam os estudantes e suas famílias.

7 Art. 9º. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão aprovar leis específicas para os seus sistemas de ensino, disciplinando a gestão democrática da educação pública nos respectivos âmbitos de atuação, no prazo de 2 (dois) anos contado da publicação desta Lei, adequando, quando for o caso, a legislação local já adotada com essa finalidade.

8 19.1) priorizar o repasse de transferências voluntárias da União na área da educação para os entes federados que tenham aprovado legislação específica que regulamente a matéria na área de sua abrangência, respeitando-se a legislação nacional, e que considere, conjuntamente, para a nomeação dos diretores e diretoras de escola, critérios técnicos de mérito e desempenho, bem como a participação da comunidade escolar; 19.2) ampliar os programas de apoio e formação aos (às) conselheiros

(...)

19.5) estimular a constituição e o fortalecimento de conselhos escolares e conselhos municipais de educação, como instrumentos de participação e fiscalização na gestão escolar e educacional, inclusive por meio de programas de formação de conselheiros, assegurando-se condições de funcionamento autônomo;

19.6) estimular a participação e a consulta de profissionais da educação, alunos (as) e seus familiares na formulação dos projetos político-pedagógicos, currículos escolares, planos de gestão escolar e regimentos escolares, assegurando a participação dos pais na avaliação de docentes e gestores escolares;

19.7) favorecer processos de autonomia pedagógica, administrativa e de gestão financeira nos estabelecimentos de ensino;

Realce-se que a importância da cooperação entre os usuários e a administração pública foi expressamente reconhecida também no §3º do art. 37 da Carta Magna, conforme abaixo transcrito:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

Resta claro que as conquistas cristalizadas na Constituição Federal foram fruto dos reclamos da sociedade por alterações estruturais na forma de governabilidade do país, para a efetiva inserção das necessidades populares na agenda política. Tal intento só poderia ser exitoso mediante a abertura de canais para a ingerência direta do povo.

A escola é o alicerce desse processo ao fomentar o aprendizado democrático, por exemplo com: a escolha de diretores; a realização de assembleias; o compartilhamento de decisões administrativas e pedagógicas; a convivência com a pluralidade; o desenvolvimento de atividades culturais e de engajamento dos estudantes⁹ e de seus responsáveis.

⁹ A esse respeito veja-se a Lei Federal nº 12.852/13:

Art. 4º O jovem tem direito à participação social e política e na formulação, execução e avaliação das políticas públicas de juventude.

Parágrafo único. Entende-se por participação juvenil:

I - a inclusão do jovem nos espaços públicos e comunitários a partir da sua concepção como pessoa ativa, livre, responsável e digna de ocupar uma posição central nos processos políticos e sociais;

II - o envolvimento ativo dos jovens em ações de políticas públicas que tenham por objetivo o próprio benefício, o de suas comunidades, cidades e regiões e o do País;

III - a participação individual e coletiva do jovem em ações que contemplem a defesa dos direitos da juventude ou de temas afetos aos jovens; e

IV - a efetiva inclusão dos jovens nos espaços públicos de decisão com direito a voz e voto.

1. Desafios práticos da Meta 19 do Plano Nacional de Educação

Logo após a tarefa da elaboração ou adequação dos planos distrital, estaduais e municipais de educação ao novo Plano Nacional, que se almejava fosse concretizada com ampla participação de representantes da comunidade educacional e da sociedade civil, como previu o seu art. 8º, sabe-se que os entes federativos receberam o prazo de mais dois anos para uma outra incumbência.

O art. 9º do Plano Nacional de Educação determinou que aprovassem leis específicas disciplinando a gestão democrática da educação pública em seus sistemas de ensino.

Com boa parte dos planos edificada ou refeita, muitas vezes às pressas e de forma pouco ortodoxa, a divulgação levada a cabo acerca do segundo tema já não conseguiu o mesmo efeito, deparando-se com o desgaste do movimento anterior e a desmobilização de muitas instâncias locais e/ou regionais.

O prazo veio a terminar no fim do mês de junho de 2016, com raras notícias acerca da aprovação das esperadas leis, não obstante os esforços de vários setores para o seu cumprimento, inclusive do Ministério Público, de Conselhos de Educação e Escolares em várias partes do país.

Por outro lado, certo é que a gestão democrática ganhou singular dimensão na pauta reivindicatória de diversas manifestações estudantis, notadamente nas que têm sido promovidas com ocupações de prédios escolares desde o início do ano de 2016.

Porém, também é fato que há costumeira associação da matéria quase que direta e exclusivamente com a participação da comunidade educativa na escolha de diretores, o que restringe sobremaneira o princípio constitucional aqui em tela, cuja real abrangência a meta 19 do PNE cuidou de bem esclarecer.

O motivo dessa relação redutora pode residir no ponto de partida em que se encontra a maioria os sistemas educativos.

Veja-se o que foi detectado pelo Relatório do 1º Ciclo de Monitoramento das Metas do PNE Biênio 2014-2016/INEP-MEC:

(...) são variados os processos adotados pelos entes federados para a ocupação do cargo de diretor escolar, prevalecendo a escolha por indicação (técnica, política ou de outro tipo). O processo misto de seleção e eleição para a ocupação do cargo de direção escolar só era adotado por 12,2% dos estabelecimentos de ensino em 2013. (grifamos)
(...)

Ao estratificarmos os dados sobre a escolha para a ocupação do cargo de direção escolar pelo processo misto de seleção e eleição por dependência administrativa (Gráfico 2), observa-se que, em 2013, a rede federal apresentava 3,9% das escolas utilizando esse processo, as redes estaduais 21,6% e as redes municipais 6,6%.

Diante de aspecto tão básico da gestão democrática relegado a números que tais, em muitos casos, é mesmo difícil alcançar o que o Plano Nacional de Educação almejou no seu art. 9º: que as leis ali previstas estivessem em integral consonância com a meta 19, contemplando as vertentes elencadas em todas as suas estratégias.

É preciso, pois, que o debate na elaboração de uma lei sobre a gestão democrática também desenvolva de forma clara matérias como a da organização e funcionamento dos Conselhos e Fóruns Permanentes de Educação; dos Conselhos Escolares; das Conferências de Educação; dos grêmios estudantis¹⁰ e associações de pais; das instâncias de monitoramento das metas dos planos de educação; da autonomia administrativa, pedagógica e financeira das escolas¹¹.

Destarte, a simples aprovação de uma lei sobre eleição de diretores está bem longe de surtir o efeito de cumprimento do art. 9º do PNE.

É já passada a hora de a nova legislação prever composições verdadeiramente plurais e paritárias nos colegiados¹², adotar medidas viabilizadoras da real autonomia destes, estabelecer fluxos de partilha de decisões, romper com a deletéria cultura da descontinuidade das políticas educativas.

Grande parte dessas transformações dependem da ultrapassagem dessa etapa normativa para se concretizarem.

10 De acordo com a Lei Federal nº 12.852/13:

Art. 12. É garantida a participação efetiva do segmento juvenil, respeitada sua liberdade de organização, nos conselhos e instâncias deliberativas de gestão democrática das escolas e universidades.

11 Neste ponto cabe realçar também o disposto na estratégia 7.16, da meta 7 do PNE:

Meta 7: fomentar a qualidade da educação básica em todas as etapas e modalidades, com melhoria do fluxo escolar e da aprendizagem de modo a atingir as seguintes médias nacionais para o Ideb:

(...)

7.16) apoiar técnica e financeiramente a gestão escolar mediante **transferência direta de recursos financeiros à escola, garantindo a participação da comunidade escolar no planejamento e na aplicação dos recursos**, visando à ampliação da transparência e ao efetivo desenvolvimento da gestão democrática. (grifos nossos)

12 Em sintonia com o que estabelecem leis federais recentes, tal como a nº 13.146/15:

Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar:

(...)

VIII - participação dos estudantes com deficiência e de suas famílias nas diversas instâncias de atuação da comunidade escolar

Merece registro o fato de que não foram encontradas informações sobre a existência de levantamento nacional indicativo dos entes federativos que cumpriram com o dever legal do art. 9º do PNE, o que seria de grande valia para demonstrar a densidade dos compromissos assumidos com a educação.

2. Dados do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação - CAO Educação/MPRJ

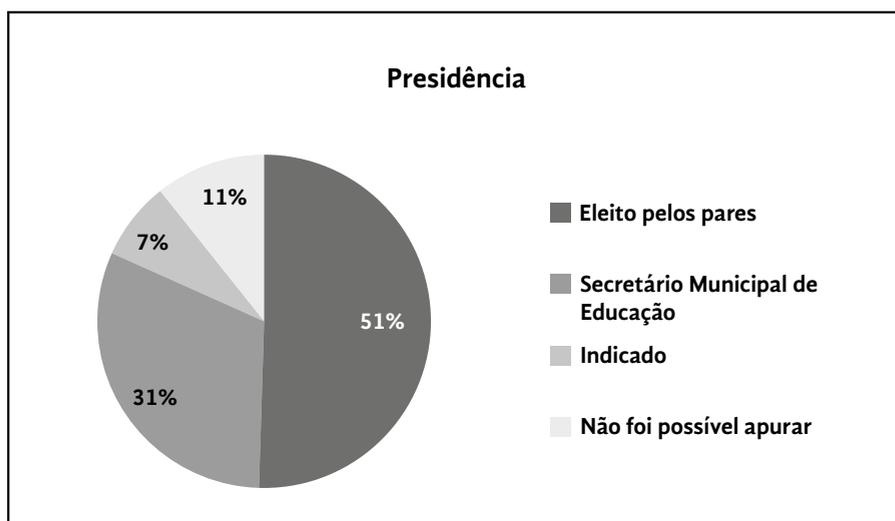
À luz do princípio constitucional da gestão democrática do ensino público, o trabalho iniciado pelo CAO Educação/MPRJ em 2013 direcionou-se ao fortalecimento dos conselhos atuantes na área da educação.

Resultou, até o presente momento, na realização de quatro encontros estaduais, uma publicação (Controle Social na Educação – Gestão Democrática e Conselhos) e visitas pela equipe técnica a todos os Conselhos de Educação fluminenses.

Tais iniciativas viabilizaram a compilação dos dados a seguir:

Total de Conselhos visitados = 93 (sendo 92 municipais e 1 estadual)

	Presidência	Porcentagem
Eleito pelos pares	47	51%
Secretário Municipal de Educação	29	31%
Indicado	7	8%
Não foi possível apurar	10	11%
TOTAL	93	100%



	Composição - Assentos Representativos	Porcentagem
Pais ou responsáveis de alunos	40 Conselhos	43%
Estudantes	04 Conselhos	4%
Conselho Tutelar	14 Conselhos	15%
Sindicato de Professores	18 Conselhos	19%
Conselhos Municipais	09 Conselhos	10%
Conselhos Escolares	05 Conselhos	5%
Sociedade Civil Organizada	23 Conselhos	25%
Comunidade	03 Conselhos	3%
Não há assento específico para essas categorias	20 Conselhos	22%
Não foi possível apurar	11 Conselhos	12%

	Sede	Porcentagem
Sede própria	11	12%
Secretaria Municipal de Educação	65	70%
CME não encontrado	3	3%
Associação local	1	1%
Prefeitura Municipal	5	5%
Não possui local específico	5	5%
Espaço cedido pela Prefeitura	1	1%

	Sede	Porcentagem
Outras Secretarias Municipais	2	2%
TOTAL	93	100%

	Homologação dos atos normativos	Porcentagem
Dependem de Órgão Externo	50	54%
Não dependem da Secretaria Municipal de Educação	23	25%
Não foi possível apurar	10	11%
Não informado	10	11%
TOTAL	93	100%

Como se depreende dos gráficos apresentados, ainda é diminuta a participação de estudantes, conselhos escolares e representantes das comunidades nos Conselhos de Educação fluminenses (em apenas 4%, 5% e 3% deles, respectivamente, ela foi prevista).

Também é muito baixo o índice de conselhos com sede própria, ou seja, que não estão alojados em outros órgãos do município (12%).

Por outro lado, apenas 25% dos Conselhos de Educação não dependem de homologação de outras instâncias para que seus atos normativos tenham validade.

Desta forma, evidencia-se que os vínculos de dependência dos Conselhos de Educação com o Poder Executivo no Estado do Rio de Janeiro ainda são muito fortes, o que deixa patente o longo percurso para que de fato representem com propriedade o controle social local na temática.

Há intensa mobilização do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro no acompanhamento das metas do Plano Nacional de Educação, especialmente a 19.

O reconhecimento de que a efetivação do princípio constitucional da gestão democrática do ensino público possui intrínseca relação com a genuína qualidade da educação impulsiona a empreitada pela consolidação e reconhecimento do papel dos órgãos de controle social.

Pela via de conselhos fortes, que precisam operar com articulação entre si e com órgãos como os Tribunais de Contas e o Ministério Público, as políticas públicas podem se tornar respostas

mais perenes e legítimas às postulações populares; mais protegidas, portanto, dos denominados “interesses de ocasião”.

Cabe aqui relembrar as lições de Berclaz (2013) sobre o caráter político e jurídico dos conselhos sociais:

No aspecto político, trata-se da localização dos conselhos sociais na visão ampliada de Estado, apontam-se as possibilidades de estes renovarem a democracia, constituírem novas formas de hegemonia e mostrarem-se como instrumentos de prevenção e repressão à corrupção política. No que tange ao âmbito jurídico, indicam-se os conselhos sociais como sujeitos coletivos portadores de juridicidade para controle social, espaços produtores de novos direitos, instâncias deliberativas de redução do poder discricionário do Executivo, correlacionando-se o funcionamento adequado dessas instâncias com o papel constitucional a ser desenvolvido pelo Ministério Público brasileiro como instituição.

Fica claro que esses colegiados têm potencial para se tornarem esferas privilegiadas de comunicação, deliberação e fiscalização da sociedade em relação ao poder público, experiência que não deve nem pode ser desperdiçada no Brasil contemporâneo.

A aproximação e as atividades entre conselhos são promissoras, por exemplo, de prevenção à jurisdicionalização excessiva que se vive hoje por ausência de planejamento e de execução transparente de políticas intersetoriais que tenham sido idealizadas através da coletividade.

Sem dúvida que a edificação da cultura emancipatória em todas as searas pressupõe um despertar para a potência inerente a esse caminho e um desejar desbravá-lo, ainda e principalmente quando surgirem os obstáculos, assumindo as responsabilidades que lhes são inerentes.

Na área educacional essa trajetória se torna tanto mais autêntica quanto mais seja fundamentada em demanda nascida nas escolas. A necessidade de um fazer educativo próprio cresce com mais força em ambientes nos quais a informação é partilhada e onde se nutre a confiança na colaboração de cada um no atuar coletivo.

Essa tem sido a escolha de vários educadores, estudantes, famílias, integrantes do controle social e do sistema jurídico. Suas transformações positivas já fazem parte de algumas das novas linhas que estão sendo escritas a muitas mãos na história da educação brasileira.

REFERÊNCIAS

BERCLAZ, Márcio Soares. **A dimensão político-jurídica dos Conselhos Sociais no Brasil: uma leitura a partir da Política da Libertação e do Pluralismo Jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. 315p.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

_____. Lei nº 8.069, 13 de julho de 1990 – Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências

_____. Lei nº 9.394, 20 de dezembro de 1996 – Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

_____. Lei nº 9.424, 24 de dezembro de 1996 – Dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, na forma prevista no art. 60, § 7º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências.

_____. Lei nº 10.172, 09 de janeiro de 2001 – Aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências.

_____. Lei nº 11.494, 20 de junho de 2007 – Regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, de que trata o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; altera a Lei nº 10.195, de 14 de fevereiro de 2001; revoga dispositivos das Leis nºs 9.424, de 24 de dezembro de 1996, 10.880, de 9 de junho de 2004, e 10.845, de 5 de março de 2004; e dá outras providências.

_____. Lei nº 11.947, 16 de junho de 2009 – Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica; altera as Leis nºs 10.880, de 9 de junho de 2004, 11.273, de 6 de fevereiro de 2006, 11.507, de 20 de julho de 2007; revoga dispositivos da Medida Provisória nº 2.178-36, de 24 de agosto de 2001, e a Lei nº 8.913, de 12 de julho de 1994; e dá outras providências.

_____. Lei nº 12.852, 5 de agosto de 2013 – Institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude – SINAJUVE.

BRASIL. Lei nº 13.005, 25 de junho de 2014 – Aprova o Plano Nacional de Educação – PNE e dá outras providências.

_____. Lei nº 13.146, 6 de julho de 2015 – Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

_____. Lei nº 13.257, 8 de março de 2016 – Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012.

_____. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. Relatório do 1º ciclo de monitoramento das metas do PNE: biênio 2014-2016. – Brasília, DF: Inep, 2016.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A GESTÃO DEMOCRÁTICA NO ENSINO

Antonio Carlos Ozório Nunes¹

“Tudo o que a gente puder fazer no sentido de convocar os que vivem em torno da escola, e dentro da escola, no sentido de participarem, de tomarem um pouco o destino da escola na mão, também. Tudo o que a gente puder fazer nesse sentido é pouco ainda, considerando o trabalho imenso que se põe diante de nós que é o de assumir esse país democraticamente.”
Paulo Freire (Conselho Escolar e Direitos Humanos. – Brasília: Presidência da República, Secretaria Especial dos Direitos Humanos; Ministério da Educação, Secretaria de Educação Básica, 2008. 104 p.: il. – (Programa Nacional de Fortalecimento dos Conselhos Escolares, p. 7)

Sumário: 1. Introdução. 2. Promotoria de projetos. 2.1 A atuação do Ministério Público através do modelo de Promotoria de Projetos: um novo paradigma de atuação. 2.2 Ganhos de efetividade. 2.3 Considerações metodológicas. 2.4 Procedimento Administrativo de Acompanhamento (PAA). 3. O poder das parcerias. 3.1 A complexidade das relações humanas e sociais e a necessidade de alianças e parcerias. 4. A gestão participativa nas escolas. 4.1 Gestão participativa para lidar com os desafios e os complexos problemas das escolas. 4.2. A gestão participativa como princípio estruturante do ensino. 4.3 Por que a gestão democrática nas escolas é tão importante? 4.4 Algumas conquistas que podem ser alcançadas, entre outras. 4.5 Algumas lições que são aprendidas, entre outras. 4.6 Projetos Político-Pedagógicos participativos nas escolas. 4.7 Conselhos Escolares. 4.8 Grêmios Estudantil. 4.9 Outras ações. 5. Conclusão. Referências. Anexo I: Modelo de Projeto Executivo. 1. Nome do projeto. 2. Identificação dos Coordenadores e Parceiros. 3. Justificativa 4. O objetivo do projeto. Previsão de tempo para a execução do projeto. Metodologia. Acompanhamento. Anexo II: Modelo de Procedimento Administrativo de Acompanhamento (PAA). Portaria de Instauração de Procedimento Administrativo de Acompanhamento (PAA). Anexo III: Informações complementares. 1. Projeto Político-pedagógico. 2. Conselhos Escolares. 3. Grêmios Estudantis

¹ Promotor de Justiça da Infância e Juventude da Comarca de Taubaté-SP e assessor de Educação do Centro de Apoio da Tutela Cível e Coletiva do Ministério Público do Estado de São Paulo.

1. Introdução

A atuação do Ministério Público na área da Educação é extremamente promissora e traz possibilidades para significativas ações. Neste pequeno roteiro vamos trazer sugestões de intervenção do Ministério Público relacionadas à Gestão Democrática nas escolas, um tema essencial para a qualidade do ensino e para fomentar a democracia e a gestão participativa.

A sugestão de trabalhos com a Gestão Democrática relaciona-se ao papel fiscalizador e indutor de políticas públicas do Ministério Público, consolidado na sua missão constitucional em defesa do regime democrático.

Nesse sentido, a proposta deste roteiro não será de uma atuação fiscalizadora nem intervencionista do representante ministerial, uma vez que os sistemas educacionais e as escolas possuem autonomia. O objetivo é estimular o trabalho através de um Ministério Público mobilizador, no sentido de ajudar a construir alianças e parcerias entre as escolas e as comunidades.

As ações coletivas, parcerias, conexões e mobilizações entre as escolas, famílias, comunidades e outros atores da sociedade buscam construir corresponsabilidades proporcionais a todos os envolvidos com a educação de qualidade para as nossas crianças e adolescentes.

Para a eficiência na construção de parcerias e atuações coletivas, a ação ministerial deve ser planejada através de projetos institucionais, os quais devem ser avaliados periodicamente, para permitir a verificação da sua eficácia.

2. Promotoria de projetos

2.1. A atuação do Ministério Público através do modelo de Promotoria de Projetos: um novo paradigma de atuação

A atuação através da prática de projetos possibilita uma ação mais preventiva e de maior alcance social das atividades do Ministério Público. O modelo faz parte de uma nova dinâmica institucional resolutiva, que busca numa postura proativa novas formas de atuação através de projetos institucionais, os quais buscam trazer boas práticas ao trabalho ministerial e a possibilidade de antecipar-se aos problemas. Trata-se, como lembra Goulart, de um novo paradigma de atuação (2015, 06).

Nas últimas décadas houve grande aumento da capacidade de inserção e articulação social do Ministério Público, sobretudo em razão

das suas atuações demandistas em prol dos direitos sociais tardios da população, advindos com a CF 1988. Ocorre que em muitas situações o posicionamento fiscalizador e demandista do MP não produz os resultados esperados. Por isso tem sido necessária a assunção de um outro papel: a do MP resolutivo, que reflete, em muitos casos, a prática do MP parceiro, responsável, criativo, articulador, que atua horizontalmente e em rede.

2.2. Ganhos de efetividade

Ainda não temos a cultura (e muitas vezes tempo suficiente) para trabalhar com projetos. Acostumados a atuar com a resolução reativa dos problemas cotidianos que nos assolam nas Promotorias, a elaboração de “Programas de Atuação das Promotorias de Justiça” (art. 110 da Lei Orgânica Estadual do MPSP), os “Programas de Atuação Integrada” (art. 101, *idem*) ou Promotorias de Projetos ainda que não estão incorporados em nossa cultura institucional.

O planejamento a médio e a longo prazo das formas de atuação permite ganhos de efetividade e exige dos membros uma atuação de agente político ou, conforme observa Marcelo Goulart, “exige dos agentes políticos e administrativos do Ministério Público uma postura prática reflexiva, proativa e resolutiva” (op. cit. p. 30).

Ainda segundo Goulart (op. cit., p. 30/31), por estar voltada a objetivos estratégicos, a atividade ministerial não pode ser aleatória. Para ganhar efetividade, ela precisa combinar o conhecimento com a postura prática: aquela permite o suporte e a qualificação para as ações; esta relaciona-se ao desempenho dos agentes e é determinada pelas linhas de atuação, das opções táticas e a aplicação dos recursos disponíveis.

2.3. Considerações metodológicas

O desenvolvimento de projetos exige do membro do Ministério Público uma atuação fundada numa postura reflexiva, proativa e resolutiva. Isto implica, entre outras, as seguintes ações (cf. GOULART, op. cit. p. 31/32):

- 1.a.I. pesquisa exaustiva dos fatos, em suas múltiplas dimensões;
- 1.a.II. realização de audiências públicas e outras formas de escutas sociais;

- 1.a.III. contato com os produtores de conhecimento (comunidade científica);
- 1.a.IV. visitas aos espaços de intervenção para constatação direta da realidade;
- 1.a.V. monitoramento e avaliação das políticas públicas, dos programas e serviços;
- 1.a.VI. desenvolvimento dos projetos com base em planos e programas de atuação que contemplem prioridades eleitas democraticamente;
- 1.a.VII. capacidade de articulação política, seja para formar alianças ou identificar adversários;
- 1.a.VIII. liderança para mediar demandas sociais;
- 1.a.IX. capacidade de diálogo;
- 1.a.X. senso de oportunidade para desencadear intervenções;
- 1.a.XI. uso de instrumentos adequados;
- 1.a.XII. escolha correta das arenas de negociação;
- 1.a.XIII. construção de consenso, como objetivo imediato;
- 1.a.XIV. excepcionalidade para o recurso à judicialização, nos casos em que esta via não é obrigatória.

Através dessas ações o membro do Ministério Público tomará amplo conhecimento do problema, da realidade local, poderá pensar em indicadores de problemas, medidas e encaminhamentos a serem adotados para o projeto.

2.4. Procedimento Administrativo de Acompanhamento (PAA)

Para conceber e acompanhar o projeto, o membro do Ministério Público instaura um Procedimento Administrativo de Acompanhamento (Ato Normativo do MPSP nº 934/15-PGJ-CPJ-CGMP), um para cada projeto, a depender do caso. O PAA é o instrumento adequado para acompanhar as políticas públicas (art. 4º, II, do referido Ato).

Os projetos executivos ajudarão na execução das ações específicas. Em relação ao nosso tema (gestão democrática) caberia, p. ex., um projeto macro para a rede municipal e outro para a rede estadual, com a abertura de dois procedimentos (PAA).

É possível também que o Promotor tenha vários projetos e resolva elaborar um PAA para cada um deles. Por exemplo, em vez de realizar um projeto único e amplo para a rede, ele escolha projetos específicos por escolas, tais como: acompanhamento das escolas mais vulneráveis e problemáticas; montar projetos para fiscalizar a implantação e o fortalecimento dos grêmios estudantis nas escolas das respectivas redes municipal e/ou estadual; instaurar projetos para o fortalecimento dos conselhos escolares em cada uma das redes, e assim por diante.

3. O poder das parcerias

3.1. A complexidade das relações humanas e sociais e a necessidade de alianças e parcerias

As últimas décadas têm sido marcadas por mudanças impressionantes nas diversas áreas do conhecimento, na sociedade, nas escolas e na família, com profundos impactos na vida de todos, e com novos desafios para as pessoas. Temas complexos passaram a fazer parte do nosso cotidiano, numa realidade em que as coisas estão conectadas, interdependentes e interligadas, a exigir soluções compartilhadas, alianças e parcerias, para lidar com as crescentes dificuldades.

A complexidade das relações humanas e sociais passaram a exigir mudanças nos comportamentos e visões de todos, para melhor aprender a lidar com as dificuldades.

A experiência mostra que para lidar com problemas complexos são necessárias alianças, parcerias e trabalhos em rede. A intersetorialidade na articulação entre órgãos públicos, organizações da sociedade civil e comunidades é uma necessidade permanente para o enfrentamento das questões e as gestões de problemas, cada vez mais complexos. Para tanto são imprescindíveis as políticas descentralizadas de ação, entre outras, as seguintes:

- I. buscar entender as razões dos problemas e, a partir daí, ter um diagnóstico do cenário e saber como atuar para transformá-lo;
- II. ampliar o espectro do conhecimento tanto para aprender, como para buscar a solução de problemas;
- III. aprender a lidar com os cenários de contínuas mudanças, incertezas, diversidades e instabilidades, características da época atual, em todos os contextos humanos;

- IV. criar e cultivar variáveis de intervenção que aumentem as opções de agir e as potenciais soluções;
- V. criar ou aproveitar os processos de auto-organização, que incluam o fortalecimento de parcerias locais e a construção de redes comunitárias para a solução de problemas.

4. A gestão participativa nas escolas

4.1. Gestão participativa para lidar com os desafios e os complexos problemas das escolas

Mais do que uma exigência legal, a gestão democrática é uma necessidade da nossa era, numa sociedade complexa e plural. A escola pública é um local que apresenta diversas questões complexas, que de uma certa forma refletem a complexidade da vida social. É preciso entender a interconectividade sistêmica dos desafios enfrentados pela escola, tais como planejamento, currículo, integração, complexidade da prática educativa, entre outros, e abordá-los de forma ampla e integrada, e não de maneira fragmentada e isolada.

No mesmo sentido os problemas enfrentados pela escola pública, como infrequência crônica, evasão, atos infracionais, vulnerabilidade, vitimização, violência, entre tantos outros, são questões multicausais, com diversas variáveis, que exigem diagnósticos e intervenções sistêmicas, através de processos amplos, participativos e intersetoriais. Daí a importância da participação colaborativa na escola, dos alunos, família, comunidade e toda a rede protetiva.

Além dos investimentos e recursos financeiros para a melhoria da qualidade da educação, esses desafios demandam também olhares abrangentes e formas criativas do agir frente à realidade. É o que veremos a seguir, sobre a gestão participativa nas escolas.

O tema gestão democrática é amplo e envolve os sistemas e as escolas. Nos municípios, p. ex., são muitas instâncias que tratam dos mecanismos de participação popular, tais como o Conselho Municipal de Educação, o Conselho Municipal de Controle do Fundeb, o Conselho de Alimentação Escolar, os Fóruns da Sociedade Civil, as Conferências, as formas participativas na escolha dos gestores, os projetos político-pedagógicos participativos, os Grêmios Estudantis, os Conselhos de Escola, as Associações de Pais, entre outros.

O objetivo deste roteiro é tratar apenas dos mecanismos de participação relacionados à escola, e em outro momento falaremos dos demais mecanismos democráticos de controle social.

4.2. A gestão participativa como princípio estruturante do ensino

“Nós estamos ainda no processo de aprender como fazer democracia. E a luta por ela passa pela luta contra todo tipo de autoritarismo”
(Paulo Freire, *A Educação na Cidade*. 4.ed. São Paulo: Cortez, p. 136).

A gestão democrática é um dos princípios estruturantes do ensino e está prevista na Constituição Federal de 1988 (art. 206, VI), na Lei nº 9.394/96, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB (Arts. 3º, 14 e 17) e no Plano Nacional da Educação, Lei nº 13.005/14 – PNE, que, entre as suas vinte metas, destacou a meta 19 para tratar especificamente do tema.

O PNE (Lei nº 13.005/14) aponta o princípio da gestão democrática da educação pública como uma das suas diretrizes (art. 2º, VI). O artigo 9º da referida Lei prevê que os Estados, Distrito Federal e os Municípios deverão aprovar leis específicas para disciplinar a gestão democrática da educação pública, e temos a meta 19 que trata do tema.

Para uma escola efetivamente participativa é necessário criar espaços propícios às suas relações internas. É preciso que a escola tenha a capacidade de produzir diálogo, uma ferramenta tão antiga quanto a vida em sociedade, mas ainda desafiadora nas relações humanas e sociais.

A construção de processos democráticos na educação, na escola e na sociedade é um aprendizado contínuo. Nem sempre é fácil, pois a nossa cultura ainda nos leva a relações de dominação, de mando, de estruturas verticalizadas, de hierarquias rígidas, frutos de um passado autoritário, com sistemas de ensino historicamente marcados pela exclusão e elitismo.

A escola encontra-se, ainda, muito afastada das famílias e comunidades por vários motivos: pais e mães com longas jornadas de trabalho, o qual muitas vezes se situa em locais distantes, restando pouco tempo para cuidar da vida dos filhos; desinteresse e ausência de cultura participativa das famílias; falta de uma tradição democrática das escolas; medo de ingerências indevidas nas gestões; gestores que não têm interesse em relacionamentos e parcerias; desinteresse pela prestação de contas dos serviços prestados à população; cultura em manter políticas e gestões centralizadoras, entre outras.

Será necessário reconectar e religar as escolas ao seu entorno e às comunidades, pois, como ressaltamos, os problemas que envolvem

uma escola são sistêmicos, interconectados e interdependentes, e que igualmente exigem soluções em parceria, com uma abordagem complexa e intersetorial. Por isso a necessidade do fortalecimento das relações de parceria familiar e comunitária nos espaços escolares.

Portanto é hora de estabelecer relações de parceria, de coordenação e de diálogo, o que exige o direito de falar e de ser ouvido; de promover diagnósticos conjuntos; realizar rodas de reflexão, reuniões para definir questões simples e complexas; e trabalhar em cooperação.

4.3. Por que a gestão democrática nas escolas é tão importante?

“É preciso uma aldeia inteira para educar uma criança”.
Provérbio africano

A gestão democrática nas escolas está diretamente relacionada com a aprendizagem dos alunos. Entre outros estudos, é o que aponta a pesquisa “Aprova Brasil - o direito de aprender”, segundo a qual a gestão democrática desponta como um dos cinco fatores mais importantes para a garantia da aprendizagem dos alunos.

Ademais, estudos comprovam que quanto mais a escola tem uma gestão efetivamente democrática, com o apoio e a intervenção dos familiares, alunos e comunidade, mais adequadamente, e com sucesso, os problemas complexos que surgem na escola são enfrentados.

Exemplos práticos demonstram que o envolvimento participativo nos problemas da escola traz uma corresponsabilidade pelos seus enfrentamentos, com um esforço coletivo, tanto em relação às causas como pelas soluções a serem dadas.

4.4. Algumas conquistas que podem ser alcançadas, entre outras

Temos visto por aí muitas conquistas com os mecanismos de gestões democráticas nas escolas. Ao olharmos para o histórico das experiências positivas, podemos destacar algumas:

- I. Êxito e qualidade na aprendizagem, conforme apontam estudos;
- II. O trabalho em parceria escola-família-comunidade permite um significativo avanço na organização da escola, com reflexos muito positivos na qualidade da educação de forma geral e do ensino em particular,

pois potencializa um melhor rendimento e eficiência no resultado do projeto político-pedagógico e dos trabalhos pretendidos;

- III. A parceria ajuda na prevenção e no enfrentamento à evasão, infrequência, indisciplina e outros problemas;
- IV. A experiência democrática é um constante aprendizado que aos poucos vai se incorporando à prática escolar através da realização de assembleias, de rodas de conversa, da escolha de representantes, da formação de protagonistas, do aprendizado sobre legitimidade e da mobilização social;
- V. Destaca-se o papel mobilizador dos parceiros: as somas de esforços conjuntos leva a boas trocas de informações, a articulações em geral, à implementação de ações conjuntas e ao apoio recíproco;
- VI. Fortalece-se a ação integrada no enfrentamento dos problemas da escola. Isto ocorre porque a gestão participativa permite formar uma rede primária de apoio, com pessoas próximas às situações-problema e com melhores condições de ajudar, tais como família, amigos, vizinhos, colegas de trabalho, voluntários da comunidade, etc.;
- VII. Criam-se alianças ou redes de corresponsabilidade, obrigações recíprocas, solidariedade, senso de pertencimento e responsabilidade em relação ao outro e social;
- VIII. A visão de vários atores permite novas possibilidades e daí surgem percepções coletivas e criatividade para o enfrentamento dos obstáculos e a realização das ações;
- IX. As possibilidades de aprendizagem com pessoas diferentes e em ambientes democráticos ajudam nas gestões de conflitos recorrentes no espaço escolar;
- X. O compartilhamento das ações passa a ganhar uma visão coletiva dos desafios. Muitas delas saem do individual e vão para o social, com a otimização das ações, resultados concretos e o fortalecimento dos atores.
- XI. O senso de pertencimento da comunidade à vida escolar traz a prática da corresponsabilidade sobre os destinos da vida dos alunos e do planejamento da escola;

- XII. Parcerias comunitárias geram mais autonomia e menos dependência;
- XIII. As decisões coletivas refletem a pluralidade de visões e interesses e, por isso, dão maior legitimidade às ações;
- XIV. As decisões são mais transparentes.

4.5. Algumas lições que são aprendidas, entre outras

Ao olharmos para o histórico das experiências positivas com os mecanismos de gestões democráticas nas escolas, verificamos algumas lições práticas delas surgidas:

- I. Democracia é prática e não discurso. Por isso é preciso fornecer os espaços participativos, os meios de comunicação, facilitar boas ambiências para o diálogo, criar rotinas de respeito a todos e construir projetos que sejam político-pedagógicos participativos;
- II. Apenas praticar gestões democráticas nas escolas nem sempre é o suficiente para o envolvimento da comunidade. Quase sempre são necessários esforços adicionais, tais como organizar quermesses, festas participativas e comunitárias, cafés pedagógicos, abrir as escolas para a prática de atividades, gincanas e esportes, entre outras. Tudo deve ser feito com recursos compartilhados;
- III. Os trabalhos em parceria normalmente exigem dedicação de todos para além das atividades normais. Hoje muitas escolas marcam reuniões com as famílias e a comunidade aos sábados, para permitir que todos participem;
- IV. O trabalho para uma escola participativa é bastante desafiador, mas muito gratificante. Por isso ele precisa começar aos poucos e ir crescendo;
- V. As atividades são horizontalizadas, com uma interação lateral e não de hierarquia;
- VI. As relações e atividades são espontâneas e voluntárias, portanto, sem comandos rígidos, com autocontrole e a flexibilidade;
- VII. É preciso ter a consciência de que os trabalhos em parceria não têm fim;

- VIII. Para a boa construção de alianças é preciso ter confiança, humildade e respeito às diferenças, pois é preciso aceitar pontos de vistas diversos, opiniões diferentes, concepções distintas para uma ação conjunta, etc.;
- IX. É preciso compartilhar as perdas e as conquistas;
- X. É necessária uma constante adaptação para os fatores novos e imprevisíveis;
- XI. É importante focar na potência do trabalho conjunto: naquilo que pode dar certo e trazer resultados e não nos desânimos e problemas. Segue-se a lógica do lema “a união faz a força”;
- XII. É necessário discutir e revisar periodicamente as parcerias;
- XIII. O trabalho integrado exige constante monitoramento;
- XIV. É preciso conectar-se e promover conexões. Construir pontes: apresentar pessoas e promover encontro de projetos;
- XV. É necessário participar ativamente e cooperar para produzir coordenação eficaz;
- XVI. A efetiva participação pressupõe a garantia do respeito às decisões tomadas no colegiado;
- XVII. Em colegiados às vezes é necessária a convocação de reuniões extraordinárias para assuntos urgentes;
- XVIII. É recomendável não atrasar as reuniões, e as pautas devem ser informadas com antecedência.

Lógica da gestão centralizada	Lógica da gestão participativa
Relações verticais	Horizontalidade
Relações de controle	Relações de parceria
Perspectiva ganha-perde	Perspectiva ganha-ganha
Centralização	Descentralização, autogestão
Competitiva	Cooperativa
Exclusão	Inclusão

4.6. Projetos político-pedagógicos participativos nas escolas

As escolas precisam possuir um Projeto Político Pedagógico (PPP). Em alguns locais o PPP é também chamado de Proposta Pedagógica. Adotamos o primeiro nome porque é o que vem previsto na legislação federal.

Toda escola deve ter metas, objetivos e sonhos a serem realizados, e o PPP serve como referência, como um norte para todos os envolvidos na ação educativa da escola. O conjunto dessas metas e propósitos, e os meios para realizá-los, é o que dá forma e consubstancia o Projeto Político Pedagógico.

O PPP é o elemento responsável pela vida da escola! Ele não deve ser feito apenas para cumprir uma formalidade e ficar guardado na gaveta. É um mecanismo eficiente e que levará a escola a reunir condições de se planejar, de buscar meios e de reunir pessoas e recursos para a efetivação das metas e dos ideais da escola.

O projeto político-pedagógico (PPP) refletirá

- I. plano geral da escola e os caminhos para a sua plena autonomia e identidade;
- II. a sistematização de um processo de planejamento participativo;
- III. a manifestação de vontade de todos os atores que participaram de sua elaboração;
- IV. a cultura da escola e da comunidade em que está inserida.

Para saber mais sobre o PPP: vide Anexo III

4.7. Conselhos Escolares

Os Conselhos Escolares, segundo o Ministério da Educação (BRASIL, 2004b), são órgãos colegiados constituídos por representantes da comunidade escolar (professores, demais funcionários e alunos) e local (pais ou responsáveis pelos alunos), cuja principal atribuição, para além de suas funções consultivas, fiscais e de mobilização, é a deliberação sobre questões político-pedagógicas, administrativas e financeiras da escola.

Em razão da importância da implantação dos Conselhos Escolares, desde 2004, o MEC tenta estimular a criação e o aperfeiçoamento deles por meio do Programa Nacional de

Fortalecimento dos Conselhos Escolares, instituído pela Portaria Ministerial nº 2.896, do MEC.

O Conselho Escolar é

- I. órgão de representação da comunidade educativa;
- II. instância colegiada;
- III. deve contar com a participação de representantes dos diferentes segmentos das comunidades escolar e local;
- IV. constitui-se em um espaço de discussão de caráter consultivo, deliberativo, fiscalizador e mobilizador.

Para saber mais sobre o Conselho Escolar: vide Anexo III.

4.8. Grêmios Estudantil

O Grêmio Estudantil é uma organização democraticamente constituída, em qualquer nível de ensino, e que representa os interesses educacionais, culturais, cívicos, esportivos e sociais dos estudantes em uma escola. O grêmio permite aos alunos vivenciar a democracia participativa, levando-os a discutir, criar e fortalecer as inúmeras possibilidades de ação, tanto no próprio ambiente escolar como na comunidade.

O grêmio escolar deve ser capaz de

- I. contribuir para aumentar a participação e o protagonismo dos alunos da escola;
- I. organizar eventos que favoreçam os processos de integração e de aprendizagem;
- II. permitir ao jovem a experiência da democracia participativa e mostrar a ele a importância de participação na sociedade;
- III. levar o jovem a compreender seu papel na sociedade e a estimular seu senso crítico.

Para saber mais sobre o Grêmio: vide Anexo III.

4.9. Outras ações

Muitas outras ações sobre gestão democrática são essenciais para uma escola participativa, tais como Associações de Pais e Mestres (APMs) fortalecidas; rodas de conversas entre professores, alunos e pais; conversas informais com os familiares para acompanharem a vida escola dos estudantes; incentivo à participação dos alunos em atividades socioculturais da comunidade; tomadas de decisões coletivas; conselhos de turmas e classes; participação dos pais e oficinas de artesanatos ou cursos nas escolas; círculos de diálogos; encontros informais, entre outras ações.

Merecem um último destaque as Assembleias, que são poderosas ferramentas democráticas e que têm sido utilizadas com muito sucesso. Eles são importantes para a discussão de temas relevantes no espaço escolar, tais como para regular as relações interpessoais no âmbito dos espaços coletivos (docentes, estudantes, funcionários); para tratar de temas relacionados ao projeto político-pedagógico da escola; à vida funcional e administrativa da escola; ao convívio entre docentes e entre esses e a direção, entre tantos outros.

5. Conclusão

As ações coletivas, parcerias, conexões e mobilizações entre as escolas, famílias, comunidades e outros atores da sociedade, buscam construir corresponsabilidades proporcionais a todos os envolvidos com a educação de qualidade para as nossas crianças e adolescentes.

Educar é uma ação complexa, a exigir a participação de todos. Por isso é preciso a contínua participação da família e da comunidade no processo educacional. Como disse Paulo Freire,

Tudo o que a gente puder fazer no sentido de convocar os que vivem em torno da escola, e dentro da escola, no sentido de participarem, de tomarem um pouco o destino da escola na mão, também. Tudo o que a gente puder fazer nesse sentido é pouco ainda, considerando o trabalho imenso que se põe diante de nós que é o de assumir esse país democraticamente. (Conselho Escolar e Direitos Humanos, op. cit. p. 7).

REFERÊNCIAS

Aprova Brasil: o direito de aprender – boas práticas em escolas públicas avaliadas pela Prova Brasil. Ministério da Educação; Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira; Fundo das Nações Unidas para a Infância. 2. ed. Brasília:

Fundo das Nações Unidas para a Infância, 2007. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/aprova_final.pdf>.

BRASIL. Ministério da Educação. Programa de Fortalecimento dos Conselhos Escolares – Cadernos 01 a 10. SEB/MEC, Brasília/DF, 2004. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=12384&Itemid=655>.

Conselho Escolar e Direitos Humanos. – Brasília: Presidência da República, Secretaria Especial dos Direitos Humanos; Ministério da Educação, Secretaria de Educação Básica, 2008. 104 p.: il. – (Programa Nacional de Fortalecimento dos Conselhos Escolares).

FREIRE, Paulo. **A Educação na Cidade**. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2000.

FORTALEZA. Prefeitura Municipal de Fortaleza. **Diretrizes dos Conselhos Escolares**. Disponível em: <http://www.sme.fortaleza.ce.gov.br/educacao/files/2012/cartilha_diretrizes_conselho_09-02-12.pdf>.

GADOTTI, M. **Perspectivas atuais da educação**. Porto Alegre: Artes Médicas, 2000.

GIMENO SACRISTAN, J. **A educação obrigatória: seu sentido educativo e social**. Porto Alegre: Artmed, 2001.

LUIZ, Maria Cecília, BARCELLI, Juliana Carolina, et al. **Conselho Escolar: algumas concepções e propostas de ação**. São Paulo: Xamã, 2010.

MORIN, Edgar. **A Cabeça Bem-feita: Repensar a Reforma, Reformar o Pensamento**. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

_____. A necessidade de um pensamento complexo. In: MENDES, C.; LARRETA, E. (Orgs.) **Representação e Complexidade**. Rio de Janeiro: Garamond; 2003. p. 69-78

SAVIANI, D. **Pedagogia histórico-crítica: primeiras aproximações**. 3 ed. São Paulo: Cortez, 1992.

SECRETARIA ESTADUAL DA EDUCAÇÃO. **Cartilha do Conselho de Escola**. São Paulo: 2014. Disponível em: <<http://www.educacao.sp.gov.br/a2sitebox/arquivos/documentos/762.pdf>>.

UNICEF. Aprova Brasil.

_____. **Educação: do senso comum à consciência filosófica**. São Paulo: Cortez, 1983.

VAZQUEZ, A. S. **Filosofia da práxis**. 2 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

VEIGA, I. P. A. **Projeto Político-pedagógico da escola: uma construção possível**. 10 ed. Campinas, SP: Papirus, 2000.

_____. **Inovações e projeto pedagógico: uma relação regulatória ou emancipatória?** Caderno Cedes, v. 23, nº 61, Campinas, Dez, 2003.

ANEXO I: Modelo de Projeto Executivo

1. Nome do projeto

(ex) Projeto de intervenção destinado à implementação e aos fortalecimentos dos Conselhos de Escola nas escolas municipais de Jacareí.

2. Identificação dos Coordenadores e Parceiros

Coordenação Geral: Promotor de Justiça Fulano de Tal

Parceiros: Ministério Público do Estado de São Paulo; Secretaria Municipal de Educação de Jacareí; Associação Comercial de Jacareí, Sociedade de Amigos do Bairro Parque Meia Lua (e outros); Grêmios Estudantis, etc.

3. Justificativa

A gestão democrática e participativa na escola apresenta-se como um dos aspectos fundamentais das condições de oferta de ensino com qualidade. Ela está prevista na Constituição Federal de 1988, na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e no Plano Nacional da Educação.

Além da previsão legal, estudos apontam que a participação dos pais e da comunidade na vida escolar dos alunos ajuda na melhoria do ensino, no planejamento, na resolução de problemas e na tomada de decisões.

A Secretaria Municipal de Educação apontou que mais da metade das escolas municipais não possuem Conselhos Escolares. Além disso, informações levantadas por esta Promotoria de Justiça apontam que naquelas que eles existem, os Conselhos são meramente formais e não participam da vida escolar, ou seja, não são participativos. Existem apenas no papel, para fins burocráticos.

O trabalho é desafiador, pois implica em mudar estruturas e valores. Contudo, o Ministério Público tem grande credibilidade social e, quando atua como agente articulador e agregador, tem obtido bons êxitos nas suas ações. Se os professores, alunos, pais e a comunidade se engajarem no fortalecimento para uma escola efetivamente participativa, todos seremos protagonistas na construção

de uma escola melhor, mais democrática e com um ensino de melhor qualidade para todos.

4. O objetivo do projeto

O objetivo do projeto é sensibilizar, primeiramente os gestores, da importância da gestão participativa nas respectivas escolas, e mostrar o apoio efetivo do representante do Ministério Público. Depois de sensibilizados os gestores, passaremos para a sensibilização e mobilização e toda a comunidade escolar no projeto de fortalecimento dos Conselhos Escolares do Município. Envolveremos pais, alunos, educadores e comunidade nas discussões sobre a importância de uma escola participativa.

O fortalecimento dos Conselhos Escolares transformará cada uma das escolas em espaços potencialmente democráticos. Ao se tornar mais participativa cada uma das escolas envolvidas haverá mais condições de melhorar a qualidade do ensino e de enfrentar conjuntamente os desafios do cotidiano.

Previsão de tempo para a execução do projeto

Os trabalhos de fortalecimento das gestões participativas nas escolas não têm tempo determinado para acabar, pois são atividades continuadas através de ações periódicas e sistemáticas, que precisam ser constantemente renovadas e fortalecidas a cada ciclo, a cada troca de gestor, início de ano letivo, entre outros.

Após haver uma cultura de auto-organização entre os envolvidos, as ações ficam mais rotineiras e o projeto passa a ser mais sólido e com permanência.

Metodologia

Abertura de um Procedimento Administrativo de Acompanhamento (Ato

Normativo do MPSP nº 934/15-PGJ-CPJ-CGMP), para acompanhar o projeto principal ou, a depender do caso, um PAA para cada projeto em cada escola. Nesse PAA deverão ser juntados todos os documentos de acompanhamento, as atas das reuniões e outros relevantes.

Fazer o levantamento de cada uma das escolas do município para aferir a situação do funcionamento dos mecanismos de gestão democrática e dos Conselhos de Escola.

Promover reunião com o Prefeito e o Secretário Municipal de Educação para exposição do projeto e planejamento das ações.

Realizar palestra e/ou reunião com os Diretores das Escolas municipais para sensibilização, discussão de estratégias, planejamento das ações, celebração de termos de compromissos e posteriores acompanhamentos.

Realizar reuniões com os pais de alunos para sensibilizá-los sobre a importância da participação nos Conselhos Escolares e do apoio de todos à escola e no acompanhamento da vida escolar dos filhos.

Promover reuniões-palestras e reuniões com os Conselheiros para formação continuada sobre a importância da gestão participativa.

Realizar reuniões com a rede de atendimento e envolver os Conselhos Escolares e os demais atores.

Expedição de Recomendações para o fortalecimento do projeto.

Acompanhamento

Organizar reuniões periódicas com a equipe da Secretaria de Educação para avaliação e monitoramento dos projetos.

No final do ano comemorar os resultados obtidos e planejar as estratégias e ações para o ano seguinte.

ANEXO II: Modelo de Procedimento Administrativo de Acompanhamento (PAA)

Portaria de Instauração de Procedimento Administrativo de Acompanhamento (PAA)

CONSIDERANDO que o Promotor de Justiça subscritor possui atribuições vinculadas à Educação, entre as quais a promoção da efetividade do princípio da gestão democrática nas escolas (CF, art. 127 e art. 205, IV);

CONSIDERANDO que o Ato Normativo nº 934/15-PGJ-CPJ-CGMP, de 15 de outubro de 2015, disciplina o procedimento administrativo de acompanhamento de políticas públicas (art. 4o, inciso II);

CONSIDERANDO a conveniência de abertura de Procedimento Administrativo de Acompanhamento para as políticas públicas de fortalecimento da gestão democrática nas escolas (ex. Municipais e/ou Estaduais);

CONSIDERANDO a necessidade de sensibilizar pais, alunos, educadores e comunidade em geral sobre a importância da gestão participativa nas escolas, especialmente o fortalecimento dos Conselhos Escolares;

CONSIDERANDO que estudos e pesquisas comprovam a importância da gestão democrática como um dos aspectos fundamentais das condições para a qualidade da educação de forma geral e do ensino em particular;

CONSIDERANDO que a gestão democrática é fundamental para ajudar na resolução de problemas complexos no âmbito escolar, tais como enfrentamento da indisciplina, da evasão, da violência, entre outros.

CONSIDERANDO (...)

CONSIDERANDO a necessidade de acompanhar as ações de fortalecimento da gestão democrática nas escolas (ex. Municipais e/ou Estaduais) deste município, instauro o presente PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE ACOMPANHAMENTO (PAA), determinando:

1. Registre-se a presente no SIS-MP;

2. Junte-se a ela cópias de todos os documentos a ele referentes;
3. Oficie-se....
4. Para secretariar os trabalhos, fica indicado o _____ a Promotor de Justiça da Infância e da Juventude da Comarca de Jacareí.
Jacareí, (data)

Fulano de Tal

Promotor de Justiça da Infância e da Juventude de Jacareí

ANEXO III: Informações complementares

1. Projeto político-pedagógico

O projeto político-pedagógico deve ser fruto de uma construção coletiva envolvendo vários atores (educadores, equipe escolar e comunidade como um todo) os quais poderão pensar, planejar, executar e avaliar o seu próprio trabalho.

As próprias palavras que compõem a expressão projeto político-pedagógico já dão uma noção completa do que ele representa. Vamos a elas:

Projeto

A palavra projeto traz a ideia de futuro, ou seja, de plano, de intenções. Por isso falamos “projetar o futuro”. Portanto, é projeto pois reúne planos e propostas de ações orientadas, a serem executadas por um período de tempo, como um compromisso da escola.

Político

É político porque, como ressalta Gadotti,

não se constrói um projeto sem uma direção política, um norte, um rumo. Por isso, todo projeto pedagógico da escola é também Político. O projeto pedagógico da escola é, por isso mesmo, sempre um processo inconcluso, uma etapa em direção a uma finalidade que permanece como horizonte da escola (GADOTTI, 2000).

Vale dizer: a sua elaboração requer uma construção coletiva, com a participação de todos os que compõem a comunidade escolar e além disso a escola é um espaço, por excelência, de formação de cidadãos políticos, conscientes e críticos.

Pedagógico

É pedagógico porque define a organização da escola para o que ela pretende ser e realizar, o que exige sistematização das atividades e projetos educacionais necessários ao processo de ensino e aprendizagem.

2. Conselhos Escolares

Podem participar do Conselho Escolar as seguintes pessoas: pais, representantes de alunos, professores, funcionários, membros da comunidade e diretores da escola. A participação nos Conselhos é um excelente meio de envolvimento da família na vida escolar, e a sua funcionalidade é essencial para uma gestão participativa e cidadã.

2.1. Apoio à democratização da escola

Os Conselhos Escolares são os principais responsáveis pela democratização da escola, desde que sejam efetivamente democráticos, ou seja, com ampla participação social, constituam-se em espaços reflexivos e tenham mecanismos de deliberação coletiva. Ele é efetivamente um espaço para discussão, negociação e encaminhamento das demandas educacionais.

São atribuições dos Conselhos Escolares deliberar, no âmbito da escola, sobre questões político-pedagógicas, administrativas, financeiras, analisar as ações a serem empreendidas e os meios a utilizar para o cumprimento das finalidades da escola.

Portanto, o Conselho Escolar tem a função de opinar e decidir sobre questões relacionadas com a qualidade da escola e do ensino. Ele é o órgão consultivo, deliberativo e de mobilização mais importante do processo de gestão democrática da escola.

Ademais, as escolas são autônomas na gestão dos seus recursos e na elaboração dos seus projetos pedagógicos. Para estimular essa autonomia, cada vez mais o Governo Federal repassa recursos e materiais diretamente para as escolas. Desta forma, elas podem resolver problemas específicos de cada comunidade. E a melhor maneira de saber o que a comunidade precisa é trazê-la para a gestão administrativa e pedagógica da escola por meio dos Conselhos.

2.2. Atribuições do Conselho de Escola

A configuração e as atribuições do Conselho Escolar dependem das diretrizes do sistema de ensino e das definições das comunidades local e escolar. Dentre as principais atribuições do Conselho destacamos: a) a sua função de coordenação do coletivo da escola; b) a criação de mecanismos de participação.

Os Conselhos Escolares podem ter função deliberativa, consultiva, fiscal, mobilizadora e pedagógica. Vejamos:

- a) Função Deliberativa: quando decidem sobre projeto político-pedagógico da escola; encaminhamento de problemas; elaboração de normas internas da escola sobre questões referentes ao seu funcionamento nos aspectos pedagógico, administrativo ou financeiro; cumprimento das normas dos sistemas de ensino; decisão sobre a organização e o funcionamento geral das escolas, propondo à direção as ações a serem desenvolvidas.
- b) Função Consultiva: quando as suas decisões têm um caráter de assessoramento e é exercida por meio de pareceres, sugestões ou soluções que poderão ou não ser acatadas pelas direções das unidades escolares.
- c) Função Fiscal (acompanhamento e avaliação): quando acompanham a execução das ações pedagógicas, administrativas e financeiras, avaliando e garantindo o cumprimento das normas das escolas e a qualidade social do cotidiano escolar.
- d) Função Mobilizadora: quando promovem a participação, de forma integrada, dos segmentos representativos da escola e da comunidade local em diversas atividades, contribuindo assim para a efetivação da democracia participativa e para a melhoria da qualidade social da educação.
- e) Função Pedagógica: eles têm como missão essencial acompanhar o desenvolvimento das ações e práticas educativas e o processo de ensino-aprendizagem. Os conselhos, p. ex., acompanham o funcionamento da escola e o aprendizado dos alunos, discutem currículo, analisam resultados de provas e índices oficiais, sugerem atividades para melhorar o ensino, verificam se o dinheiro da escola está sendo bem aplicado, a qualidade social da instituição escolar, etc.

2.3. Princípios que regem os Conselhos de Escola

A seguir veremos quais são princípios que regem uma gestão democrática na escola:

Descentralização

A administração, as decisões e as ações devem ser elaboradas e executadas de forma não hierarquizada.

Participação

Todos os envolvidos no cotidiano escolar devem participar da gestão: professores, estudantes, funcionários, pais ou responsáveis, pessoas que participam de projetos na escola e toda a comunidade do entorno da escola.

Transparência

Qualquer decisão e ação tomada ou implantada na escola tem que ser de conhecimento de todos.

Ao analisar esses princípios, percebemos a importância do Conselho Escolar na gestão democrática da escola, pois ele é o órgão de representação da comunidade educativa, devendo constituir-se como instrumento de expressão, representação e participação da população. Ele precisa ser utilizado como um instrumento comprometido com a construção de uma escola cidadã.

2.4. Quantos são e como os membros do Conselho Escolar são eleitos?

A forma de escolha e o número de membros é variável de escola para escola e pode alterar conforme os municípios (diante de lei municipal própria). Também pode mudar conforme o Estado. Como são autônomas, as instituições devem estabelecer suas próprias regras de eleição e o tamanho dos mandatos, dentro do previsto na respectiva legislação municipal ou estadual, se houver.

No estado de São Paulo o Conselho de escola tem em sua composição entre

20 (vinte) a 40 (quarenta) membros, no máximo, com representantes da comunidade escolar e local. Os mandatos normalmente são fixados entre um e dois anos.

A composição é feita por representação, com a participação de professores, especialistas de educação, funcionários da escola, pais, alunos e, em alguns locais, pessoas da comunidade. Esses componentes serão escolhidos pelos

seus pares, mediante processo eletivo. Normalmente a composição é feita da seguinte forma: 40% de docentes; 5% de especialistas de educação; 5% de funcionários; 25% de pais de alunos e 25% de alunos. O Diretor da Escola é um membro nato do Conselho.

Cada um desses seguimentos deverá ter dois suplentes para substituir os membros efetivos quando necessário.

Importante

A escolha dos membros dos Conselhos Escolares deve se pautar pela possibilidade de efetiva participação dos futuros membros: o que vale é a representatividade, a disponibilidade e o compromisso.

Além disso, o representante deve ter o perfil de quem sabe ouvir e dialogar, assumindo a responsabilidade de acatar e representar as decisões da maioria, sem nunca desistir de dar opiniões e apresentar as suas propostas, pois os Conselhos Escolares são, acima de tudo, um espaço de participação e, portanto, de exercício de liberdade.

O Conselho é um instrumento de tradução dos anseios da comunidade. Por isso é fundamental que o conselho congregue em si a síntese do significado social da escola, para que possa constituir-se a voz da pluralidade dos atores sociais a quem a escola pertence.

Em geral o Conselho Escolar deve participar da elaboração do projeto político-pedagógico e acompanhar o desenrolar das ações da escola, num processo permanente de acompanhamento e avaliação. Essa avaliação serve para um diagnóstico visando à manutenção e/ou revisão dos procedimentos e das práticas realizadas no dia a dia da escola.

Os conselhos se situam na interface entre o Estado e a sociedade, buscando a cogestão das políticas públicas. Eles se constituem em canais de participação popular na realização do interesse público e representam o canal de expressão dos setores organizados da sociedade (Brasil, 2004b, p. 16).

2.5. De quanto em quanto tempo o Conselho deve se reunir?

O MEC sugere reuniões mensais dos Conselhos. Além dessas reuniões, também são importantes as assembleias gerais, que devem contar com a participação de todos da comunidade escolar e não somente dos membros eleitos. Extraordinariamente, por convocação do Diretor da Escola ou através de proposta de, pelo menos, um terço dos seus membros.

Atribuições em geral do Conselho Escolar (entre outras)

- criar o regimento interno do Conselho Escolar;

- deliberar sobre diretrizes e metas da unidade escolar;
- elaborar, discutir e aprovar o projeto político-pedagógico da escola ou (re)avaliar o projeto existente, visando alterá-lo;
- coordenar o processo de discussão, elaboração ou alteração do Regimento Escolar;
- convocar assembleias gerais da comunidade escolar ou de seus segmentos;
- garantir a participação das comunidades escolar e local na definição do projeto político-pedagógico da unidade escolar;
- promover relações pedagógicas que favoreçam o respeito ao saber do estudante e valorize a cultura da comunidade local;
- propor e coordenar alterações curriculares na unidade escolar, respeitada a legislação vigente, a partir da análise, entre outros aspectos, do aproveitamento significativo do tempo e dos espaços pedagógicos na escola;
- propor e coordenar discussões junto aos segmentos e votar as alterações metodológicas, didáticas e administrativas na escola, respeitada a legislação vigente;
- participar da elaboração do calendário escolar, no que competir à unidade escolar, observada a legislação vigente;
- acompanhar a evolução dos indicadores educacionais (abandono escolar, aprovação, aprendizagem, entre outros) propondo, quando se fizerem necessárias, intervenções pedagógicas e/ou medidas socioeducativas visando à melhoria da qualidade social da educação escolar;
- elaborar o plano de formação continuada dos conselheiros escolares,
visando a ampliar a qualificação de sua atuação;
- aprovar o plano administrativo anual, elaborado pela direção da escola, sobre a programação e a aplicação de recursos financeiros, promovendo alterações, se for o caso;
- fiscalizar a gestão administrativa, pedagógica e financeira da unidade escolar;
- promover relações de cooperação e intercâmbio com outros Conselhos Escolares.

3. Grêmios Estudantis

O grêmio é também um importante espaço de aprendizagem de valores, de cidadania e de convivência, além de possibilitar a discussão de temas ligados à qualidade de ensino. Participar do grêmio é trabalhar de forma colaborativa. Um grêmio pode ter diversos objetivos, entre eles defender as propostas apresentadas pelos estudantes para a escola.

Um dos principais objetivos do grêmio é representar os alunos junto ao corpo docente da escola: professores, coordenadores e direção. Ele pode propor soluções, encaminhar propostas colaborativas ou mesmo participar, com as partes, como um mediador, na discussão de projetos para a escola.

Na defesa dos interesses individuais e coletivos dos alunos, os grêmios podem propor ideias e projetos e contribuir para a integração dos alunos. Além disso, como espaço de aprendizado e exercício de cidadania, é importante que o grêmio conte com o apoio e o suporte do corpo docente.

Contudo, apesar da autonomia, ele deve seguir as regras da escola, visando a manter uma boa relação com a comunidade escolar.

Estudos e pesquisas apontam o papel fundamental dos grêmios na redução da violência nas escolas e na qualidade de ensino, pois eles estimulam a colaboração e a solidariedade na comunidade escolar. Assim, uma escola democrática deve se preocupar em formar jovens ativos, responsáveis, protagonistas e capazes de solucionar as suas demandas e problemas por meio do diálogo, da negociação e da cooperação.

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS ESCOLARES

Douglas Lingiardi Strachicini¹

Sumário: 1. Introdução. 2. A Evolução do Direito à Educação no Brasil. 3. Os Conflitos nas Escolas. 4. O Ministério Público e a Educação. 5. As Formas Tradicionais de Atuação do Ministério Público. 5.1 Atuação Judicial. 5.2 Atuação Extrajudicial. 6. O Ministério Público, o Movimento de Acesso à Justiça e a Política Nacional de Estímulo à Solução Consensual dos Conflitos. 7. Negociação, Mediação, Conciliação e Práticas Restaurativas na Resolução CNMP nº 118/2014. 8. O Contexto Escolar do Século XXI. 9. Práticas Restaurativas no Ambiente Escolar e a Atuação do Ministério Público. 10. Conclusão. Referências.

Resumo: A escola se tornou palco de uma diversidade de conflitos, especialmente após as conquistas alcançadas com a democratização do ensino. A adoção de mecanismos de autocomposição pacífica dos conflitos é uma tendência mundial, decorrente da evolução da cultura de participação e do diálogo, devendo ser implementados no ambiente escolar. Neste contexto, o Ministério Público brasileiro, na qualidade de instituição transformadora da realidade social, possui uma missão muito relevante na ampliação de sua atuação extrajudicial no ambiente escolar, estimulando a adoção de práticas que traduzam soluções colaborativas e autocompositivas na resolução dos conflitos escolares. Assim agindo, facilita o acesso à Justiça, a resolução dos conflitos de forma mais célere, justa e efetiva, e colabora para uma educação de melhor qualidade e para a construção de uma sociedade mais solidária, orientada pela cultura da paz.

Palavras-chave: Educação. Conflitos. Escolas. Atuação. Ministério Público. Solução Consensual. Negociação. Mediação. Conciliação. Práticas Restaurativas.

1. Introdução

A evolução do direito à educação no Brasil foi marcada pela desigualdade. No passado o ambiente escolar era seletivo e excludente,

¹ Promotor de Justiça no Estado de Mato Grosso (MPMT). Membro colaborador da Comissão de Direitos Fundamentais e da Comissão de Planejamento Estratégico do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

mas, especialmente após a Constituição de 1988, passou a ser espaço mais democrático e inclusivo.

Assim, a escola se tornou palco de uma diversidade de conflitos, sobretudo os de relacionamento, pois nela convivem pessoas de variadas idades, origens, sexos, etnias e condições socioeconômicas e culturais.

É necessário, portanto, que todos estejam preparados para o enfrentamento desta heterogeneidade, das diferenças e das tensões próprias da convivência escolar, que muitas vezes podem gerar dissenso, desarmonia e até violência.

Ao mesmo tempo em que o ambiente escolar se modificou tornando-se um espaço mais acessível, também foi alterado o paradigma de atuação do Ministério Público na defesa da Educação.

Inicialmente, instituição de atuação mais voltada à seara criminal, o Ministério Público ganhou novo perfil institucional com a Constituição Federal de 1988, que lhe referendou mecanismos de exigibilidade dos direitos sociais perante o Poder Judiciário.

Além disso, os efeitos da terceira onda de acesso à Justiça fizeram surgir um novo espaço de atuação para o Ministério Público, destinado à busca de soluções consensuais de conflitos, que foi sedimentado através da edição da Resolução CNMP nº 118/2014 e reafirmado com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil.

Desta forma, o Ministério Público brasileiro passou a ter verdadeiro compromisso com a eficiência e o protagonismo da atuação institucional na promoção da justiça, almejando alcançar reconhecimento como instituição transformadora da realidade social e essencial à preservação da ordem jurídica e da democracia, tal como consta de seu Planejamento Estratégico Nacional.

Para alcançar tais objetivos, é essencial que a instituição esteja conectada às transformações pelas quais passa a sociedade, dentre elas o incremento da participação dos interessados na construção das soluções jurídicas que lhes afetam e a crescente busca de alternativas ao processo judicial para resolução de controvérsias.

É nesse contexto, e tendo presente que a Constituição Federal estabeleceu como objetivos em relação à educação o pleno desenvolvimento da pessoa e o preparo para o exercício da cidadania, que o Ministério Público deve priorizar sua atuação no ambiente escolar com vistas à concretização do princípio da paz.

Para tanto, é indispensável o seu esforço para que os chamados métodos autocompositivos de solução de controvérsias, em especial

a negociação, a mediação, a conciliação e as práticas restaurativas, sejam estimulados, apoiados e difundidos dentro das escolas.

No cenário de diversidade acima descrito, as metodologias dialogais têm sido uma poderosa ferramenta de transformação e pacificação social, eis que se articulam com base nas diferenças e no seu reconhecimento, e não na sobreposição de um sobre o outro.

Diante desta nova realidade, caracterizada por novas possibilidades de atuação do Ministério Público na defesa do direito fundamental à educação, é imperioso que seus agentes busquem o aprimoramento do desempenho de suas funções institucionais, conscientes de que a solução não está na judicialização indiscriminada dos conflitos escolares.

2. A evolução do Direito à Educação no Brasil

O desenvolvimento do direito à Educação no Brasil, tal como ocorreu em inúmeras outras áreas, é marcado fortemente pelo signo da desigualdade.

Do período Colonial até o final do século XIX a educação do povo não era entendida como necessidade social e econômica para o desenvolvimento da nação. Assim, em nosso país, a Educação não foi inicialmente concebida como um direito de todos, como bem se observa pela análise da evolução constitucional do direito à educação.

O panorama passou a mudar significativamente a partir da Constituição de 1988, que contemplou a educação como direito social (artigo 6º) e enfatizou seu conteúdo no Capítulo da Educação, Cultura e Desporto, dentro do Título sobre a Ordem Social (artigos 205 a 217).

Neste sentido, não se pode deixar de mencionar que a CRFB/1988 passou a conceber a educação como direito público subjetivo e também forneceu mecanismos legais para que se pudesse exigir do Poder Público as suas obrigações através de prestações positivas.

Para compreender a importância que a Carta de 1988 trouxe para o campo educacional, vejamos as palavras de Afonso Armando Konzen²:

Até a vigência da atual Constituição, a educação no Brasil era havida genericamente como uma necessidade e um

2 KOZEN, Afonso Armando. O Direito à Educação Escolar. In: BRANCHER, Leonardo Narciso, RODRIGUES, Maristela Marques, e VIEIRA, Alessandra Gonçalves (orgs.). O Direito é Aprender. Brasília, FUNDESCOLA/MEC, 1999, p. 659-668.

importante fator de mudança social, subordinada, entretanto, e em muito, às injunções e aos acontecimentos políticos, econômicos, históricos e culturais.

A educação, ainda que afirmada como direito de todos, não possuía, sob o enfoque jurídico e em qualquer de seus aspectos, excetuada a obrigatoriedade da matrícula, qualquer instrumento de exigibilidade, fenômeno de afirmação de determinado valor como direito suscetível de gerar efeitos práticos e concretos no contexto pessoal dos destinatários da norma. A oferta de ensino e a qualidade dessa oferta situavam-se, em síntese, no campo da discricionariedade do administrador público, ladeada por critérios de conveniência e oportunidade.

Em razão desta alteração, a Legislação Infraconstitucional do direito à educação passou por relevantes mudanças, abandonando o caráter programático das normas para uma atuação mais efetiva.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069/1990) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei Federal nº 9.394/1996) são os principais marcos normativos que, junto à Constituição de 1988, possibilitaram aos profissionais que atuam na área da educação meios judiciais que a educação fosse efetivada de fato.

Neste momento, ganhou grande destaque a atuação do Ministério Público brasileiro, seja porque a mesma Constituição Federal de 1988 lhe conferiu um novo perfil institucional, seja porque já vinha se destacando como um dos principais protagonistas da 2ª onda de acesso à Justiça, como as atribuições que lhe haviam sido outorgadas pela Lei de Ação Civil Pública (Lei Federal nº 7.347/1985), especialmente na defesa dos direitos transindividuais.

De efeito, o Ministério Público assumiu papel relevantíssimo na garantia do direito à educação, pois foi apontado como um dos legitimados ativos para buscar judicialmente a efetividade deste direito. E, neste campo, não atuou com parcimônia, se tornando rápida e reconhecidamente o legitimado que mais se utiliza das ações civis públicas no Brasil.

Não sem razão, a partir da década de 1990, constata-se, através das estatísticas oficiais, que o perfil da educação no Brasil melhorou. A taxa de analfabetismo reduziu, o número de matrículas escolares aumentou e a escolaridade média cresceu.

É inegável, portanto, a mudança de paradigma quando se analisa a escola do passado com a escola atual.

Como visto, no passado a escola era vista como seletiva e excludente. Era espaço para poucos, onde aqueles que não se

enquadravam no seu perfil podiam ser excluídos ou não admitidos (havia até métodos de seleção de alunos, como o exame de admissão). Diferentemente desta escola, e representando um novo paradigma, a atual caracteriza-se como uma escola inclusiva, na qual é assegurada a educação para todos.

Não é por outra razão que a Constituição Federal estabelece a educação como um direito de todos. Com esta diretriz, constata-se a implementação de políticas de democratização do ensino, com a expansão do acesso à escola.

Diante deste paradigma inclusivo, pontua com precisão Luiz Antônio Miguel Ferreira³ que a escola sofreu uma mudança de perfil para se adequar à nova realidade. Isso porque a educação para todos implica colocar na escola todas as crianças e todos os adolescentes. Significa colocar uma diversidade de estudantes com características próprias e das mais diversas e variadas. Em outros termos, garante a educação para 100% da população infantojuvenil, com a inclusão de 100% de bons e maus alunos, 100% dos alunos com deficiência, 100% dos alunos hiperativos, comportados e malcomportados, violentos ou não, disciplinados ou indisciplinados. Essa multiplicidade de alunos que hoje a escola recebe nos remete a uma primeira conclusão óbvia: educar hoje é diferente de educar no passado. A escola de hoje é diferente da escola do passado, e não há como comparar sua atuação e sua intervenção diante de realidades tão diferentes.

É certo que esta escola atual abarca todos os problemas sociais que a cercam. Os conflitos comportamentais em face da diversidade dos alunos estão presentes. Assim, a título de exemplo, a violência que estava fora da escola, hoje, faz-se presente dentro dela, posto que a escola não deve mais selecionar, e sim incluir a totalidade de alunos.

Desta forma, a escola se tornou palco de uma diversidade de conflitos, sobretudo os de relacionamento, pois nela convivem pessoas de variadas idades, origens, sexos, etnias e condições socioeconômicas e culturais.

3. Os conflitos nas escolas

Diante da mencionada alteração de paradigma ocorrida no ambiente escolar, se tornou necessário que todos estejam preparados para o enfrentamento desta heterogeneidade, das diferenças e das

3 FERREIRA, Luiz Antônio Miguel. Ministério Público: Atuação na Área da Educação (Avanços, Dilemas e Desafios). In: SABELLA, Walter Paulo, DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz, e BURLE FILHO, José Emmanuel (coord.). *Ministério Público: Vinte e Cinco Anos do Novo Perfil Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 533-558.

tensões próprias da convivência escolar, que muitas vezes podem gerar dissenso, desarmonia e até violência.

Não há como ser diferente. Os conflitos são inerentes à condição humana e, portanto, estão por toda parte, não estando o ambiente escolar imune a eles. A simples convivência implica uma pluralidade de interesses, necessidades e vontades, significando uma potencialidade constante para os conflitos.

Ocorre que, via de regra, as pessoas ainda identificam o conflito como se necessariamente fosse algo negativo.

Mas eles não são, em sua natureza, nem bons nem ruins: fazem parte da vida em sociedade. A maneira como lidamos com eles, no entanto, faz com que tenham desdobramentos positivos ou negativos. Quando bem manejados, os conflitos podem levar à restauração das relações e à colaboração. Quando ignorados ou mal administrados, podem ter consequências não desejadas⁴.

A escola também é encarregada de formar valores e habilidades para a convivência e deve se preparar para trabalhar os conflitos que nela ocorrem.

De qualquer modo, até mesmo quando os conflitos tomam rumos indesejáveis, eles podem refletir aspectos positivos e são excelentes oportunidades de aprendizagem e de crescimento individual e coletivo, desde que devidamente bem compreendidos, elaborados e resolvidos, possibilitando uma melhoria na qualidade dos relacionamentos pessoais e sociais.

Os conflitos ocorridos na escola, se bem gerenciados, podem ser aproveitados para o fortalecimento dos vínculos sociais. O que se almeja é ensinar a crianças e jovens o gerenciamento positivo dos conflitos, pequenos ou grandes, que surgem nas relações de convivência. Elas são importantes ferramentas para a cultura de paz e para a prevenção da violência, pois elas são centradas no diálogo e no encontro⁵.

Faz-se necessária, portanto, a prática de uma dialética que acolhe e compreende as diferenças e o pluralismo.

E é neste contexto que se apresenta ao Ministério Público – uma das instituições responsáveis pela concretização do direito à educação – o desafio de aprimorar sua atuação na área, através da implementação de novas técnicas autocompositivas que permitam difundir o princípio da paz dentro do ambiente escolar.

4 CECCON, Cláudia. [et al.]. *Conflitos na escola: modos de transformar: dicas para refletir e exemplos de como lidar*. São Paulo: CECIP: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2009.

5 NUNES, Antônio Carlos Ozório. In: BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Diálogos e Mediação de Conflitos nas Escolas - Guia Prático para Educadores*. Brasília: CNMP, 2014.

Ao privilegiar a atuação que potencializa a interface existente entre Educação e Justiça, o Ministério Público reafirma a sua genuína vocação de instituição mediadora que deve trabalhar no sentido de formar cidadãos mediadores, cumprindo a sua função constitucional de ser instrumento de acesso à Justiça como valor.⁶

Desta forma, a instituição contribui com a construção de uma cidadania da paz, que possibilita alterar a atual cultura demandista ainda existente em nossa sociedade, onde, segundo dados consolidados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2016)⁷, o Brasil já superou a marca de 102 milhões de processos pendentes de julgamento.

Não podemos esquecer que neste início de milênio as informações são democratizadas e massificadas através da tecnologia digital, no imponderável das redes sociais e midiáticas, o que reforça a necessidade de uma atuação visando ao preparo das pessoas para o exercício da cidadania.

Assim, é imperioso verificar a forma com que se deu a evolução da atuação do Ministério Público na área da educação, as formas tradicionais com as quais trabalhava e as perspectivas de ação em face da necessidade de adoção de práticas não adversariais de resolução de conflitos.

4. O Ministério Público e a Educação

De início, a relação da educação com o Ministério Público mostrava-se muito superficial, especialmente diante da vocação penal da instituição.

No mais das vezes, a intervenção ocorria na esfera criminal em relação ao crime de abandono intelectual (artigo 246 do CPB) e na área cível, em mandados de segurança em que se discutiam relações educacionais, principalmente ligadas aos professores, além das hipóteses de intervenção decorrentes do artigo 82, inciso III, do CPC de 1973.

No entanto, essa atuação ganhou novo referencial com a Lei de Ação Civil Pública (Lei Federal nº 7.347/1985) e a Constituição de 1988 (artigos 127 a 129), que conferiram ao Ministério Público a legitimidade para promover o inquérito civil e as ações para a proteção de interesses difusos e coletivos.

6 Cartilha *A Justiça Restaurativa no Ambiente Escolar: Instaurando o Novo Paradigma*. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2016.

7 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em Números 2016, Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 5 maio 2017.

Assim, como já destacado, o Ministério Público se tornou rapidamente o legitimado que mais fez (e ainda faz) uso das ações coletivas e aquele que, ainda que proporcionalmente, mais êxito alcança.

Por fim, como desdobramento da nova ordem constitucional, impõe-se ao Ministério Público a realização de trabalho articulado e integrado com a rede⁸ de proteção do sistema educacional.

Desta forma, a partir do momento em que a CRFB de 1988 estabeleceu (artigo 205) o dever do estado de promover a educação, incluiu o Ministério Público, como órgão integrante deste Estado, a assumir seu papel como corresponsável pela efetivação do direito à educação⁹.

5. As formas tradicionais de atuação do Ministério Público

A Constituição Federal de 1988 outorgou ao Ministério Público uma missão de futuro, que se concretiza por intermédio de ações realizadas no presente¹⁰.

Para tanto, tem que se adaptar às novas exigências legais e sociais, integrando-as em seu cotidiano, para responder à necessidade e à complexidade dessas demandas. A educação é o exemplo característico dessa nova realidade, da necessidade de uma ação diferenciada, que não mais se satisfaz com a intervenção “a posteriori”, ou seja, em relação às consequências, mas para uma postura proativa, de opinar, auxiliar e exigir antes.¹¹

A ação institucional abarca um fazer que envolve todo o sistema educacional: da criança ao adulto; da creche à universidade; da escola pública à particular. Sem contar com todo o aspecto humano: diretor, coordenador pedagógico, professor, funcionários em geral etc. Também envolve os problemas sociais do cotidiano que refletem diretamente na relação ensinar/aprender, como a violência, os grupos e gangues, gravidez e trabalho precoces e problemas relacionados à nova formatação familiar.

8 Para maior aprofundamento sobre as Redes de Proteção Integral, vide: MEC – Cadernos SECAD 5. Brasília, 2007.

9 FERREIRA, Luiz Antônio Miguel. Ministério Público: Atuação na Área da Educação (Avanços, Dilemas e Desafios). In: SABELLA, Walter Paulo, DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz, e BURLE FILHO, José Emmanuel (coord.). *Ministério Público: Vinte e Cinco Anos do Novo Perfil Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 533-558.

10 Idem. p. 533-558.

11 MARTINES JR., Eduardo. *Educação, Cidadania e Ministério Público. O art. 205 da CF e sua Abrangência*. Tese de Doutorado. São Paulo: PUC/SP, 2006, p. 317.

Logo, diante deste vasto rol de situações, a atuação do membro do Ministério Público na área da educação deve ser a mais ampla possível. Esta atuação materializa-se, tradicionalmente, de duas formas: judicial e extrajudicial.

5.1. Atuação judicial

Como já afirmado, a partir de 1988, o Poder Judiciário passou a ter funções mais significativas na efetivação do direito à educação. Inaugurou-se no Poder Judiciário uma nova relação com a educação, que se materializou através de ações judiciais visando sua garantia e efetividade.

Pode-se designar este fenômeno como “judicialização da educação”, que significa a intervenção do Poder Judiciário nas questões educacionais em vista da proteção desse direito.

A base legal desta atuação está inserta no artigo 208 da CRFB, que estabeleceu os deveres do Estado para com a educação com eficácia plena, de modo que se o Poder Público não cumprir com suas obrigações, o interessado pode acionar o Poder Judiciário visando sua responsabilização.

O Ministério Público atuou por muito tempo na propositura de ações visando a garantia do direito integral à educação: melhoria da merenda escolar; transporte escolar; falta de professores; adequações do prédio escolar ao aluno com deficiência; vaga em creche e pré-escola; cuidador para pessoa com deficiência, dentre outras.

Entretanto, com a burocratização do sistema judicial e o crescimento da litigiosidade, o Ministério Público passou a buscar alternativas para que a proteção jurídica seja efetiva e garantidora do direito à educação.

5.2. Atuação extrajudicial

A atuação extrajudicial do promotor de Justiça, de igual importância e alicerçada na criatividade, materializa-se em dois campos de ação: (a) no inquérito civil; e (b) na comunidade/escola.¹²

O inquérito civil apresenta-se como relevante mecanismo de proteção do direito à educação e possibilitou ao promotor de Justiça buscar uma atuação garantidora do direito à educação independentemente de eventual propositura de ação civil pública,

12 MARTINES JR., Eduardo. Educação, Cidadania e Ministério Público. O art. 205 da CF e sua Abrangência. Tese de Doutorado. São Paulo: PUC/SP, 2006, p. 286.

posto que contempla a possibilidade de Recomendações e Termos de Ajustamentos de Conduta.

De igual importância apresentam-se as audiências públicas que podem ser promovidas pelo Ministério Público. Nestas audiências, a população-alvo é chamada a discutir diretamente um problema relativo à educação e os encaminhamentos a serem dados.

O Ministério Público pode ainda articular reuniões periódicas com os integrantes da rede educacional, ou mesmo do Conselho Tutelar, para estabelecer fluxos de atuação e integração da rede, como, por exemplo, no combate à evasão escolar e promover integração com a comunidade, relacionadas às demandas de determinada escola.

6. O Ministério Público, o Movimento de Acesso à Justiça e a Política Nacional de Estímulo à Solução Consensual dos Conflitos

Como visto, as formas de atuação tradicional do Ministério Público na defesa da efetivação do direito à Educação estavam materializadas na atuação judicial e extrajudicial, situação que se modificou com a Política Nacional de Estímulo à Solução Consensual dos Conflitos, inserida no contexto do movimento mundial de acesso à Justiça, mais precisamente na terceira onda, ou terceiro estágio.

Apenas para lembrar as lições de Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹³, a primeira onda, relativa à assistência judiciária aos mais carentes, teve amplo reflexo no Brasil, através da promulgação da Lei de Assistência Judiciária (Lei Federal nº 1.060/1951) e com a criação (onde não existiam) e estruturação (onde já existiam) das Defensorias Públicas, por exemplo.

A segunda onda preocupou-se com a representação em juízo dos interesses difusos e coletivos. Em nosso país, o Ministério Público assumiu o protagonismo na implementação do segundo estágio de acesso à Justiça ao titular a propositura de ações civis públicas para amparar, salvaguardar e viabilizar o exercício de direitos coletivos consagrados no texto constitucional.

Atualmente vivenciamos o terceiro estágio (ou terceira onda) do movimento de acesso à Justiça, que é bem mais amplo e direciona-se ao chamado enfoque global de acesso à Justiça¹⁴, no qual se inserem

13 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

14 Para maior aprofundamento, vide: CARDOZO, José Eduardo. *O acesso à justiça no Brasil: desafios e perspectivas*. Manual de boas práticas de acesso à justiça – Mercosul e Estados associados. Brasília: Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, 2012.

a conciliação e a mediação como instrumentos para a simplificação e resolução de litígios.

Para a consolidação da terceira onda de acesso à Justiça no Brasil, algumas medidas simples, mas eficazes, podem e devem ser internalizadas por aqueles que desejam uma Justiça mais célere, eficiente, inclusiva e democrática, quais sejam: (a) a capacitação dos operadores do direito em técnicas de mediação e negociação de conflitos, já que temos até hoje no Brasil uma formação acadêmica marcadamente voltada e orientada ao fomento do litígio; (b) o reconhecimento de que acesso à Justiça não é acesso ao litígio, mas à solução deste com eficiência e agilidade, mediante a utilização de métodos autocompositivos, que não devem ser considerados como uma alternativa secundária à Justiça formal, mas como via igualmente preferencial destinada ao tratamento adequado de conflitos; e (c) o uso do Inquérito Civil não mais como mero instrumento destinado ao exercício responsável da ação civil pública, mas como instrumento vocacionado à formalização do consenso em seara extrajudicial.¹⁵

Há uma clara e manifesta influência da terceira onda no II Pacto Republicano do Estado brasileiro por sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo, firmado pelos presidentes dos três poderes da República em abril de 2009, que consagra o compromisso de “fortalecer a mediação e conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos voltados à maior pacificação social e menor judicialização”.¹⁶

Esta influência ressoou no âmbito do Ministério Público através da edição da Resolução CNMP nº 118, de 1º de dezembro de 2014, publicada em 27 de janeiro de 2015, que instituiu a Política de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e pode ser considerada um marco para o estímulo da solução consensual de conflitos.

Citada Resolução tem o claro objetivo de assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses que envolvem a atuação da Instituição, cabendo-lhe implementar e adotar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais, bem assim prestar atendimento e orientação aos cidadãos sobre tais mecanismos.

15 BADINI, Luciano. Reflexões Sobre a Negociação e a Mediação para o Ministério Público. In: ZANETTI JR., Hermes, e CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). **Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. Salvador: Juspodivum, 2016, p. 225-236.

16 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **II Pacto Republicano do Estado por Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo**. Brasília, DF, 13 de abril de 2009. DOU, maio 2009, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/lipacto.htm>. Acesso em: 5 maio 2017.

No mesmo caminho, o Novo Código de Processo Civil (Lei Federal nº 13.105/2015) e a Lei de Mediação (Lei Federal nº 13.140/2015) reafirmam um novo espaço de atuação do Ministério Público, voltado para a busca de novas formas de acesso e resolução de conflitos.

A busca é implementar medidas, inclusive preventivas, que permitam a redução da litigiosidade e dos conflitos envolvendo o Poder Público, notadamente os de natureza coletiva, a celebração de compromissos de ajustamento, bem como o estímulo ao diálogo e a adoção de práticas restaurativas para a solução consensual de conflitos.

7. Negociação, mediação, conciliação e práticas restaurativas na Resolução CNMP nº 118/2014

Como visto, no âmbito do Ministério Público, a Resolução CNMP nº 118/2014 foi um marco para o estímulo da solução consensual de conflitos e atribuiu ao Ministério Público brasileiro a implementação e adoção de mecanismos de autocomposição, entre os quais estão a negociação, mediação, conciliação, processo restaurativo e convenções processuais.

Uma das grandes virtudes do citado ato normativo foi firmar a distinção conceitual entre negociação, mediação, conciliação e práticas restaurativas, não raras vezes utilizados com imprecisão conceitual pelos operadores do direito.

Ressalta-se, inicialmente, que o artigo 8º da Resolução CNMP nº 118/2014 recomenda a negociação para as controvérsias ou conflitos em que o Ministério Público possa atuar como parte na defesa de direitos e interesses da sociedade, em razão de sua condição de representante adequado e legitimado coletivo universal.

A rigor, portanto, consoante leciona o professor Alexandre Amaral Gavronsky¹⁷ “na tutela coletiva o Ministério Público atua como autêntico negociador, compondo diretamente com o responsável pela lesão ou ameaça, a solução jurídica destinada a assegurar a efetividade dos direitos em questão”.

Trata-se de atuação autêntica do Ministério Público resolutivo, como lembra Marcelo Pedroso Goulart¹⁸, que ocupa novos espaços, habilita-se como negociador e indutor de políticas públicas, age

17 BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Manual de Negociação e Mediação para Membros do Ministério Público*. 2. ed. Brasília: CNMP, 2015, p. 143-163.

18 GOULART. Marcelo Pedroso. *Elementos para uma Teoria Geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 202-203.

integradamente e em rede com os demais sujeitos políticos coletivos nos mais diversos níveis – local, regional, intraestatal, estatal, regional supraestatal e global.

A mediação, na forma do artigo 9º da Resolução CNMP nº 118/2014, é recomendada para solucionar controvérsias ou conflitos que envolvam relações jurídicas nas quais é importante a direta e voluntária ação de ambas as partes divergentes.

Assim, trata-se de um mecanismo de autocomposição assistida em que um terceiro, imparcial e neutro, auxilia as partes envolvidas no conflito a construir uma avença mutuamente satisfatória.

Já a conciliação, na forma do que prevê o artigo 11 da Resolução, é recomendada para controvérsias ou conflitos que envolvam direitos ou interesses nas áreas de atuação do Ministério Público como órgão interveniente e nos quais sejam necessárias intervenções propondo soluções para a resolução das controvérsias ou dos conflitos.

Por fim, o artigo 13 da Resolução CNMP nº 118/2014 estabelece que as práticas restaurativas são recomendadas nas situações para as quais seja viável a busca da reparação dos efeitos da infração por intermédio da harmonização entre o seu autor e a vítima, com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos.

Nas práticas restaurativas desenvolvidas pelo Ministério Público, o infrator, a vítima e quaisquer outras pessoas ou setores, públicos ou privados, da comunidade afetada, com a ajuda de um facilitador, participam conjuntamente de encontros, visando à formulação de um plano restaurativo para a reparação ou minoração do dano, a reintegração do infrator e a harmonização social (artigo 14 da Resolução CNMP nº 118/2014).

Protagonista desse movimento de acesso à Justiça, o Ministério Público brasileiro tem muito a contribuir para o aprimoramento da utilização desses métodos na prática jurídica brasileira, desempenhando papel determinante para a promoção da justiça e a pacificação social.

Em especial, a instituição deve conferir primazia à sua atuação no ambiente escolar, notadamente pelo fato de a CRFB/1988 ter estabelecido como objetivos em relação à educação o pleno desenvolvimento da pessoa e o preparo para o exercício da cidadania (artigo 205).

Para tanto, é indispensável o seu esforço para que os métodos autocompositivos de solução de controvérsias sejam estimulados, apoiados e difundidos dentro das escolas.

8. O Contexto escolar do Século XXI

Como já destacado em tópico antecedente, a escola atual passou por uma alteração de paradigma que a tornou um espaço mais democrático e inclusivo. Tal mudança contribuiu para que os conflitos se multiplicassem no ambiente escolar, sendo necessária a adoção de procedimentos que proporcionem um gerenciamento positivo das contendas e que conduzam à implementação da cultura da paz.

Não existem dúvidas de que o adequado enfrentamento dos conflitos tende a reduzir a violência nas escolas, o que gera melhoria da convivência no ambiente escolar e contribuir para a oferta de uma educação de qualidade para todos.

Um ambiente escolar saudável e equilibrado precisa ser construído por aqueles que nele estão envolvidos. Os conflitos devem ser momentos pedagógicos e oportunidades de desenvolvimento do diálogo, tolerância, respeito mútuo e valorização do outro. Professores e alunos devem ser parceiros em uma caminhada rumo à promoção de um espaço escolar acolhedor, próximo, democrático, responsável e participativo.

Construir caminhos, estabelecer parceiros, estimular as mudanças positivas, valorizar e criar oportunidades de desenvolvimento de seus educandos são atitudes necessárias dos educadores, que frutificarão num ambiente escolar favorável ao processo educativo e à boa e democrática convivência escolar.

Neste sentido ganha importância acentuada a atuação do Ministério Público, pois os ditames constitucionais e legais lhe conferem o poder-dever de atuar como agente de transformação da realidade social.

Com efeito, a atuação institucional extrajudicial passa a ganhar novos contornos, cabendo ao Parquet adotar todas as medidas no sentido implementar os métodos autocompositivos de solução de controvérsias nas escolas.

Reforçando a sua atuação resolutiva, o Ministério Público deve manter diálogo permanente entre as áreas jurídicas e educacionais, de forma articulada com a rede de proteção, e ser parceiro das escolas no enfrentamento da violência, no combate à evasão escolar, na construção de uma cultura de paz e no desenvolvimento do efetivo processo educacional inclusivo, cidadão e emancipador.¹⁹

19 Cartilha Educação: Semente para um mundo melhor. 2 ed., Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2016.

9. Práticas restaurativas no ambiente escolar e a atuação do Ministério Público

Dentro da perspectiva citada, nos últimos anos o Ministério Público brasileiro tem incrementado sua atuação extrajudicial com a finalidade de implementar mecanismos de solução consensual dos conflitos no ambiente escolar, destacando-se a adoção das práticas restaurativas.

Nas escolas, as práticas restaurativas têm sido usadas para lidar com uma gama de conflitos escolares, desde os mais simples até os mais sérios. No Brasil, diversas redes municipais e estaduais de ensino têm incentivado a sua implantação e ampliação, destacando-se as experiências em Pernambuco, no Distrito Federal e nas cidades de São Caetano do Sul²⁰ e Guarulhos, São Paulo.

A implementação das práticas restaurativas no ambiente escolar por parte do Ministério Público ainda teve um impulso significativo com atuação do CNMP através da campanha “Conte até 10 nas Escolas”²¹, um desdobramento da campanha “Conte até 10. Paz. Essa é a atitude”, concebida como ação da Enasp (Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública²²), com reflexos na atuação de inúmeras unidades do Ministério Público brasileiro.

Tais práticas são formas de gerenciamento de conflitos, através das quais um facilitador (mediador) auxilia as partes direta e indiretamente envolvidas num conflito, a realizar um processo dialógico visando transformar uma relação de resistência e de oposição em relação de cooperação.

Nesse processo, através de técnicas de comunicação não violenta, os envolvidos decidem coletivamente como lidar com circunstâncias decorrentes do ato danoso e suas implicações para o futuro, com vistas a alcançar uma boa reflexão, a restauração e a responsabilização, permitindo o fortalecimento das relações e dos laços comunitários.

Diversas são as práticas restaurativas que vêm sendo utilizadas no contexto escolar, entre outras, o diálogo e o perguntar restaurativo, a mediação escolar, a mediação de pares, os encontros restaurativos, os círculos de paz e de diálogo e os círculos restaurativos.

20 *Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania*. São Paulo, 2008.

21 BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Campanha Conte até 10 nas Escolas*. Disponível em <<http://www.cnmp.mp.br/conteate10>>. Acesso em: 8 maio 2017.

22 Composta pelo CNMP, CNJ e Ministério da Justiça.

As práticas restaurativas originaram-se do modelo de justiça restaurativa, cuja filosofia surgiu inicialmente dentro do campo da justiça criminal e basearam-se em práticas oriundas de comunidades indígenas, principalmente do Sudeste Asiático e do Canadá. Hoje as práticas restaurativas são recomendadas pela ONU (Resolução 12/2002) e estão ganhando reconhecimento e aplicação na área da Educação e em outros campos da vida social²³.

Os princípios e valores das práticas restaurativas têm se revelado importantes nas escolas para criar uma cultura de diálogo, de respeito mútuo e de paz. É importante ressaltar que elas não são soluções para todos os problemas, mas são ferramentas úteis a possibilitar uma melhoria nos relacionamentos de forma a alterar os seguintes paradigmas: elas levam a mudanças diretas no campo das inter-relações; mostram aos envolvidos uma abordagem inclusiva e colaborativa, que resgata o diálogo, a conexão com o próximo, a comunicação entre os atores escolares, familiares, comunidades e redes de apoio; buscam a restauração das relações; guiam as pessoas a lidar com os conflitos de forma diferenciada, pois ao desafiar tradicionais padrões punitivos, passa-se a encarar os conflitos como oportunidades de mudança e de aprendizagem, ressaltando os valores da inclusão, do pertencimento, da escuta ativa e da solidariedade²⁴.

Estas práticas têm como paradigmas o protagonismo voluntário da vítima, do ofensor, da comunidade afetada, com a colaboração de mediadores, a autonomia responsável e não hierarquizada dos participantes e a complementariedade em relação à estrutura burocrática oficial, com respeito aos princípios da ordem pública do Estado Democrático de Direito²⁵.

Além disso propicia-se o deslocamento das discussões dos conflitos educacionais dos tribunais para outros espaços comunitários, entre os quais as escolas que estão inseridas neste processo de pacificação. A busca por novos modelos de resolução de conflitos facilita o desenvolvimento de processos inclusivos, evitando a estigmatização de adolescentes, a criminalização de suas condutas e, conseqüentemente, a mudança no seu processo de desenvolvimento.²⁶

23 No Brasil, não se pode deixar de mencionar a Lei do Sistema Nacional de Medidas Socioeducativas (Lei Federal nº 12.594/2012), em especial seu artigo 35, incisos II e III, onde há a previsão da excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas favorecendo os meios de autocomposição de conflitos, bem como a prioridade de práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas.

24 NUNES, Antônio Carlos Ozório. In: BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Diálogos e Mediação de Conflitos nas Escolas - Guia Prático para Educadores*. Brasília: CNMP, 2014.

25 VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

26 *Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania*. São Paulo, 2008.

A experiência de quem trabalha com processos restaurativos demonstra que as pessoas estão carentes de escuta e reconhecimento. A simples abordagem restaurativa em ambiente propício e adequadamente mediado faz despertar toda uma condição de diálogo e compartilhamento de emoções e afeições.

Mas é preciso grande atenção, pois a experiência indica que para a obtenção de melhores resultados no ambiente escolar é necessário todo um trabalho interno e prévio de sensibilização e capacitação (incluindo diretores, professores e funcionários, além dos alunos).

A mediação escolar, com suas práticas restaurativas, não avança como imposição, mas como legitimação. Não é o empenho dos agentes externos, mas as necessidades reais identificadas pelas redes internas, o elemento decisivo de sucesso de projetos desta natureza.

Assim, é necessário que a cultura do diálogo, com seus valores, técnicas e habilidades, constitua uma conquista institucional da escola, pela transformação dos diversos atores dessas instituições em mediadores escolares.

E é exatamente neste ponto que ganha importância a moderna atuação do Ministério Público, visando cumprir seu objetivo estratégico de ampliar a atuação extrajudicial como forma de pacificação dos conflitos e melhoria da efetividade da Instituição, consolidando a cultura da paz nas escolas.

10. Conclusão

A evolução do direito à educação no Brasil demonstra que o ambiente escolar, antes seletivo e excludente, se tornou um espaço mais democrático e inclusivo, trazendo para seu dia a dia os inúmeros conflitos que naturalmente decorrem da convivência em sociedade.

Aprender a lidar com estes conflitos se tornou um grande desafio, especialmente diante da tendência mundial da adoção de mecanismos de autocomposição pacífica dos conflitos, controvérsias e problemas, decorrente da evolução da cultura de participação, do diálogo e da paz.

Sabemos que esta mudança cultural impõe a todos a superação de grandes desafios, principalmente se considerarmos que ainda vivemos em uma sociedade litigante onde inexiste uma formação adequada em métodos eficientes destinados à construção do diálogo e do consenso.

É neste cenário que o Ministério Público brasileiro possui uma missão muito relevante de transformação social, devendo ampliar a

sua atuação extrajudicial no ambiente escolar estimulando a adoção de práticas que busquem soluções colaborativas e autocompositivas na resolução dos conflitos.

Assim agindo, possibilitará a resolução dos conflitos de forma mais célere, justa e efetiva, colaborando efetivamente para uma educação de melhor qualidade e para a construção de uma sociedade mais solidária.

REFERÊNCIAS

- BADINI, Luciano. Reflexões Sobre a Negociação e a Mediação para o Ministério Público. In: ZANETI JR., Hermes, e CABRAL, Trícia Navarro Xaxier (coord.). **Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. Salvador: Juspodivum, 2016.
- BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Manual de Negociação e Mediação para Membros do Ministério Público**. 2. ed. Brasília: CNMP, 2015.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- Cartilha Escolas Seguras. **Projeto Juventude e Prevenção da Violência**. Ministério da Justiça: Brasil, 2010.
- Cartilha Educação: Semente para um mundo melhor**. 2 ed., Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2016.
- Cartilha **A Justiça Restaurativa no Ambiente Escolar: Instaurando o Novo Paradigma**. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2016.
- CECCON, Cláudia. [et al.]. **Conflitos na escola: modos de transformar: dicas para refletir e exemplos de como lidar**. São Paulo: CECIP: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2009.
- FERREIRA, Luiz Antônio Miguel. Ministério Público: Atuação na Área da Educação (Avanços, Dilemas e Desafios). In: SABELLA, Walter Paulo; DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz; BURLE FILHO, José Emmanuel (coord.). **Ministério Público: Vinte e Cinco Anos do Novo Perfil Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2013.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Elementos para uma Teoria Geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania. São Paulo, 2008.

KOZEN, Afonso Armando. O Direito à Educação Escolar. In: BRANCHER, Leonardo Narciso; RODRIGUES, Maristela Marques; VIEIRA, Alessandra Gonçalves (orgs.). **O Direito é Aprender**. Brasília, FUNDESCOLA/MEC, 1999.

MARTINES JR., Eduardo. **Educação, Cidadania e Ministério Público. O art. 205 da CF e sua Abrangência**. Tese de Doutorado. São Paulo: PUC/SP, 2006.

NUNES, Antônio Carlos Ozório. In: BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Diálogos e Mediação de Conflitos nas Escolas – Guia Prático para Educadores**. Brasília: CNMP, 2014.

PINTO, Élide Graziane; MORAES, Bianca Mota de; CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes; CAMBI, Eduardo; CORDEIRO, Maria Cristina Manella; DICK, Maria Elmira Evangelina do Amaral; SILVA, Paulo Silvestre Avelar; SÁ, - Disconsi. Reserva do possível e o risco de estagnação do Plano Nacional de Educação em tempos de crise fiscal. In: **Tendências em direitos fundamentais**. Possibilidades de atuação do Ministério Público. vol. 1. Brasília: CNMP, 2016.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ZANETI JR., Hermes, e CABRAL, Trícia Navarro Xaxier (coord.). **Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. Salvador: Juspodivum, 2016, p. 225-236.

O FOMENTO AO DESENVOLVIMENTO HARMÔNICO E SUSTENTÁVEL VIA ATUAÇÕES RESOLUTIVAS, PRINCIPALMENTE AS ATUAÇÕES RESOLUTIVAS DE PLANEJAMENTO E DE GESTÃO SISTÊMICOS, DE NEGOCIAÇÃO, DE MEDIAÇÃO E DE CONCILIAÇÃO (DHS VIA PGS E NMC)

Rodrigo Schoeller de Moraes¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Panorama: 2.1. Contexto da crise. 2.2. Judicialização. 3. Solução proposta. 3.1. O Desenvolvimento Harmônico e Sustentável via atuações resolutivas, principalmente as atuações resolutivas de Planejamento e de Gestão Sistêmicos, de Negociação, de Mediação e de Conciliação (DHS via PGS e NMC). 3.2. Esboço do Termo de Acordo de Cooperação para fomentar o DHS via PGS e NMC em âmbito nacional. 3.3. Estratégia Integral de Comunicação e Formação. 3.3.1. Introdução da estratégia. 3.3.2. Panorama. 3.3.3. Solução proposta. 3.3.4. Papéis na missão comum. 3.3.5. Implementação da Matriz de Convergência. 3.3.5.1. Roteiro de implementação da matriz de convergência. 3.3.5.2. Sugestões de passos gerais para executar as duas etapas previstas na matriz de convergência. 3.3.6. Eficiência, Eficácia e Efetividade. 3.3.6.1. Questionários e relatórios para avaliação, indução e aferição da transformação. 3.3.6.2. Mensuração e avaliação qualificadas. 3.3.7. Índices de cartilhas convergentes. 3.3.8. Conclusões da Estratégia Integral de Comunicação e Formação. 3.3.9. Encaminhamentos da Estratégia. 3.3.10. Lista de contatos. 3.3.11. Anexos da Estratégia. 4. Conclusão do artigo. Referências.

Resumo: O presente artigo visa a fomentar o Desenvolvimento Harmônico e Sustentável (DHS) por meio das atuações resolutivas, principalmente as atuações resolutivas de Planejamento e de Gestão Sistêmicos (PGS), de Negociação (N), de Mediação (M) e de Conciliação (C). Busca sistematizar e sintetizar as ideias desenvolvidas

¹ Promotor de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul. Gerente de Projetos Estratégicos do Ministério Público. Membro colaborador do Conselho Nacional do Ministério Público.

pelo Comitê de PGS² em cooperação com o Comitê da Saúde do CNJ no RS³, bem como as diversas contribuições recebidas de representantes de instituições nacionais e internacionais (ideias e contribuições consubstanciadas principalmente na Estratégia Integral de Comunicação e Formação⁴). Atualiza definições e complementa o conteúdo do texto “O Desenvolvimento Harmônico e Sustentável por meio da atuação resolutiva: implementando o estabelecido na Constituição Federal de 1988 e em diretrizes nacionais e internacionais”⁵, publicado na Revista Tendências em Direitos Fundamentais: possibilidades de atuação do Ministério Público, volume 1. Prioriza a articulação de estratégia de comunicação e formação. Aborda a implementação da atividade nº 2 da Ação Nacional em Defesa do Direito à Saúde do CNMP⁶. Primeiramente, o artigo analisa o panorama da crise e da judicialização. Em seguida, propõe solução para enfrentar o exposto no panorama, sintetizando o conteúdo dos documentos completos que estão disponíveis no DVD de DHS via PGS (que pode ser solicitado via e-mail pgsblog@gmail.com) e nos seguintes endereços eletrônicos: pgsistemicos.blogspot.com.br, rodrigosschoeller.blogspot.com.br e <http://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/425-comissoes-institucional/comissao-de-defesa-dos-direitos-fundamentais/10463-desenvolvimento-harmonico-e-sustentavel> (notadamente a Cartilha da Ação de Planejamento e de Gestão Sistêmicos com Foco na Saúde⁷ e a Cartilha de DHS via PGS e NMC⁸). A articulação da solução inicia com uma exposição sucinta do estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil, aborda as causas e as consequências do desrespeito à natureza e à dignidade humana, própria e dos demais, e enfatiza os modos de desenvolver os pensamentos complexo e sistêmico. Contextualiza o PGS, a Negociação, a Mediação e a Conciliação. Evidencia resultados obtidos (principalmente na área da saúde). Enfoca o modelo de matriz de convergência (que inclui a convergência estrutural) sugerido na

- 2 O Comitê de Planejamento e de Gestão Sistêmicos (PGS) do Estado do Rio Grande do Sul (COMITÊ DE PGS DO RS) é uma rede de cooperação, com abrangência nos setores público, privado e sociedade civil organizada, bem como, na comunidade em geral, que foi aperfeiçoada a partir do termo de cooperação assinado em 2016. Este termo e documentos completos sobre o tema objeto deste documento estão disponíveis no seguinte endereço eletrônico: pgsistemicos.blogspot.com.br e no link de aprofundamentos constante deste blog: rodrigosschoeller.blogspot.com.br.
- 3 O Comitê Executivo do Rio Grande do Sul do Fórum Nacional do Judiciário para Saúde do Conselho Nacional de Justiça (COMITÊ DA SAÚDE DO CNJ NO RS) é uma rede de cooperação, com abrangência nos setores público, privado e sociedade civil organizada, bem como, na comunidade em geral, que criada em decorrência da Resolução CNJ 107, de 6 de abril de 2010.
- 4 Recomenda-se o acesso aos diversos materiais relacionados à Estratégia Integral de Comunicação e Formação, notadamente a Cartilha de DHS via PGS e NMC: Estratégia de C e F (de forma resumida: Cartilha Estratégica de DHS) que é uma versão atualizada e completa deste texto. Disponível em: pgsistemicos.blogspot.com.br e <http://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/425-comissoes-institucional/comissao-de-defesa-dos-direitos-fundamentais/10463-desenvolvimento-harmonico-e-sustentavel>.
- 5 MORAES, Rodrigo Schoeller de; ALIAGA, Márcia Kamei López. 2016.
- 6 Atividade nº 2 da Ação Nacional em Defesa do Direito à Saúde do CNMP: Promover o Desenvolvimento Harmônico e Sustentável com foco na saúde e as atuações resolutivas de Planejamento e Gestão Sistêmicos em rede ou comitê, nos termos da Recomendação nº 54/2017 do CNMP (por exemplo: §4º do artigo 1º, inciso VI, artigo 3º, artigo 4º, inciso IV, artigo 9º, artigo 10º e artigo 14º). Como indicador consta: “tema pautado na rede ou comitê”.
- 7 COMITÊ DA SAÚDE DO CNJ NO RS. 2015.
- 8 COMITÊ DE PGS DO RS; COMITÊ DA SAÚDE DO CNJ NO RS. 2017

Política de DHS via PGS ⁹ (constante da Cartilha de DHS via PGS e NMC). Passa a definir o Desenvolvimento Harmônico e Sustentável e as atuações resolutivas, que são formas de solucionar os problemas que prejudicam o DHS. A seguir, apresenta o esboço do termo de acordo de cooperação nacional, para fins de possibilitar o recebimento de sugestões de aperfeiçoamento. Também, para que seu conteúdo possa, desde logo, subsidiar a elaboração e a implementação de termos de cooperação, ações, políticas públicas, projetos, etc. de forma universal (para qualquer área de atuação: educação, segurança pública, saúde, etc.; esfera de relações: pessoal, familiar, comunitária, institucional, interinstitucional, municipal, estadual, federal, internacional, entre outras; eixos: econômico, social, ambiental e geopolítico; etc.). Demonstra como articular o previsto nas alíneas “h” e “i” do esboço do termo de acordo de cooperação nacional, fazendo um resumo da estratégia de comunicação e formação que busca fomentar o DHS via PGS e NMC. Para tanto, reitera os tópicos já expostos no artigo (1 - introdução; 2 - panorama e 3 - solução proposta), que são articulados de forma semelhante em ambos os textos, e evidencia os demais itens da estratégia. Os demais itens da estratégia de comunicação e formação são: 4 - papéis na missão comum; 5 - Implementação da Matriz de Convergência (que inclui roteiro de implementação e guias de passos); 6 - Eficiência, Eficácia e Efetividade (que oferece sugestões de questionários e relatórios para avaliação inicial, indução e aferição da transformação do contexto dos usuários/sociedade como um todo e das políticas públicas, ações, projetos, etc.; que aborda a criação de indicadores e o Índice de Desenvolvimento Harmônico e Sustentável/IDHS); 7 - índices de cartilhas convergentes. 8 - conclusões da estratégia. 9 - encaminhamentos da estratégia. Para finalizar, oferece a conclusão do artigo, transcrevendo as palavras utilizadas na conclusão do texto que esboça a estratégia. Dessa forma, o artigo evidencia que seu conteúdo e estrutura de apresentação são semelhantes aos da estratégia de comunicação e formação. Mais do que isso, permite utilizar o conteúdo do artigo para embasar essa estratégia, que está sendo desenvolvida em convergência com representantes dos três setores (público, privado e sociedade civil organizada) e com a comunidade em geral (que inclui as comunidades em tradicionais e virtuais).

Palavras-chave: Crise. Confiança. Credibilidade. Judicialização. Soluções. Constituição da República Federativa do Brasil. Valores. Pensamento Linear. Cartesiano. Complexidade. Pensamento complexo. Pensamento Sistêmico. Estratégia. Comunicação. Formação. Missão. Desenvolvimento Harmônico e Sustentável. DHS. Atuação Resolutiva. Autocomposição. Negociação. Mediação. Conciliação. Planejamento e Gestão Sistêmicos. PGS. Convergência. Matriz de Convergência. Convergência Estrutural. Foco prioritário. Política. Adaptação à Realidade Local. Termo de Acordo. Cooperação. Liberdade. Consciência. Unidade. Esperança. Saúde.

1. Introdução

Momentos de crise generalizada podem tornar claro que “estamos todos no mesmo barco”. Mais do que isso, que para alcançar a outra margem todos devem remar para o mesmo lado.

Na busca de soluções para os problemas decorrentes da crise, algumas pessoas e instituições insistem em adotar soluções individualistas, parciais e lineares e em utilizar métodos desatualizados. Contudo, não conseguem obter a efetividade porque os problemas são complexos, sistêmicos, interdependentes e interconectados.

Deve prevalecer o dito por muitos: “a união faz a força”. Necessário acrescentar: e é uma possibilidade de desenvolver a consciência, a efetividade, a sustentabilidade e a paz.

Constata-se que a superação conjunta das correntes e das tormentas que fazem parte da travessia torna os participantes mais fortes para superarem novos desafios.

Para resolver os problemas que prejudicam essa jornada é importantíssimo o planejamento de soluções conjuntas e a gestão compartilhada das atividades executadas. Os resultados dessas formas de pensar e atuar se exteriorizam nos benefícios mútuos, que são evidenciados não apenas na solução dos problemas, mas também no desenvolvimento de relações harmônicas e sustentáveis. Aproxima-se, conjuntamente, da outra margem.

Para que essa travessia seja exitosa, o Sistema de Justiça deve convergir esforços. Isso porque, em um panorama de crise, há uma tendência de aumento da judicialização das políticas públicas e das atividades desenvolvidas para atender as necessidades. Assim, afigura-se relevante que o Sistema de Justiça desempenhe suas funções de forma alinhada e/ou integrada. Desse modo, poderá contribuir para harmonia e sustentabilidade dessas políticas e atividades.

Para melhorar a maneira de desenvolver suas atividades, muitos movimentos estão surgindo. Da busca de priorizar a atuação extrajudicial, passa-se para o fomento da atuação resolutiva. Levando em consideração que é indispensável desenvolver a convergência em todos os níveis de relação, a percepção de uma missão comum afigura-se relevante. Essa missão pode ser traduzida no fomento ao Desenvolvimento Harmônico e Sustentável (DHS) em âmbito pessoal, familiar, institucional, interinstitucional, nacional, internacional e na comunidade em geral (compreendendo as comunidades tradicionais, virtuais, entre outras). Com isso, é possível atender as necessidades a curto, médio e longo prazo, concretizando e realizando o previsto

na Constituição da República Federativa do Brasil e em diretrizes, nacionais e internacionais.

As atuações resolutivas apresentam-se como formas de solucionar os problemas que prejudicam o Desenvolvimento Harmônico e Sustentável.

De acordo com a abrangência dos impactos decorrentes da atuação resolutiva na esfera das relações estabelecidas, podem ser criadas três categorias: atuação resolutiva de impactos individuais; coletivos em geral e de Planejamento e de Gestão Sistêmicos (PGS). Afigura-se necessário destacar que as atuações resolutivas que utilizam os mecanismos de autocomposição e as demais formas de tratamento adequado de conflitos, controvérsias e divergências em geral, entre outros problemas, notadamente as previstas na Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e na Resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público, incluem-se nessas categorias, inclusive para fins de mensuração e de valoração. São formas de remar eficientes.

O desenvolvimento de matrizes de convergência com base em um modelo que sintetiza diversas diretrizes, nacionais e internacionais apresenta-se como indispensável para alinhar e/ou integrar as diferentes formas de perceber e agir na busca da missão comum. Ademais, permite a mensuração e a valoração das atividades/atuações, projetos, programas, ações, políticas públicas, etc. Modelos de como remar conjuntamente são desenvolvidos durante a passagem.

Para desdobramento das matrizes de convergência é muito relevante promover a convergência estrutural, fomentando o alinhamento e/ou a integração das diretrizes aos planos e planejamentos estratégicos, bem como aperfeiçoando os meios de implementação, os indicadores para mensuração, os modos de valoração, os aspectos examinados nas inspeções e nas correções, os incentivos, a formação (inicial e continuada), entre outras normativas e instrumentos. Desse modo, é construída uma estrutura convergente que introduz na rotina das pessoas e das instituições essas formas de pensar e atuar. Ademais, que permite concretizar e realizar a convergência respeitando a necessária adaptação à realidade local e promovendo a escolha de focos prioritários para atuação. Para alcançar a outra margem, recursos e incentivos constantes devem estar presentes.

Em âmbito nacional e nos Estados estão sendo apresentados vários encaminhamentos. No momento, afigura-se fundamental o desenvolvimento de uma estratégia, que priorize a comunicação e formação, para evidenciar que existem soluções para as crises, entre

as quais: **O Fomento ao Desenvolvimento Harmônico e Sustentável via Atuações Resolutivas, principalmente as Atuações Resolutivas de Planejamento e de Gestão Sistêmicos, de Negociação, de Mediação e de Conciliação (DHS via PGS e NMC)**. Essa estratégia, que inclui o aperfeiçoamento do esboço do termo de acordo de cooperação nacional, deve destacar as recomendações e as resoluções convergentes ao Desenvolvimento Harmônico e Sustentável.

São obtidos resultados positivos em várias esferas de relação. Evidenciam-se novas formas de perceber e de agir que se exteriorizam na agregação de valores e na mudança de paradigmas. Sob outro ângulo, esses movimentos propiciam experiências aptas a manifestar as liberdades em prol de uma missão comum. Missão essa vislumbrada, em uma primeira percepção, como o fomento ao Desenvolvimento Harmônico e Sustentável, na consciência da unidade, na paz, interna e externa, e, conseqüentemente, na redução e/ou qualificação da judicialização. O barco, a tripulação e os suprimentos existem para propósitos mais elevados: fazer a travessia.

Timoneiro, marujo e capitão. Em tormentas que se percebe serem todos indispensáveis na passagem. O papel de cada um deles na jornada pode ser diferenciado, mas deve ser convergente à missão comum de atender as necessidades que são exigidas para alcançar a outra margem. Para promover essa convergência, é muito importante que cada tripulante diga quais são as suas atribuições e de quais recursos que dispõe para enfrentar as tormentas. Mais do que isso, que demonstre que a razão de sua existência no barco (ou seja, sua missão pessoal) está alinhada e/ou integrada à missão de todos. Se o barco afundar, todos morrem afogados. Muitos ainda estão alienados e não perceberam o tamanho da tormenta. Acreditam que vão conseguir nadar sozinhos no oceano. Breve ilusão.

Terra a vista. Alguns percebem de longe. Outros mais de perto. O importante é continuar remando em uma mesma direção. Evidências e indicadores a demonstrar que esse é o caminho certo surgirão no percurso. Dos relatos transmitidos pelos mais conscientes aos raios de sol que clareiam o céu, por certo que a cooperação trará frutos jamais percebidos de forma isolada e parcial.

Levando em consideração que a estratégia sugerida para navegação nos mares revoltos pode ser aplicada em qualquer área de atuação (educação, segurança pública, saúde, etc.), esfera de relações (pessoal, familiar, pública, privada, comunitária, institucional, interinstitucional, entre outras) e contexto (econômico, social, ambiental e geopolítico), espera-se que seu conteúdo possa contribuir para o desenvolvimento de atividades, termos de cooperação, planos e planejamentos, programas, projetos, políticas públicas, entre outras

formas de atuação convergentes ao Desenvolvimento Harmônico e Sustentável. Mais do que isso, que fomente soluções para um cenário de desconfiança em tudo e em todos. Panorama esse que está se refletindo na falta de esperança de um futuro melhor. Muitos sequer percebem que estão na vida para, remando conjuntamente, chegarem à outra margem. A estratégia indica instrumentos úteis para enfrentar os desafios que surgirão nessa jornada, que é comum a todos.

Que venham as crises. O mapa, a bússola e a espada que orientam o caminho já foram encontrados.

Se a sociedade atuar de forma resolutiva, será possível superar obstáculos que surgirem durante a travessia. Mais do que isso, iluminam-se as possibilidades de a crise ser transformada em uma oportunidade de fomentar o Desenvolvimento Harmônico e Sustentável e, assim, alcançar a outra margem.

Aliás, cumpre lembrar que, nas tormentas da história, a superação dos desafios propiciou a evolução da humanidade.

Nesse contexto, o autor deste artigo buscou sintetizar e sistematizar as ideias desenvolvidas pelo Comitê de PGS em cooperação com o Comitê da Saúde do CNJ no RS, bem como as diversas contribuições recebidas de representantes de instituições nacionais e internacionais (Confederação Nacional de Municípios/CNM, Conselho Nacional de Justiça/CNJ, Conselho Nacional do Ministério Público/CNMP, Colégio Nacional de Defensores Públicos/CONDEGE, Organização das Nações Unidas/ONU, Ministério da Saúde, entre outros).

Saliente-se que, neste artigo, o autor priorizou a articulação das sugestões práticas desenvolvidas para concretizar e realizar o fomento ao Desenvolvimento Harmônico e Sustentável via atuações resolutivas, principalmente as atuações resolutivas de Planejamento e de Gestão Sistêmicos (PGS), de Negociação (N), de Mediação (M) e de Conciliação (C): Estratégia de Comunicação (C) e Formação (F) que, de forma resumida, será chamado de (fomento ao) DHS via PGS e NMC: Estratégia de C e F. Para fins de localizar exemplos de implementação, esclarecimentos e aprofundamentos, recomenda-se a leitura do material relacionado à “Estratégia Integral de Comunicação e Formação”¹⁰, principalmente da **Cartilha** de DHS via PGS e NMC: Estratégia de C e F (de forma resumida: Cartilha Estratégica de DHS), que é uma versão atualizada e completa deste texto. Também, da “Cartilha da Ação de Planejamento e de Gestão Sistêmicos com

10 Disponíveis em: <pgsistemicos.blogspot.com.br> e <<http://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/425-comissoes-institucional/comissao-de-defesa-dos-direitos-fundamentais/10463-desenvolvimento-harmonico-e-sustentavel>>.

Foco na Saúde”¹¹ e da “Cartilha de DHS via PGS e NMC”¹². Ademais, é importante a visualização do arquivo PowerPoint “Apresentação_DHS_via_PGS_NMC_Estratégia_C_F”. Essa apresentação e a Cartilha Estratégica de DHS possuem a mesma estrutura de articulação deste artigo, o que facilita localizar o item a ser esclarecido ou aprofundado (e os exemplos de implementação).¹³

2. Panorama

2.1. O contexto da crise

A exposição mais detalhada do contexto da crise e dos demais itens do presente artigo pode ser encontrada na Estratégia Integral de Comunicação e Formação¹⁴. Em resumo, destacamos que:

Inicialmente cabe fazer uma reflexão: crises são ameaças ou oportunidades?

A maioria das pessoas não percebe que estamos no mesmo barco e que temos uma missão comum. Mais do que isso, que as tormentas/crises vão atingir a todos.

Foge-se da realidade em uma “avatarização” das relações. Distancia-se, principalmente fragilizando as relações interpessoais e locais/presenciais. Fragilidade que reflete o individualismo e, algumas vezes, é direcionada para o cometimento de irregularidades de toda a ordem.

Nesse panorama complexo de proximidade superficial, aumentam os problemas de toda ordem, notadamente quando não há consciência da importância do binômio Direitos-Deveres (que harmoniza os conflitos, as controvérsias e as divergências de percepções e formas de agir, entre outros problemas).

Diante desse cenário, muitos não compreendem a complexidade das crises e a rapidez em que o mundo mudou. Buscam remediar problemas interconectados com soluções parciais, individualistas, lineares e mecanicistas (muitas delas elaboradas para um contexto

11 COMITÊ DA SAÚDE DO CNJ NO RS. 2015.

12 COMITÊ DE PGS DO RS; COMITÊ DA SAÚDE DO CNJ NO RS. 2017.

13 Esses documentos e diversos outros (inclusive nos idiomas inglês, espanhol e italiano) estão disponíveis em <rodrigoshcoeller.blogspot.com.br>, <pgsistemicos.blogspot.com.br> e <<http://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/425-comissoes-institucional/comissao-de-defesa-dos-direitos-fundamentais/10463-desenvolvimento-harmonico-e-sustentavel>>.

14 Principalmente na Cartilha de DHS via PGS e NMC: Estratégia de C e F (de forma resumida: Cartilha Estratégica de DHS). Disponível em: <pgsistemicos.blogspot.com.br> e <<http://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/425-comissoes-institucional/comissao-de-defesa-dos-direitos-fundamentais/10463-desenvolvimento-harmonico-e-sustentavel>>.

de décadas atrás). O resultado: ações ineficientes não produzem impactos eficazes e efetivos nas crises e, conseqüentemente, reforçam a falta de esperança.

Ressalte-se que a falta de confiança e de credibilidade poderá acarretar na diminuição dos investimentos e, conseqüentemente, atingir o financiamento das políticas públicas e das demais atividades que atendem as necessidades da população, notadamente no que se refere à Educação e à Saúde.

O planejamento e a gestão, quando ausentes, inefetivos ou sem a cooperação de todos os envolvidos, pioram ainda mais esse cenário, porque atingem os recursos cada vez mais escassos.

2.2. Judicialização

O que muitas vezes não é percebido (em um primeiro momento) é que as políticas públicas e as demais atividades voltadas ao atendimento das necessidades, após serem atingidas pela crise, poderão aportar no Sistema de Justiça, por meio da chamada judicialização. A sociedade recorre à Justiça, na maioria das vezes de forma individual.

Ocorre que a judicialização de uma demanda individualizada pode prejudicar, em alguns casos, o planejamento e a gestão das políticas públicas e das atividades como um todo, afastando-se da equidade no atendimento das demandas. Isso pode ocorrer, por exemplo, no deferimento de uma determinada vaga na Educação Infantil (creche ou pré-escola), sem a consciência da realidade local e o diálogo e/ou a cooperação.

Esse panorama, em menor ou maior grau, impacta (ou irá impactar) no desenvolvimento das pessoas, das instituições e do ambiente. Assim, revela um problema geral, que exige a participação de todos na busca de soluções (foco comum para atuação).

3. Solução proposta

3.1. O Desenvolvimento Harmônico e Sustentável via atuações resolutivas, principalmente as atuações resolutivas de Planejamento e de Gestão Sistêmicos, de Negociação, de Mediação e de Conciliação (DHS via PGS e NMC)

Maiores informações sobre a solução proposta estão expostas na Estratégia Integral de Comunicação e Formação, o e embasamento

detalhado pode ser encontrado na Síntese constante da Cartilha de DHS via PGS e NMC¹⁵. Destacamos que:

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê normas para regular as relações estabelecidas no âmbito de sua incidência, de modo a possibilitar o bom convívio e a garantir a existência de uma sociedade fundada na harmonia.

Para concretizar e realizar o previsto na CF/88, é necessário, antes de tudo, refletir sobre o que está causando as tempestades/crises que fazem o barco perder o rumo e naufragar.

Sob outro ângulo, para que se alcance a efetividade resultante do cumprimento da Lei Maior, **é preciso perceber as causas e as consequências do desrespeito à natureza e à dignidade humana, própria e dos demais (e agir a partir dessa percepção).**

Mas quais são as verdadeiras causas? Será que elas estão ligadas apenas à ausência de recursos materiais ou refletem um sentimento mais profundo de vazio?

O Relatório de Desenvolvimento Humano do Brasil 2009-2010¹⁶, através da consulta “Brasil Ponto a Ponto”, relata a opinião de meio milhão de pessoas acerca de fatores de mudança, através do seguinte questionamento: o que precisa mudar no Brasil para suas vidas melhorarem de verdade? As respostas à referida consulta apontaram para um tema fundamental: valores.

Em termos gerais, valores são formas de perceber e agir.

A maioria dos seres vivos utiliza apenas os cinco sentidos (visão, audição, olfato, tato e paladar) para perceber o que está ocorrendo a sua volta. A partir dessa percepção ficam condicionados naquilo que gostam e não gostam, querem e não querem. Condicionam-se porque a percepção fica fixada nisso (não percebem as necessidades dos outros). A seguir buscam poder, que é a circunstância que faz com que eles consigam aproximar o que gostam/querem e afastar o que não gostam/não querem. De uma forma mais primitiva o poder se manifesta na capacidade de fugir dos problemas, principalmente os conflitos, as controvérsias e as divergências nas relações (o que pode gerar a depressão nos seres humanos) ou lutar contra eles (o que pode desencadear agressões desmedidas). Na busca de ter poder, os seres humanos utilizam a economia (ter mais dinheiro para manipular os sistemas a seu favor), as irregularidades (de toda a ordem, incluindo a corrupção), entre outros “veículos de poder”. O individualismo é consequência disso (“quero tudo para eu sobreviver melhor e nada

15 COMITÊ DE PGS DO RS; COMITÊ DA SAÚDE DO CNJ NO RS. 2017.

16 RDH, Relatório de Desenvolvimento Humano, 2009-2010. 2009.

para os outros”, conseqüentemente, “manipulo os sistemas em meu favor/aproximar do que gosto e afastar o que não gosto”). Ocorre que essas formas de perceber e agir (valores) não alcançam a efetividade, a sustentabilidade e paz, interna e externa. Em outros termos, não garantem a qualidade de vida, muito menos a felicidade. Na maioria das vezes, geram ou pioram os conflitos, as controvérsias e as divergências (os problemas nas relações). Isso ocorre porque esses problemas, assim como as calamidades e as catástrofes ambientais, possuem causas multifatoriais e interconectadas, o que exige para solucioná-los, entre outros aspectos, perceber as necessidades dos outros (empatia, compaixão, etc.) e do ambiente que os cerca, bem como agir na busca de atender as necessidades de todos. Sob outro ângulo, cabe referir que a felicidade depende da qualidade das relações que são estabelecidas com a sua consciência e com os seres vivos e objetos com os quais se interage. Não há como ser feliz de forma isolada. É preciso qualificar as relações.

Para mudar valores é necessário alterar a forma de percepção e de agir. É indispensável passar a perceber o sistema como um todo, as relações, as interconexões, inclusive as conseqüências dos seus atos no contexto mais amplo (ex. o impacto de uma decisão judicial no Sistema de Saúde). Mas não apenas isso, é preciso agir a partir dessa compreensão. O ponto central para essa alteração no perceber e agir evidencia um núcleo de convergência para todos que se vislumbra nos seguintes termos: “desenvolver a consciência da realidade e o diálogo e/ou a cooperação”. Em outras palavras, é preciso **desenvolver o pensamento sistêmico** (despertá-lo e empregá-lo na vida, ou seja, desenvolvê-lo).

Usando outra terminologia para analisar as causas das crises/tormentas, pode-se dizer que elas são complexas. Causas complexas são aquelas que surgem, são criadas e tecidas em conjunto, ou seja, não decorrem de um fator isolado. São multifatoriais, interdependentes e interconectadas.

Diante da complexidade das causas dos problemas que atingem a sociedade, é muito importante fomentar a utilização das abordagens multidisciplinar, interdisciplinar e, até mesmo, transdisciplinar (preconizada por Edgar Morin)¹⁷. Para tanto, é necessária a convergência com os setores público e privado, a sociedade civil organizada (intersetorialidade) e com a comunidade em geral. Isso, principalmente por meio da formação de parcerias e de redes de cooperação, que, entre outros fatores, otimiza os recursos (materiais e humanos) exigidos para atuar na multifatorialidade/complexidade (a explicação completa e contextualizada dos

17 Morin, Edgar. 2008.

conceitos articulados neste artigo encontra-se na Estratégia Integral de Comunicação e Formação¹⁸).

Em resumo, pode-se dizer que a complexidade explica a multifatorialidade das causas e a sua interdependência. O pensamento complexo unifica, organiza e promove a integração das percepções ligadas a isso, utilizando a transdisciplinaridade. O pensamento sistêmico, por sua vez, é convergente a isso tudo, mas faz um contraponto mais direto à visão cartesiana, à concepção mecanicista e ao pensamento linear.

No momento atual, predomina o pensamento linear, que não percebe as complexidades da vida e, por isso, busca solucionar problemas como, por exemplo, a falta de medicamentos, com ações extremadas e isoladas do contexto, não alcançando, portanto, a efetividade.

No livro *Pensamento sistêmico: caderno de campo – o desafio da mudança sustentada nas organizações e na sociedade*¹⁹, os autores esclarecem: “O pensamento linear opera a causalidade simples (...) se tem dor toma-se analgésico, se tem mais dor, toma-se mais analgésico”.

Assim, para solucionar os problemas, busca-se, com o pensamento linear, fazer: “mais das mesmas coisas que já estavam sendo feitas para solucionar o problema”.

Quanto à ineficiência do pensamento linear, cabe citar a frase atribuída a Albert Einstein: “Insanidade é continuar fazendo sempre a mesma coisa e esperar resultados diferentes”.²⁰

O pensamento sistêmico assume um caráter mais gerencial, desenvolve a consciência da realidade e norteia ações sistêmicas. **Na busca de criar tecnologias para desenvolver o pensamento sistêmico, estão sendo implementadas atuações resolutivas de Planejamento e de Gestão Sistêmicos (PGS)** que são, em uma definição mais ampla, formas de pensar e agir que, entre outras circunstâncias, fomentam o aperfeiçoamento e/ou a convergência (alinhamento e/ou integração) dos planejamentos e das gestões desenvolvidos pelos sistemas que atuam (ex. Sistema de Saúde, Sistema Prisional) e/ou intervêm (ex. Sistema de Justiça), para solucionar um (ou mais) problema(s), que atinge(m) as pessoas, a coletividade e/ou o ambiente como um todo (ex. a falta de medicamento). Isso pode se dar, por exemplo, por

18 Principalmente na Cartilha de DHS via PGS e NMC: Estratégia de C e F (de forma resumida: Cartilha Estratégica de DHS) que é uma versão atualizada e completa deste texto. Disponível em: <pgsistemicos.blogspot.com.br> e <<http://www.cnpm.mp.br/portal/institucional/425-comissoes-institucional/comissao-de-defesa-dos-direitos-fundamentais/10463-desenvolvimento-harmonico-e-sustentavel>>.

19 ANDRADE, Aurélio L. ...[et. al]

20 Fonte: <<https://www.linkedin.com/pulse/recome%C3%A7o-thiago-zampolin>>.

meio da criação de fluxos operacionais sistêmicos de atendimento extrajudicial e/ou judicial de demandas (ex. para o fornecimento de medicamentos, de vagas em escolas, etc.). Sem a adoção dessas formas de atuação, não será possível otimizar, mensurar e valorar o desempenho, e dificultará a qualificação das relações (torná-las harmônicas e sustentáveis). Nos casos de alta complexidade e repercussão social esse aspecto é indispensável.

De uma forma mais qualificada e levando em consideração os impactos alcançados, as atuações resolutivas de Planejamento e de Gestão Sistêmicos são aquelas maneiras (formas) de atuar que solucionam o(s) problema(s), que prejudica(m) o Desenvolvimento Harmônico e Sustentável (DHS), produzindo **impactos** prioritariamente na esfera de **relações** estabelecidas para atender as circunstâncias abrangidas e as decorrentes dos **planejamentos e das gestões** (desenvolvidos para atender as necessidades como um todo – ex. produz impactos prioritários no planejamento e na gestão da rede de fornecimento de medicamentos). **Ademais**, as atividades desenvolvidas em uma atuação resolutiva de Planejamento e de Gestão Sistêmicos deverão fazer parte de uma determinada sistematização, preferencialmente um procedimento, que preencha os seguintes **requisitos** (qualificadores da atuação):

a. Estabeleça a escolha de foco(s) prioritário(s) para atuação voltado(s) ao atendimento de necessidades;

b. Promova o atendimento de necessidades fomentando a produção de impactos proporcionais nos eixos econômico, social e ambiental e dando relevância ao contexto familiar, no que couber;

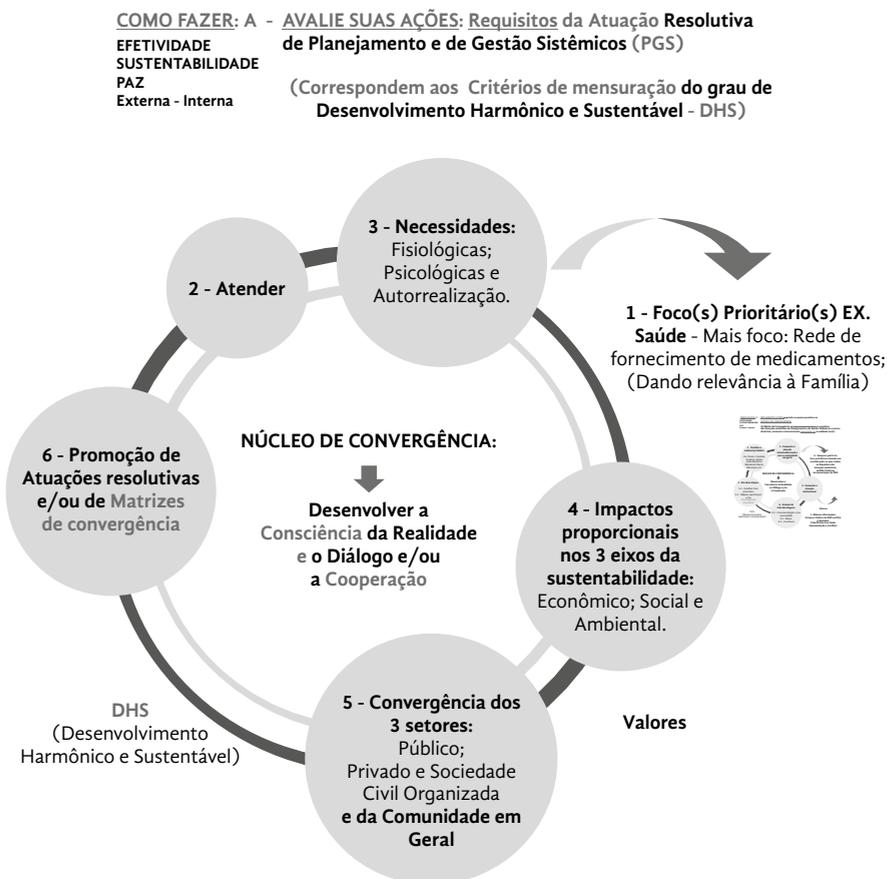
c. Desenvolva a consciência da realidade, o diálogo e/ou a cooperação (interna e/ou externamente, principalmente na modalidade de parcerias e/ou redes de cooperação), inclusive de modo a estimular, no que couber, a convergência (alinhamento e/ou integração) dos setores público, privado e sociedade civil organizada, bem como da comunidade em geral; e

d. Fomente o desenvolvimento de atuações resolutivas e/ou de matrizes de convergência, levando em consideração as atividades previstas na matriz de convergência que será exposta neste texto e promovendo, no mínimo, o mapeamento, o aperfeiçoamento e/ou a convergência (alinhamento e/ou integração) dos planejamentos e das gestões desenvolvidos pelos sistemas que atuam e/ou intervêm nas políticas públicas e nas atividades relacionadas ao(s) foco(s) prioritário(s) escolhido(s).

Como foco prioritário entende-se o parâmetro delimitador da atuação, decorrente de um processo de escolha, que deve levar em

consideração as diretrizes propostas, bem como preencher critérios de conveniência, oportunidade e urgência. O foco prioritário deve ser o ponto a partir do qual se promove a atuação resolutiva.

Em termos gráficos, os requisitos apresentam-se na seguinte forma (na imagem colorida as esferas apresentam-se na cor azul):



Importante destacar que os requisitos da atuação resolutiva de PGS correspondem aos critérios de mensuração do grau de DHS. São circunstâncias exigidas para mensurar o grau de impacto produzido. Na medida e na proporção em que os requisitos/critérios forem sendo preenchidos poder-se-á considerar, mensurar e avaliar determinada atuação resolutiva de PGS. Muitas formas de atuação resolutiva podem ser enquadradas como sendo de PGS (pela definição ampla sem o respeito a todos os critérios), mas os critérios possibilitam diferenciar a qualidade das atuações resolutivas (e os impactos produzidos). Fazendo um paralelo, pode-se dizer que quem comete um homicídio de forma qualificada deve ter uma pena maior do que um homicídio simples. Quem soluciona/extingue os problemas de uma maneira mais qualificada deve ter sua conduta

valorada positivamente em maior grau. Isso porque atua não apenas em nível de eventos, mas também produz efeitos nos padrões de comportamento, nas estruturas sistêmicas e nos modelos mentais (ao implementar os requisitos/critérios que qualificam a atuação). Informações detalhadas sobre os critérios podem ser obtidas no artigo 16 da Política de DHS via PGS²¹, constante da Cartilha de DHS via PGS e NMC.

Ressalte-se que membros das diversas unidades e ramos do Ministério Público, bem como de outras instituições do Sistema de Justiça, já realizam, mesmo que de forma empírica e nos moldes da definição mais ampla, atuações resolutivas de Planejamento e de Gestão Sistêmicos. Entre outros exemplos, os citados no documento “Judicialização da Saúde: Redes de Cooperação”²², elaborado pelo Fórum Nacional de Saúde do Conselho Nacional do Ministério com a colaboração do Fórum Nacional do Judiciário do Conselho Nacional de Justiça, evidenciam essa convergência²².

No Estado do Rio Grande do Sul, com uma caminhada de mais de uma década, a Ação de Planejamento e de Gestão Sistêmicos (PGS), que se enquadra na categoria de atuações resolutivas de Planejamento e de Gestão Sistêmicos, foi aperfeiçoada nos últimos anos e hoje utiliza os requisitos/critérios para formular suas atividades. Ademais, desenvolve um modelo de matriz de convergência baseado nos exemplos referidos no parágrafo anterior (Informações detalhadas podem ser obtidas na Cartilha da Ação de PGS com foco na Saúde (publicada em agosto de 2015)²³.

Resultados alcançados na área da Saúde são evidenciados. Entre outros, o **aperfeiçoamento dos sistemas abrangidos (com reflexos positivos no atendimento das necessidades)** e a **redução da porcentagem de ajuizamentos/judicialização (ingresso de novas ações judiciais X número de atendimentos extrajudiciais)** são **informados no texto “Estamos no caminho certo?” constante da Cartilha de DHS via PGS e NMC**²⁴. Em locais onde foi implementada a tecnologia de PGS, as soluções extrajudiciais passaram a ser de até 90% dos atendimentos, revelando uma melhora significativa na atuação extrajudicial.

Embora a crise tenha aumentado no ano de 2016, segundo o Secretário Estadual de Saúde do Rio Grande do Sul, Dr. João Gabbardo dos Reis, “Conseguimos uma redução nos gastos na judicialização ‘normal’ (de pacientes individuais) de R\$ 324.898.973,03 para R\$

21 COMITÊ DE PGS DO RS. 2017.

22 FÓRUM NACIONAL DE SAÚDE DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 2015.

23 COMITÊ DA SAÚDE DO CNJ NO RS. 2015.

24 COMITÊ DE PGS; COMITÊ DA SAÚDE DO CNJ NO RS. 2017.

275.807.868,21” (informação constante do item II – A: “Resultados: apresentação da Secretaria da Saúde do RS” disponível na Cartilha de DHS via PGS e NMC).

Nesse mesmo ano, levando em consideração os resultados obtidos, foi assinado no Estado do Rio Grande do Sul o termo de cooperação relativo ao fomento da utilização dos critérios e da matriz de convergência da Ação de PGS para diversas áreas afetadas pela crise. Este termo está disponível ao público nas versões em português, inglês e espanhol²⁵.

Aprofundando um pouco, cabe referir que a atuação resolutiva de PGS, ao promover o Desenvolvimento Harmônico e Sustentável, altera os paradigmas decorrentes do pensamento linear, da visão cartesiana e da concepção mecanicista, que aprisionam a consciência na percepção apenas das partes e no agir “reativo”, voltado a “fazer mais do mesmo”. Em outras palavras, em um verdadeiro “enxugar gelo”.

Nesse contexto, pode-se dizer que o Desenvolvimento Harmônico e Sustentável (DHS) é o processo evolutivo que busca, a partir do(s) foco(s) prioritário(s) e, no que couber, dando relevância à família, atender necessidades, com impactos proporcionais nos 3 (três) eixos da sustentabilidade (econômico, social e ambiental), por meio da convergência dos 3 (três) setores (público, privado e sociedade civil organizada) e da comunidade em geral e via promoção de atuações resolutivas e matrizes de convergência, gerando a melhora nas relações (qualificando-as), a liberdade com a consciência da unidade e a Paz, interna e externa.

Informações detalhadas sobre os componentes da definição de DHS podem ser acessadas no artigo “O Desenvolvimento Harmônico e Sustentável por meio da atuação resolutiva: implementando o estabelecido na Constituição Federal de 1988 e em diretrizes nacionais e internacionais”, publicado na Revista Tendências em Direitos Fundamentais: possibilidades de atuação do Ministério Público, da Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais do Conselho Nacional do Ministério Público²⁶. De forma atualizada e por artigos: na Síntese e no esboço da Política de DHS via PGS (artigo 16), constantes da Cartilha de DHS via PGS e NMC²⁷.

Levando-se em consideração as definições expostas nos parágrafos anteriores, é possível definir a **atuação resolutiva** como a maneira (forma) de atuar que **soluciona o(s) problema(s)** que

25 Disponível em: <pgsistemicos.blogspot.com.br> e <rodrigoshcoeller.blogspot.com.br>.

26 MORAES, Rodrigo Schoeller de; ALIAGA, Márcia Kamei López. 2016.

27 COMITÊ DE PGS; COMITÊ DA SAÚDE DO CNJ NO RS. 2017.

prejudica(m) o Desenvolvimento Harmônico e Sustentável. Saliente-se que existem outras definições de atuação resolutiva que são convergentes ao DHS.

Afigura-se necessário destacar que as atuações resolutivas que utilizam os seguintes mecanismos de autocomposição também são convergentes ao DHS: Mediação(M), Negociação(N) e Conciliação (C). Mas não apenas essas estão alinhadas e/ou integradas. Convergem as práticas restaurativas, as convenções processuais (as definições constam nos artigos 13 e 15 da Resolução nº 118/14 do CNMP) e as diversas outras formas de autocomposição e de tratamento adequado de conflitos (Resolução 125/10 do CNJ, etc.). Maiores informações podem ser obtidas no Manual de Negociação e Mediação para Membros do Ministério Público²⁸ e no Manual de Mediação Judicial²⁹.

Problema é uma circunstância (ou mais de uma) que prejudica (dificulta ou impede) o Desenvolvimento Harmônico e Sustentável. Dessa forma, essa circunstância impacta negativamente na qualidade das relações estabelecidas, devendo ser considerada a partir de um determinado foco prioritário escolhido e tanto na perspectiva micro (fazer parte de um problema maior) quanto macro (a soma de todos os problemas relacionados ao foco). Esta definição abrange as catástrofes naturais, as calamidades, os conflitos, as controvérsias, as lesões a direitos e interesses, as dificuldades de efetivação de sanções, as divergências de percepções e formas de agir, entre outras circunstâncias.

Levando em consideração a abrangência dos impactos, decorrentes da atuação de forma resolutiva, na esfera das relações estabelecidas, podem ser instituídas as seguintes categorias:

- I. atuações resolutivas de impactos individuais, que são aquelas maneiras (formas) de atuar que solucionam o(s) problema(s) que prejudica(m) o Desenvolvimento Harmônico e Sustentável, produzindo impactos prioritariamente na esfera de relações estabelecidas para atender as necessidades que geram interesses individuais;
- II. atuações resolutivas de impactos coletivos em geral, que são aquelas maneiras (formas) de atuar que solucionam o(s) problema(s) que prejudica(m) o Desenvolvimento Harmônico e Sustentável, produzindo impactos prioritariamente na esfera de relações estabelecidas para atender as necessidades que geram interesses coletivos em geral (coletivos em sentido estrito, difusos e individuais homogêneos); e

28 ENAM. 2014.

29 COMITÊ GESTOR NACIONAL DA CONCILIAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 2016.

III. atuações resolutivas de Planejamento e de Gestão Sistêmicos, que já foram explicitadas nos parágrafos anteriores (definição ampla e restrita/de acordo com os impactos).

Todas as categorias de atuação resolutiva fomentam o DHS. Contudo, as atuações resolutivas de Planejamento e de Gestão Sistêmicos são as que têm o maior potencial de promover o DHS, uma vez que os requisitos dessa forma de atuação coincidem com os critérios de mensuração do grau de DHS.

Afigura-se necessário destacar que as atuações resolutivas que utilizam os mecanismos de autocomposição e as demais formas de tratamento adequado de conflitos, controvérsias e divergências em geral, ou seja, de problemas nas relações, notadamente as previstas na Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e na Resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público, incluem-se nessas categorias, inclusive para fins de mensuração e de valoração.

Em âmbito nacional foi formado um grupo de trabalho com o objetivo de fomentar o DHS via PGS e NMC. Reuniu representantes do Comitê de PGS, do Comitê da Saúde do CNJ no RS, da Confederação Nacional de Municípios/CNM, do Conselho Nacional de Justiça/CNJ, do Conselho Nacional do Ministério Público/CNMP, do Colégio Nacional de Defensores Públicos/CONDEGE, da Organização das Nações Unidas/ONU, do Ministério da Saúde, entre outros. Nesse contexto, foi construído o esboço de termo de acordo de cooperação nacional que será exposto a seguir.

3.2. Esboço do Termo de Acordo de Cooperação para fomentar o DHS via PGS e NMC em âmbito nacional

O barco está cheio e à deriva. É preciso estabelecer diretrizes básicas para orientar a jornada.

As normativas e os instrumentos alinhados e/ou integrados fazem parte da convergência estrutural necessária para implementar na rotina diária as forma de pensar e agir que são propostas e preconizadas. Um dos mais importantes documentos de estruturação a ser construído é o termo de acordo de cooperação. Ele evidencia a missão comum e estabelece as diretrizes prioritárias. Serve de mapa estratégico para navegação.

Devido à sua importância, em âmbito nacional está sendo desenvolvido um esboço de termo de cooperação. Importante destacar que se trata de um esboço passível de ser aperfeiçoado. Assim, o leitor que quiser contribuir com **sugestões e críticas** pode

enviar e-mail para pgsblog@gmail.com. Também é possível cooperar divulgando o esboço do termo e o endereço eletrônico pgsistemicos.blogspot.com.br para sua lista de contatos. A solução para crise depende do esforço de todos.

Além disso, convém ressaltar que, como o esboço do termo sintetiza uma série de diretrizes, nacionais e internacionais, seu conteúdo serve, desde logo, para **subsidiar** a elaboração de termos de cooperação, ações, políticas públicas, projetos, etc. **de forma universal** (para qualquer área de atuação: educação, segurança pública, saúde, etc.; esfera de relações: pessoal, familiar, comunitária, institucional, interinstitucional, municipal, estadual, federal, internacional, entre outras; eixos: econômico, social, ambiental e geopolítico; etc.).

Para fins deste artigo, transcreve-se apenas alguns pontos do esboço do termo de acordo de cooperação nacional. Contudo, recomenda-se a leitura integral do esboço do termo³⁰. O esboço sintetiza, em poucas páginas, todos os pontos fundamentais para o fomento do DHS via PGS e NMC.

Importante destacar alguns pontos do esboço do termo de acordo de cooperação:

3.2.1. A cláusula segunda e a cláusula terceira, alínea “c”, do esboço referem-se aos Comitês e às outras formas de redes de cooperação. São ambientes de convergência. Consta do esboço do termo (versão 30/06/17: com sugestões de aperfeiçoamentos incluídas no texto):

CLÁUSULA SEGUNDA – DO COMITÊ DE TRABALHO

Para implementar o previsto no presente Termo de Acordo de Cooperação, fica estabelecido o grupo de trabalho intitulado Comitê Nacional de Desenvolvimento Harmônico e Sustentável (Comitê Nacional de DHS), composto por representantes das instituições signatárias e com previsão de participação de representantes dos setores público, privado, sociedade civil organizada e da comunidade em geral que vierem a aderir ao presente Termo de Acordo de Cooperação, que passarão a ser oficialmente membros da rede de cooperação.

Na concretização e realização das atividades decorrentes do presente Termo de Acordo de Cooperação, o Comitê Nacional de DHS e os Comitês de DHS de âmbito estadual, distrital e municipal e das comarcas poderão alinhar e/ou integrar esforços com os comitês, as comissões, os grupos

30 Disponível em: pgsistemicos.blogspot.com.br e <http://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/425-comissoes-institucional/comissao-de-defesa-dos-direitos-fundamentais/10463-desenvolvimento-harmonico-e-sustentavel>.

de trabalho e as diversas formas de redes de cooperação existentes, nos termos do previsto na alínea “c” da cláusula terceira do presente Termo, podendo delegar a eles a execução de atividades e o desenvolvimento de diretrizes específicas e locais de ação.

CLÁUSULA TERCEIRA – DAS ATRIBUIÇÕES DAS PARTES

Compete a **TODOS** os envolvidos:

(...)

c) fomentar a formação, o alinhamento, a integração e/ou o aperfeiçoamento, na esfera regional, estadual, distrital e municipal e nas comarcas e subseções judiciárias, de Comitês de Desenvolvimento Harmônico e Sustentável locais (Comitês de DHS locais) e de outras formas de redes de cooperação (como, por exemplo, Comitês Executivos do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde do CNJ, Comitês de Fomento à Atuação Resolutiva, Comitês de Planejamento e de Gestão Sistêmicos, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, Centros de Mediação Comunitária, Núcleos Permanentes de Incentivo à Autocomposição, Grupos e Comissões de Trabalho, Redes de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, Comitês de Gestão Social e Comissões Mistas), para o fim de desenvolverem atividades convergentes ao objeto e às alíneas deste Termo de Acordo de Cooperação, levando em consideração principalmente os exemplos desenvolvidos na área da saúde;

Verifica-se que o esboço do termo é bastante avançado, uma vez que fornece sugestões de funcionamento e de formas de intercâmbio de informações entre os comitês e as redes de cooperação. Para o funcionamento das redes pode ser elaborado, por exemplo, fluxo(s) operacional(is) sistêmico(s). Quanto ao intercâmbio de informações, detalhes operacionais constam dos artigos 5º, 6º e 7º do esboço da Política de DHS via PGS ³¹ (disponível na cartilha DHS via PGS e NMC).

Em caráter geral (ex. para atuar com foco em calamidades) e para todas as áreas de atuação (ex. educação, saneamento, segurança, meio ambiente, etc.), deve-se priorizar os Comitês de Desenvolvimento Harmônico e Sustentável (Comitês de DHS previstos no esboço do termo de acordo de cooperação nacional), os Comitês de Planejamento e de Gestão Sistêmicos, os Comitês Permanentes de Fomento à Atuação Resolutiva e as outras formas de redes de cooperação (inclusive as já existentes). **Nesse sentido, é importante ressaltar que foi aprovada a Recomendação nº 54/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, prevendo os Comitês Permanentes de Fomento à Atuação Resolutiva. Essa**

31 COMITÊ DE PGS. 2017.

recomendação também indica como concretizar e realizar o proposto nos considerandos e em diversos artigos, principalmente:

Considerando que a atuação resolutiva de planejamento e de gestão sistêmicos contribui decisivamente para o desenvolvimento harmônico e sustentável, principalmente nas parcerias e nas redes de cooperação, sendo convergente à missão constitucional do Ministério Público; (Considerando da Recomendação nº 54/17)

§ 4º Sempre que possível, a atuação resolutiva de planejamento e de gestão sistêmicos deverá promover a convergência estrutural, de modo a contribuir para o desenvolvimento harmônico e sustentável, principalmente nas parcerias e nas redes de cooperação.” (§4º do art. 1º da Recomendação nº 54/17)

VI – promoção da convergência estrutural por meio do aperfeiçoamento das normativas e dos instrumentos utilizados para alinhamento e integração institucional e com os setores público e privado, a sociedade civil organizada e a comunidade. (Inc. VI do art. 3º da Recomendação nº 54/17)

Art. 14 O CNMP criará o Comitê Permanente Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva, bem como irá, em âmbito nacional, criar, participar e/ou aperfeiçoar outras formas de redes de cooperação e de diálogo convergentes à Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva, podendo delegar a eles a execução das atividades exigidas para concretização e realização das diretrizes estabelecidas.

§ 1º As unidades e ramos do Ministério Público deverão, em âmbito estadual, distrital e nas comarcas e subseções judiciárias, realizar o previsto neste artigo, inclusive como forma de propiciar a adaptação das diretrizes à realidade local e para escolha de focos prioritários para atuação resolutiva.

§ 2º A adaptação à realidade local de diretrizes deverá ser efetivada de acordo com as necessidades, as possibilidades e as atividades do contexto econômico, social, ambiental, geopolítico e temporal, existentes no âmbito das atribuições.

Necessário ressaltar que o esboço do termo de acordo de cooperação busca evitar a sobreposição de ações. Para tanto prioriza o alinhamento e a integração. Assim, se o foco prioritário/inicial escolhido for saúde, devem ser priorizados os Comitês Executivos do Fórum Nacional do Judiciário para Saúde do Conselho Nacional de Justiça (Comitês da Saúde do CNJ) em âmbito estadual, distrital, nas subseções judiciárias, comarcas e nos municípios, como ambientes para articulação do proposto no esboço do termo de acordo de cooperação e na Recomendação nº

54/17. Aliás, com relação à saúde, a convergência entre os Comitês de Saúde do CNJ e as formas de atuação resolutivas preconizadas (PGS e NMC) é bastante evidente. Isso, notadamente para fins de concretizar o previsto no § 2º do art. 1º da Resolução 238/16:

§2º Aplicam-se aos Comitês Estaduais de Saúde, naquilo que lhe compete, as mesmas atribuições previstas ao Comitê Executivo Nacional pela Resolução CNJ 107/2010, destacando-se aquela estabelecida no seu inciso IV do artigo 2º, que dispõe sobre a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário. (destaque nosso)

A promoção, o alinhamento e/ou a integração entre os Comitês da Saúde do CNJ com as atuações resolutivas e, inclusive, com outros comitês e redes de cooperação já existentes é fundamental para otimizar os recursos e para concretizar e realizar o previsto no § 2º do art. 1º da Resolução 238/16.

Transcrevemos essas normativas estruturais do CNJ e do CNMP apenas para exemplificar e porque elas são fruto da convergência de todos os envolvidos na estratégia de comunicação e de formação. Contudo, diversas são as formas de parcerias e de redes de cooperação alinhadas e/ou integradas ao DHS. O esboço do termo de acordo de cooperação, como um “guarda-chuva”, busca fomentar a identificação delas, a valorização das ações, a otimização dos recursos, entre outros benefícios mútuos da convergência.

Para todas as áreas de atuação, inclusive a saúde, um dos principais ambientes de fomento ao Desenvolvimento Harmônico e Sustentável é a família. A qualidade relacional estabelecida nesse ambiente é importantíssima para estabelecer os valores que irão se expandir na comunidade, no município e assim por diante. Por isso, a Constituição de República Federativa do Brasil considera a família a base da sociedade (art. 226 da CF/88).

3.2.2. Outra alínea muito importante prevista no esboço do termo de acordo de cooperação é a alínea “g” da cláusula terceira:

g) fomentar a convergência estrutural, institucional, interinstitucional e junto à comunidade em geral (que compreende os indivíduos, as famílias e as comunidades tradicionais, virtuais, entre outras), promovendo o aperfeiçoamento das estruturas necessárias para alinhar, integrar e desenvolver relações harmônicas e sustentáveis (planejamentos e planos, meios de concretização e

realização, mensuração, convergência dos três setores e na comunidade em geral, valoração do desempenho, inspeções, correções e fiscalizações, incentivos e formação);

Com relação à **convergência estrutural**, cabe fazer as seguintes reflexões:

A questão é: Como colocar em prática diretrizes proativas e inovadoras que são propostas em reuniões, congressos, mapas estratégicos, planejamentos, projetos, etc. em um ambiente no qual as instituições ainda não estão estruturadas de modo a mensurar e a valorizar as formas de atuação necessárias para concretizá-las e realizá-las?

Na prática, não adianta preconizar formas avançadas de atuar (ex. para enfrentar um determinado problema) se não for propiciado aos membros, servidores e funcionários das instituições envolvidas o escopo (estrutura) apto a fomentar o proposto, mensurando e valorizando as atividades realizadas, entre outros aspectos.

Se não houver mudança na rotina (via alteração do escopo/estrutura), os comportamentos anteriores irão ser repetidos. O navio irá permanecer andando em círculos até exaurir os recursos e afundar.

Maiores informações sobre a convergência estrutural podem ser obtidas no Capítulo II do Título II do esboço da Política de DHS via PGS constante da Cartilha de DHS via PGS e NMC³².

3.2.3. No momento atual, acredita-se que as alíneas “h” e “i” da cláusula terceira do esboço do termo de acordo de cooperação, que priorizam a formação e a comunicação, sejam as mais importantes. Por isso, o Comitê de Planejamento e de Gestão Sistêmicos do Rio Grande do Sul (Comitê de PGS do RS) em parceria com diversas instituições nacionais (principalmente aquelas que representam o grupo de trabalho que está articulando o esboço do termo de acordo de cooperação) passaram a priorizar, mesmo antes da assinatura do termo, o constante nessas alíneas:

h) cooperar com as instituições signatárias do presente Termo de Acordo de Cooperação e com as demais instituições que venham a ratificá-lo, nas questões operacionais e institucionais, principalmente no desenvolvimento de

32 COMITÊ DE PGS DO RS; COMITÊ DA SAÚDE DO CNJ NO RS. 2017.

cartilhas e na promoção de atividades relacionadas à concretização do objeto deste Termo, que devem atentar para o desenvolvimento de pesquisas, de ferramentas de educação à distância (EAD) e para a realização de seminários, congressos, workshops, capacitações, entre outras ações/atuações convergentes à formação (inicial e continuada);

i) adotar estratégia de comunicação, interna e externa, do conteúdo deste Termo e das atividades decorrentes, incluindo a cooperação na elaboração de diagnóstico, na integração de dados relacionados ao objeto (banco de dados e práticas), na disponibilização de endereços eletrônicos (sites e blogs) e na divulgação junto aos meios de comunicação (mídia e redes sociais), bem como relevando as comunidades virtuais interativas, inclusive para acompanhar, avaliar e planejar novas ações/atuações que auxiliem na solução dos problemas identificados;

Percebeu-se que, diante do panorama vigente, a sociedade como um todo está perdendo as esperanças, o que é gravíssimo. Nesse contexto, é necessário informar, com a máxima urgência, que existem soluções para as crises, quais são elas e como concretizá-las e realizá-las (incluindo as atribuições/responsabilidades institucionais e pessoais na implementação destas soluções). Isso, em uma linguagem acessível a todos. Aliás, a desorientação é tão grande que o simples fato de colocar em evidência soluções em um cenário no qual as notícias são, praticamente todas, no mínimo, desanimadoras, já é uma grande solução. Em outras palavras, evidenciar saídas para crise e articular uma pauta propositiva já é uma solução. A relevância é tamanha, que cabe destacar o tema em um novo item:

3.3. Estratégia Integral de Comunicação e Formação

A Estratégia Integral de Comunicação e Formação (inicial e continuada) estará disponível no segundo semestre de 2017³³. Também serão disponibilizados outros instrumentos de comunicação e formação. É de grande importância o acesso a esses arquivos nos endereços eletrônicos, uma vez que neles constam versões atualizadas.

Neste artigo, cabe fazer um resumo da estratégia de comunicação e formação. Para tanto, é importante reiterar os tópicos já expostos no texto (1. introdução; 2. panorama e 3. solução proposta), que são semelhantes, e apresentar os demais itens da estratégia. Além

33 Recomenda-se o acesso aos diversos materiais relacionados à Estratégia Integral de Comunicação e Formação, notadamente a Cartilha de DHS via PGS e NMC: Estratégia de C e F (de forma resumida: Cartilha Estratégica de DHS) que é uma versão atualizada e completa deste texto. Disponível em: <pgsistemicos.blogspot.com.br> e <<http://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/425-comissoes-institucional/comissao-de-defesa-dos-direitos-fundamentais/10463-desenvolvimento-harmonico-e-sustentavel>>.

disso, em temas de maior relevância, é necessário fazer algumas considerações e apresentar formas de colocar em prática o proposto. Desse modo, as informações poderão, desde logo, subsidiar o desenvolvimento de diversos documentos e atuações (palestras, estratégias, linhas editoriais, artigos, capacitações e workshops, EAD, congressos, etc.).

Com a recente aprovação da atividade nº 2 da Ação Nacional em Defesa do Direito à Saúde do Conselho Nacional do Ministério Público, a Estratégia Integral de Comunicação e Formação apresenta-se ainda mais relevante na medida em que contribui para implementar essa atividade que está prevista nos seguintes termos:

Promover o Desenvolvimento Harmônico e Sustentável com foco na saúde e as atuações resolutivas de Planejamento e Gestão Sistêmicos em rede ou comitê, nos termos da Recomendação nº 54/2017 do CNMP (por exemplo: §4 do artigo 1º, inciso VI, do artigo 3º, artigo 4º, inciso IV, do artigo 9º, artigo 10º e 14º).

Ademais, como indicador da atividade nº 2, consta: “tema pautado na rede ou comitê”. Assim, e levando em consideração o exposto com relação à cláusula segunda e à cláusula terceira, alínea “c”, do esboço do termo de acordo de cooperação nacional (no item 3.2.1 deste artigo), verifica-se que a estratégia de comunicação e formação será muito útil para fornecer subsídios aos Membros do Ministério Público que forem apresentar o DHS via PGS e NMC junto aos Comitês de Saúde do CNJ e às demais redes de cooperação.

Em tópicos, o esboço do resumo da estratégia de comunicação e formação apresenta-se da seguinte forma (detalhes constam da Estratégia Integral de Comunicação e Formação):

3.3.1. Introdução

De forma semelhante ao articulado nesse artigo, a Estratégia Integral de C e F introduz o tema DHS via PGS e NMC apresentando a história de uma travessia com tormentas/crises na qual o Desenvolvimento Harmônico e Sustentável seja representado pela jornada.

3.3.2. Panorama

Utilizando os mesmos termos do contido nesse artigo, essa estratégia preconiza seja abordado o contexto da crise e, a seguir, a judicialização.

3.3.3. Solução Proposta

A Estratégia Integral de Formação e Comunicação articula o fomento ao DHS via PGS e NMC de forma semelhante a este arquivo³⁴. Ademais, enfatiza a utilização do arquivo “Apresentação_Estratégia_Comunicação_Formação_DHS_PGS_NMC”³⁵. Trata-se de uma apresentação em PowerPoint, que pode ser utilizada para acompanhar a leitura deste texto ou para subsidiar a elaboração de apresentações por quem tiver interesse. Isso porque o documento é de domínio público e pode ser replicado, independentemente da citação da fonte, de modo parcial ou total. Para um melhor aproveitamento o documento deverá ser visualizado no modo “por slides”.

Os demais itens da estratégia de comunicação e formação que ainda não foram expostos neste artigo serão apresentados em forma de tópicos e aprofundando-se os pontos mais importantes:

3.3.4. Papéis na missão comum

Em um mundo de relações superficiais, poucos param para refletir: Qual é o sentido da vida? Qual é nossa missão comum? As pessoas, muitas vezes, não conhecem ou não compreendem a razão da sua existência. Também, das instituições e dos sistemas que se inter-relacionam com elas (principalmente das instituições do Sistema de Justiça). Assim, não compreendem bem quais são as atribuições/responsabilidades de cada um (e de todos em conjunto). Menos ainda, se essa existência está (ou pode ser) alinhada e/ou integrada à solução de problemas que atingem a todos e, em uma percepção mais aprofundada, a uma missão comum. É fundamental esclarecer isso, notadamente no cenário atual.

Na estratégia de comunicação e formação deve ser abordado, preferencialmente, o papel das instituições e das pessoas (ex. pais em uma família) que mais são demandadas para resolver os problemas e as que mais demandam/exigem soluções (incluindo as demandas judiciais). Assim, para comunicar e informar bem é importante verificar, em termos gerais (principalmente as responsabilidades/atribuições constitucionais), o papel das instituições e pessoas dos três setores e da comunidade em geral. Passo seguinte, devem ser

34 Estratégia Integral de Comunicação e Formação, notadamente a Cartilha de DHS via PGS e NMC: Estratégia de C e F (de forma resumida: Cartilha Estratégica de DHS) que é uma versão atualizada e completa deste texto. Disponível em: <pgsisticos.blogspot.com.br> e <<http://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/425-comissoes-institucional/comissao-de-defesa-dos-direitos-fundamentais/10463-desenvolvimento-harmonico-e-sustentavel>>.

35 Disponível em: <pgsisticos.blogspot.com.br> e <<http://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/425-comissoes-institucional/comissao-de-defesa-dos-direitos-fundamentais/10463-desenvolvimento-harmonico-e-sustentavel>>.

aprofundadas as informações, no que couber e de acordo com a realidade local, indicando o papel de representantes desses segmentos no âmbito de abrangência do público-alvo da comunicação e formação (principalmente na esfera local). Em termos de Estratégia Integral de Comunicação e Formação cabe citar:

3.3.4.1. Poder Executivo (A – União, B – Estados e C – Municípios)

3.3.4.2. Poder Legislativo (A – Federal, B – Estadual e C – Municipal)

3.3.4.3. Poder Judiciário (A – Federal e B – Estadual)

3.3.4.4. Algumas Funções Essenciais à Justiça (A – Ministério Público e B – Defensoria Pública)

3.3.4.5. Setor privado, sociedade civil organizada e comunidade em geral (incluindo comunidades tradicionais, virtuais, etc.)

Por meio das informações expostas nos parágrafos anteriores, é possível vislumbrar a missão (razão da existência) de cada uma das instituições e das pessoas em geral (ex. importância dos pais junto às suas famílias, que são matrizes de valores, para, por exemplo, atender as necessidades psicológicas dos filhos, e a repercussão disso na sociedade). Ademais, vislumbra-se uma missão convergente/comum: o fomento ao DHS, o que pode se dar via atuações resolutivas, principalmente as atuações resolutivas de PGS e de NMC.

3.3.5. Implementação da Matriz de Convergência

Na versão final da Estratégia Integral de C e F deverão estar presentes roteiro(s) de implementação da **matriz** de convergência e guias de sugestões de passos para concretizar e realizar as duas etapas da matriz, em diversas versões aperfeiçoadas. No momento estamos elencando apenas alguns exemplos.

3.3.5.1. Roteiro de implementação da matriz de convergência

Sugere-se um modelo de matriz de convergência que sintetiza diversas diretrizes, nacionais e internacionais, bem como que leva em consideração os passos similares constatados em diversas boas práticas implementadas no Brasil e no exterior.

Nesse compasso, pode-se dizer que matrizes de convergência são processos alinhados e/ou integrados ao Desenvolvimento Harmônico e Sustentável (DHS), por meio dos quais é possível construir o planejamento e a gestão das atividades desenvolvidas para atender as necessidades e para alcançar a missão institucional, interinstitucional e da comunidade em geral. O modelo de matriz de convergência sugerido prevê as seguintes **orientações gerais**:

- I. a escolha do ambiente e do habitat para atuação;
- II. o fomento da atuação interinstitucional e com a comunidade em geral;
- III. o fomento da atuação institucional;
- IV. a utilização de três abordagens:
 - a) conscientizar e/ou evidenciar as necessidades;
 - b) disponibilizar meios para concretizar e realizar;
 - c) promover a convergência dos incentivos;
- V. a implementação da matriz em **duas etapas**:
 - a) **escolher foco(s) prioritário(s)**;
 - b) **mapear e aperfeiçoar** as relações estabelecidas e/ou **promover a convergência estrutural**, levando em consideração os passos sugeridos nos parágrafos seguintes.
- VI. o desenvolvimento das atividades previstas nos itens anteriores sempre a partir do(s) foco(s) prioritário(s) e levando em consideração, no que couber, os requisitos da atuação resolutiva de Planejamento e de Gestão Sistêmicos e os critérios que são utilizados para mensurar e valorar o grau de Desenvolvimento Harmônico e Sustentável.

O roteiro de implementação da matriz de convergência, evidenciado nos itens I a VI, fornece orientações gerais a serem observadas por quem quiser utilizar esse processo. Os elementos da matriz, incluindo a convergência **estrutural**, também podem ser

constatados no art. 8º e seguintes do esboço da Política de DHS via PGS, constante da Cartilha de DHS via PGS e NMC.

O modelo de matriz de convergência sugerido pode ser evidenciado em forma gráfica nos seguintes termos (na imagem colorida as esferas apresentam-se na cor roxa/violeta):

COMO FAZER: B - IMPLEMENTE AÇÕES seguindo os passos previstos na

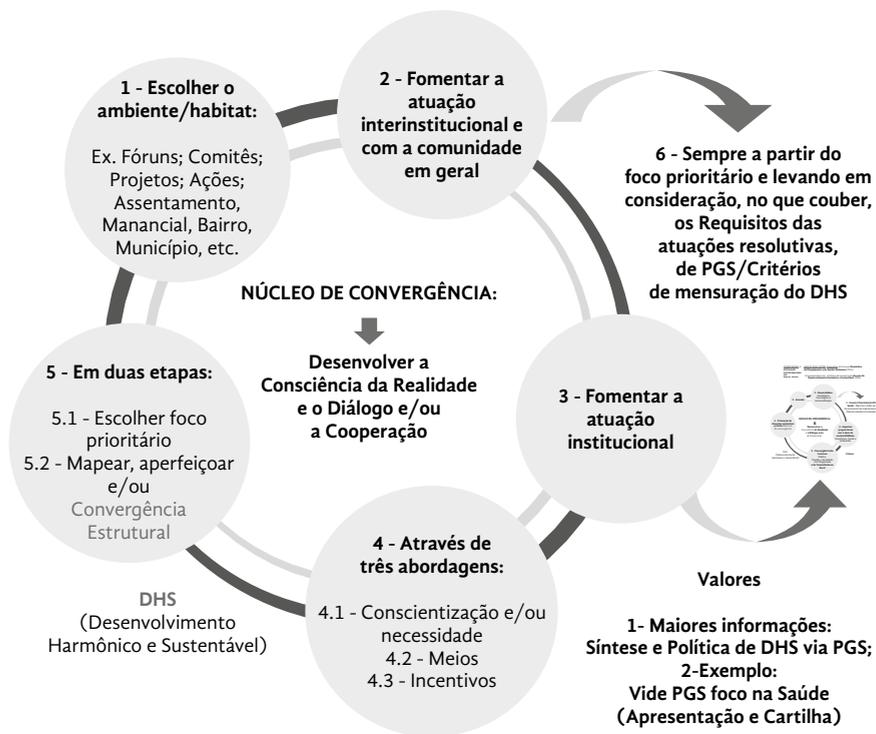
EFETIVIDADE **MATRIZ DE CONVERGÊNCIA**

SUSTENTABILIDADE

PAZ

Externa - Interna

(A Matriz de Convergência serve para implementar os requisitos das atuações resolutivas de Planejamento e de Gestão Sistêmicos e outras diretrizes, nacionais e internacionais, adaptando-as à realidade local)



3.3.5.2. Sugestões de passos para executar as duas etapas previstas na matriz de convergência.

Saliente-se que roteiro articulado no item 3.3.5.1 possui um caráter mais amplo, incluindo duas etapas para implementação da matriz (item V da matriz de convergência) que podem ser executadas por meio de diversos passos. Para facilitar, reunimos os passos constatados frequentemente em diversas boas práticas, nacionais e internacionais em três tipos e várias atividades. Assim, as duas etapas de implementação da matriz podem seguir, entre outros, os seguintes passos:

- I. **escolher o(s) foco(s) prioritário(s)** e, a partir dele(s), executar as atividades previstas nos próximos itens;
- II. **promover o mapeamento** das necessidades, das possibilidades e das atividades relacionadas à escolha efetivada e para fins de adaptação de diretrizes à realidade local;

Nesse passo, divide-se a segunda etapa de implementação da matriz, para fins de facilitar a sistematização dos passos e das atividades. No mesmo sentido:

- III. **promover o aperfeiçoamento** das relações estabelecidas **e/ou a convergência estrutural, por meio de atividades ordenadas**, principalmente a criação e/ou a participação em/de:
 - a. audiências públicas, reuniões, etc.;
 - b. comitês, núcleos, entre outras formas de redes de cooperação;
 - c. projetos, programas, políticas públicas, entre outras atividades convergentes;
 - d. ações relacionadas à convergência estrutural;
 - e. diagnóstico situacional (integração dos dados coletados);
 - f. termos de cooperação e protocolos de intenção;
 - g. critérios para o atendimento e para judicialização;
 - h. fluxos operacionais sistêmicos;
 - i. cartilhas, folders, DVDs, entre outros materiais de comunicação;
 - j. workshops interinstitucionais;
 - k. workshops institucionais;
 - l. câmaras técnicas; núcleos de apoio técnico; centros de solução de conflitos, controvérsias e divergências (problemas em geral); entre outras estruturas convergentes;
 - m. ações integradas e sistêmicas de apuração de irregularidades;

- n. blogs, sites, entre outros veículos de transparência, divulgação e interação;

Para fins de executar as duas etapas previstas na matriz de convergência é importante elaborar os **passos de uma forma bastante didática e de acordo com os públicos-alvo: em guias de passos**. Entre outras formas, sugere-se desenvolver: 3.3.5.2.1 – Guias genéricos de passos (aplicáveis em todas as áreas de atuação) e 3.3.5.2.2 – Guias de passos por áreas de atuação: Guias de passos da saúde (utilizando a área da saúde como exemplo/foco prioritário);

No que couber, recomenda-se relacionar os passos às alíneas da cláusula terceira do esboço do termo de acordo de cooperação nacional (item 3.2 deste documento);

3.3.5.2.1 – Guias genéricos de passos para execução das duas etapas da matriz de convergência

Nesse caso, devem ser desenvolvidos os guias genéricos de passos, que servem para todas as áreas e focos de atuação (infância, educação, meio ambiente, segurança pública, calamidades, problemas em geral, etc.), de acordo com os públicos-alvo: 3.3.5.2.1.1 – para gestores (federal, estadual e municipal); 3.3.5.2.1.2 – para integrantes das instituições do Sistema de Justiça; e 3.3.5.2.1.3 – para usuários/sociedade como um todo (integrantes dos 3 setores e da comunidade em geral – incluindo comunidade virtual).

Os passos sugeridos para os gestores são muito semelhantes aos passos a serem adotados pelos integrantes do Sistema de Justiça. Assim, neste texto, iremos citá-los conjuntamente, ressaltando as peculiaridades de cada um dos casos. Contudo, se o guia de passos a ser elaborado ou impresso for adstrito a um dos públicos (gestores ou integrante do Sistema de Justiça), convém separá-los e aprofundar ainda mais os aspectos vinculados ao público destinatário do guia (ex. citando um provimento, recomendação ou ordem de serviço de determinada instituição).

3.3.5.2.1.1 – Guia genérico de passos: gestores e 3.3.5.2.1.2. Guia Genérico de Passos: integrantes do Sistema de Justiça (público-alvo)

Como exemplo desses guias, sugerem-se:

1º passo: Escolha foco(s) prioritário(s) para fomentar o DHS via PGS e NMC no âmbito de suas atribuições, e, a partir dele(s), execute as atividades previstas nos próximos passos:

- Recomenda-se que a escolha seja realizada nos termos da definição de foco prioritário constante dos “considerandos” apresentados no esboço do termo de acordo de cooperação nacional e levando em consideração os papéis na missão comum, referidos no item 3.3.4 deste artigo;

Consta do termo do esboço do termo de acordo de cooperação nacional (e de diversos materiais relacionados ao DHS via PGS e NMC):

CONSIDERANDO que foco prioritário é o parâmetro delimitador da atuação, decorrente de um processo de escolha, que deve levar em consideração as diretrizes propostas, bem como preencher critérios de conveniência, oportunidade e urgência (ex. saúde, educação, segurança pública, uma calamidade, um determinado problema, etc.)

- Devem ser escolhidos os focos prioritários buscando atentar principalmente para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentáveis 3, 4, 5, 6, 16 e 17³⁶ e de forma a adaptá-los à realidade local (conforme preconizado na alínea “k” da cláusula terceira do esboço do termo de acordo de cooperação nacional);

- Recomenda-se focar os problemas (incluindo as irregularidades) que têm causado o aumento da judicialização e as eventuais calamidades/catástrofes, notadamente quando integrantes do Sistema de Justiça estiverem envolvidos nessa escolha;

- Outras informações podem ser obtidas na alínea “e” da cláusula terceira do esboço do termo de acordo de cooperação nacional;

- Esse passo relaciona-se à implementação da alínea “a” do item V da matriz de convergência;

- Podem ser utilizadas ferramentas como, por exemplo, análise SWOT/FOFA, diagnósticos, etc., que também servirão para o passo seguinte:

2º passo: Promova o mapeamento das necessidades, das possibilidades e das atividades relacionadas à escolha efetivada e para fins de adaptação de diretrizes à realidade local.

- Esse mapeamento deve ser executado a partir/de acordo com o foco prioritário escolhido (1º passo do guia);

- Nesta etapa, realiza-se o levantamento (mesmo que de forma informal): a) das necessidades (o que é preciso fazer para atingir o objetivo almejado); b) das possibilidades (recursos materiais e

36 Informações sobre os ODS disponíveis em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/desenvolvimento-sustentavel-e-meio-ambiente/134-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-ods>>.

humanos); e c) das atividades existentes (para valorizar e agregar o que já funciona);

- Para tanto, é importante solicitar ou requisitar aos representantes dos três setores (público, privado e sociedade civil organizada) e à comunidade em geral informações sobre as ações, projetos, políticas públicas, etc. que impactem no foco prioritário escolhido no 1º passo.

- Para efetivar o mapeamento é muito relevante a utilização de relatórios, questionários, indicadores e índice, como os preconizados no item 3.3.6.1. Isso facilitará o mapeamento, a indução e a avaliação da transformação ocorrida;

- O 2º passo desses guias busca a implementação da alínea “b” do item V da matriz de convergência (2ª etapa da matriz);

- Maiores detalhes sobre este passo podem ser evidenciados na alínea “d” da cláusula terceira do esboço do termo de acordo de cooperação.

3º passo: Promova o aperfeiçoamento das relações estabelecidas e/ou a convergência estrutural, por meio de atividades ordenadas.

- Este passo também busca a implementação do previsto na alínea “b” do item V da matriz de convergência (2ª etapa de implementação da matriz);

- Informações sobre a convergência estrutural constam nos “considerandos” e na alínea “g” da cláusula terceira do esboço do termo de acordo de cooperação nacional;

- Os elementos da **matriz** de convergência, incluindo a convergência **estrutural**, estão expostos de maneira mais detalhada no art. 8º e seguintes do esboço da Política de DHS via PGS³⁷, constante da Cartilha de DHS via PGS e NMC;

São **atividades ordenadas** que podem ser sugeridas para o 2º passo deste guia:

A. Realize audiência pública e/ou reunião convidando para participarem representantes dos três setores (público, privado e sociedade civil organizada) e a comunidade em geral. Inclua na lista de convidados aqueles que atuam ou intervêm nas atividades relacionadas ao foco prioritário escolhido.

Para pautar o tema, recomenda-se seguir a **estrutura de articulação** da Estratégia Integral de Comunicação e Formação: 1. Introdução. 2. Panorama. 3. Solução proposta. 4. Papéis na missão

37 COMITÊ DE PGS DO RS, 2017.

comum. 5. Implementação da matriz de convergência. 6. Eficiência, eficácia e efetividade. 7. Índices de cartilhas convergentes. 8. Conclusão. 9. Encaminhamentos.

Os seguintes pontos devem ser observados:

A.1. A pauta principal: panorama; soluções, entre as quais: Fomento ao DHS via PGS e NMC, e encaminhamentos.

A.2. O mapeamento realizado no 2º passo irá facilitar a identificação dos atores necessários.

A.3. Se a audiência pública ou reunião for promovida pelos gestores, deverão ser convidados para participarem ou para cooperarem na preparação do evento também os representantes do Sistema de Justiça e de órgãos de controle (ex. Tribunal de Contas). Se pelos integrantes do Sistema de Justiça, recomenda-se convidar ou solicitar a cooperação também do(s) gestor(es).

A.4. No evento (audiência pública e reunião):

A.4.1. Cooperar na realização de atividades organizacionais e estruturais. Do Hino Nacional (que fortalece o ideal de Nação/unidade), passando pela disponibilização de café, água e sistema de projeção (para projetar PowerPoint) até chegar à indispensável lista de presenças. Essa lista deverá incluir o nome do participante, a instituição ou segmento da sociedade (ex. comunidade em geral – rede social) que representa ou faz parte, os seus meios de contato (e-mail, telefone convencional e celular, entre outros) e espaço para assinatura. Esses dados são fundamentais para elaboração da lista de contatos (item 3.3.10);

A.4.2. Distribuir documentos e coletar dados (compartilhar informações). Para tanto: distribuir cartilhas e DVDs; aplicar, no que couber, os relatórios e questionários previstos no item 3.3.6.1, etc.

A.5. Deverá ser elaborada ata, incluindo os encaminhamentos.

A.6. Quanto aos encaminhamentos, recomenda-se aferir da viabilidade de (entre outros):

- Implementar os principais encaminhamentos que constam do item 3.3.9. deste artigo e item 9 da Estratégia Integral de C e F;

- Ser(em) instalado(s) Comitê(s) e outras formas de redes de cooperação convergentes (detalhes sobre esse ponto podem ser encontrados na cláusula segunda e alínea “c” da cláusula terceira do esboço do termo de acordo de cooperação);

- Ser elaborado um termo de acordo de cooperação local ou protocolo de intenções, adaptando-se as sugestões contidas no esboço de termo de acordo de cooperação nacional³⁸;

- Ser(em) elaborado(s) e implementado(s) plano(s) de trabalho para detalhar as atividades necessárias à realização dos encaminhamentos (informações sobre esse ponto constam da alínea “b” da cláusula terceira do esboço do termo de acordo de cooperação);

- Ser elaborada e/ou implementada uma Política de Desenvolvimento Harmônico e Sustentável local (refere-se à alínea “a” da cláusula terceira do esboço do termo de acordo de cooperação).

B. reúna documentos (legislação, doutrina, etc.) relativos ao(s) foco(s) prioritário(s) escolhido(s) e de acordo com os encaminhamentos aprovados na reunião ou audiência pública. **Elabore novos diagnósticos** (a partir do levantado na audiência pública/reunião).

C. Execute os encaminhamentos aprovados e articule o cumprimento do acordado por parte dos demais participantes. De acordo com os encaminhamentos referidos no item A.6: assine termo de cooperação ou protocolo de intenções, coopere na elaboração e na implementação de Política de DHS local e nos planos de ação, etc.

D. Promova e coopere na elaboração e na implementação de critérios para o atendimento de demandas (atendimento inicial e judicialização) e **de fluxos** operacionais sistêmicos, entre outros instrumentos e ferramentas aplicáveis à rotina das pessoas e instituições.

- Trata-se da implementação das alíneas “g” e “h” da cláusula terceira do esboço do termo de acordo de cooperação nacional.

E. Elabore, publique e divulgue decretos, resoluções, recomendações, provimentos, enunciados, artigos científicos e **cartilhas**, entre outras formas de consubstanciar as convergências e fomentar o alinhamento e/ou a integração institucional, interinstitucional e com a comunidade em geral, bem como a adaptação de diretrizes à realidade local.

F. Realize e participe de workshops, eventos e utilize métodos de educação a distância (EAD) **em âmbito interinstitucional e com a comunidade em geral.**

G. Realize e participe de capacitações, cursos, workshops e utilize EAD **em âmbito institucional.**

38 Disponível em: <pgsistemicos.blogspot.com.br> e <<http://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/425-comissoes-institucional/comissao-de-defesa-dos-direitos-fundamentais/10463-desenvolvimento-harmonico-e-sustentavel>>.

- Promova a participação de representantes das instituições parceiras e da comunidade em geral nesses eventos institucionais (sugere-se, por exemplo, seja montado um painel para que esses representantes possam expor seu ponto de vista a partir do foco prioritário escolhido e encaminhamentos);

H. Busque evitar e promova a apuração de irregularidades, em cooperação com os parceiros e a redes formadas.

- Utilize, no que couber, sistemas de informática interativos, como, por exemplo, o Sistema de AME da Secretaria Estadual de Saúde do RS³⁹;

- Encaminhe cópias de documentos relativos a irregularidades para o Ministério Público e para os demais órgãos de controle e solicite o nº do protocolo de recebimento.

I. Elabore estratégias locais de comunicação e formação.

- Ao elaborar as estratégias locais de C e F, busque seguir a **estrutura de articulação** da Estratégia Integral de Comunicação e Formação e faça as adaptações à realidade local que forem necessárias;

- A elaboração deve ser realizada em âmbito institucional, interinstitucional e com a comunidade em geral;

- Maiores informações sobre essa atividade constam nas alíneas “g”, “h” e “i” da cláusula terceira do esboço do termo de acordo de cooperação e neste texto como um todo;

- Os materiais produzidos devem ser disponibilizados em páginas institucionais, blogs, sites, etc. (ex: pgsistemicos.blogspot.com.br);

- Na estratégia de comunicação e formação devem ser priorizadas as redes sociais e outras formas de comunidades virtuais interativas.

J. Revise e aperfeiçoe, de forma periódica, **as estratégias e as atividades** executadas para fomentar o DHS via PGS e NMC (ex. os programas, projetos, ações, etc.).

K. Aperfeiçoe a convergência estrutural: promova o aperfeiçoamento de outras normativas e instrumentos (regras, diretrizes, meios, mecanismos, formas de pensar e agir, etc.) utilizados para alinhamento e/ou integração pessoal, familiar, institucional, interinstitucional e com a comunidade em geral.

³⁹ Sistema de Administração de Medicamentos do Estado do RS. Informações disponíveis nas sugestões para formação das redes municipais de medicamentos com base na metodologia de PGS, constante da Cartilha de DHS via PGS e NMC.

- Informações sobre a convergência estrutural constam na alínea “g” da cláusula terceira do esboço do termo de acordo de cooperação nacional e nos artigos 9º e seguintes da Política de DHS via PGS (presentes na Cartilha de DHS via PGS e NMC – disponível em pgsistemicos.blogspot.com.br);

- Quanto aos instrumentos de convergência estrutural, cabe salientar que, em que pese o Sistema de Justiça não estar familiarizado com a utilização de projetos para consubstanciar suas ações, esse meio/instrumento deve ser estimulado uma vez que facilita a mensuração e valoração das atividades.

- Caso se opte pela elaboração de apenas dois ou três modelos de guias genéricos de passos (itens 3.3.5.2.1.1 a 3.3.5.2.1.3) sem criar modelos por área ou foco de atuação (que serão explicados a seguir), pode-se destacar nesse item K (ou em outros locais do guia) aspectos específicos para saúde (como exemplo de implementação). Exemplo: “foco prioritário saúde: um dos encaminhamentos pode ser cooperar na criação e/ou aperfeiçoamento de Câmaras Técnicas (CT), de Núcleos de Assessoria Técnica (NAT) e de Ouvidorias do SUS”. Também, é possível destacar que, se o foco for saúde, devem ser priorizados os Comitês do CNJ em âmbito estadual, distrital, nas comarcas e nos municípios (destacando ou transcrevendo o § 2º do art. 1º da Resolução nº 238 do CNJ e citando, por exemplo, os resultados do Comitê da Saúde do CNJ no RS). Se outras áreas ou focos forem escolhidos (ex. educação, segurança pública, uma calamidade), é recomendável priorizar os Comitês de Atuação Resolutiva (informações: Recomendação nº 54/17 do CNMP, principalmente o constante no art. 1º, § 4º, no art. 3º, inc. VI, e no art. 14, § 1º), os Comitês de DHS e as outras formas de redes de cooperação (informações: cláusula segunda e alínea “c” da cláusula terceira do esboço do termo e artigos 5º, 6º e 7º do esboço da Política de DHS via PGS – disponível na cartilha DHS via PGS e NMC⁴⁰). Além disso, é muito importante dar relevância à família, que é base/estrutura primordial da sociedade (ambiente importantíssimo para desenvolver valores);

- Aos integrantes do Sistema de Justiça, recomenda-se que estimulem os gestores a implementarem os passos previstos neste guia (que unificou o guia para gestores e o guia para integrantes do Sistema de Justiça), uma vez que, nesse caso, a maioria dos passos previstos para o Sistema de Justiça já terão sido realizados (passos que podem ser realizados, inclusive, em cooperação interinstitucional de forma alinhada e/ou integrada).

40 COMITÊ DE PGS; COMITÊ DA SAÚDE DO CNJ NO RS. 2017.

3.3.5.2.1.3. Guia genérico de passos: usuários/sociedade como um todo (integrantes dos três setores e da comunidade em geral – incluindo comunidade virtual)

Para fins de elaboração do guia relativo a esse item, os elementos sugeridos para o(s) guia(s) genérico(s) anterior(es) também são aplicáveis principalmente no âmbito familiar (a matriz de convergência pode ser aplicada em qualquer contexto, fazendo-se as adaptações necessárias). A diferença é que, na esfera das políticas públicas, os usuários (e a sociedade como um todo) deverão, via de regra, exigir a concretização e realização das orientações gerais e dos passos previstos nos itens 3.3.5.1 e 3.3.5.2 das pessoas e instituições com atribuições de promover o DHS via PGS e NMC (de acordo com o item 3.3.4: papéis na missão comum).

3.3.5.2.2. Guia de passos por área de atuação: Guia de Passos da Saúde

Este item refere-se às sugestões de guias de passos para executar as duas etapas da matriz de convergência em uma determinada área ou foco de atuação (ex. educação, segurança, calamidades, problema específico, etc.).

Uma sugestão de passos na área da saúde e para todos os públicos pode ser vista na apresentação em PowerPoint que consta na Cartilha da Ação de PGS com foco na Saúde⁴¹ e na segunda parte da Cartilha DHS via PGS e NMC (“Exemplo de como implementar: foco na saúde”)⁴².

É possível desenvolver os principais passos para Saúde, levando-se em consideração os seguintes públicos-alvo: 3.3.5.2.2.1 – Guia de Passos da Saúde: para gestores, 3.3.5.2.2.4 Guia de Passos da Saúde: para integrantes do Sistema Justiça e 3.3.5.2.2.3 Guia de Passos da Saúde: para usuários/sociedade como um todo (integrantes dos 3 setores e da comunidade em geral – incluindo comunidade virtual)

3.3.5.2.2.1. Guia de Passos da Saúde: Gestores

Como exemplo de guia para que os gestores da saúde possam executar as duas etapas da matriz de convergência, cabe citar o folder

41 COMITÊ DA SAÚDE DO CNJ NO RS. 2015.

42 COMITÊ DE PGS DO RS; COMITÊ DA SAÚDE DO CNJ NO RS. 2017.

“10 passos para diminuir a Judicialização da Saúde” elaborado pela Confederação Nacional de Municípios⁴³:

3.3.5.2.2.2. Guia de Passos da Saúde: integrantes do Sistema de Justiça

Quanto a este item, recomenda-se a leitura do documento “Roteiro de Fomento do DHS via PGS e NMC para Membros do Ministério Público – exemplo Saúde”⁴⁴. Saliente-se que se trata de um **roteiro** de implementação da matriz de convergência, elaborado com base no conteúdo da Estratégia Integral de Comunicação e Formação, e que serve para pautar o DHS via PGS e NMC em reuniões, palestras, audiências públicas, workshops, EAD, capacitações, comitês, redes de cooperação, projetos, entre outros eventos e ações. Esse roteiro é mais amplo, mas inclui um guia de passos para concretizar e realizar as duas etapas da matriz de convergência. Ademais, aborda a convergência estrutural. O roteiro apresenta como exemplo de implementação a área da Saúde e contextualiza resoluções e recomendações do CNMP (principalmente a Recomendação nº 54/17). Contudo, esse roteiro (assim como o guia de passos que faz parte dele) pode ser utilizado em qualquer área de atuação (ex. educação, segurança, etc.) e/ou instituição, bastando fazer as adaptações específicas ao foco escolhido e/ou à instituição que o implementa.

Conforme referido no início do item 3.3, com a recente aprovação da atividade nº 2 da Ação Nacional em Defesa do Direito à Saúde do Conselho Nacional do Ministério Público, a estratégia de comunicação e integração como um todo assumiu uma relevância maior porque evidencia maneiras de implementar essa atividade. O roteiro referido no parágrafo anterior, por sua vez, resume a estratégia e facilita a sua concretização, pois fornece sugestões práticas e contextualizadas no âmbito do Ministério Público.

3.3.5.2.2.3. Guia de Passos da Saúde: usuários/sociedade como um todo (integrantes dos três setores e da comunidade em geral – incluindo comunidade virtual).

Na elaboração do guia relativo a este item, deve-se atentar principalmente para utilização de uma linguagem clara, curta e direta.

43 Disponível em: <pgsistemicos.blogspot.com.br>.

44 Disponível em: <psgsistemicos.blogspot.com.br> e <<http://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/425-comissoes-institucional/comissao-de-defesa-dos-direitos-fundamentais/10463-desenvolvimento-harmonico-e-sustentavel>>.

Também para o uso de instrumentos/veículos de comunicação em massa (mídia e redes sociais: ex. Facebook, Whatsaap, Twitter, etc.).

3.3.5.2.3. Guias de passos específicos e observações

Dependendo do público-alvo e da abrangência do fomento ao DHS via PGS, poderão ser desenvolvidos diversos guias de passos para executar as duas etapas previstas na matriz de convergência. Nos parágrafos anteriores deste texto, agrupamos em três tipos de passos, mas as etapas podem ser executadas em dezenas de passos e atividades.

Outra forma eficiente de realizar passos aptos a concretizar e realizar as duas etapas da matriz de convergência é sistematizá-los em procedimentos administrativos e projetos (institucionais, interinstitucionais e com a comunidade em geral).

Na estratégia de comunicação e formação, deve-se priorizar a definição e os requisitos de projeto (vide § 3º do art. 11 da Política de DHS via PGS). Os projetos permitem colocar em prática os passos e mensurar/acompanhar o desempenho da execução.

3.3.6. Eficiência, Eficácia e Efetividade

Esclarecer as distinções entre eficiência, eficácia e efetividade é bastante relevante, notadamente porque há grande confusão em torno do tema, o que dificulta avaliar o desempenho. Informações completas sobre as distinções podem ser obtidas no Guia Referencial para Medição de Desempenho e Manual para construção de indicadores⁴⁵.

De forma sucinta, a efetividade é constatada quando a pessoa, ação, projeto, política pública, entre outros, a ser avaliada (o seu desempenho) provoca uma transformação relacionada à sua missão (a sua razão de existir). Na estratégia de comunicação e formação proposta, a missão comum pode ser vislumbrada como o fomento ao DHS (missão institucional, interinstitucional e da comunidade em geral). Na medida em que impactar nos critérios que mensuram o grau de DHS estará promovendo a efetividade. Assim, pode-se dizer que quanto mais impactar/preencher os critérios, mais será efetivo o desempenho. Conforme o Guia referido no parágrafo anterior, os impactos podem ser finais e intermediários.

45 GESPÚBLICA. 2010.

A eficácia, por sua vez, está relacionada à mensuração e valorização do desempenho no que se refere à quantidade e qualidade dos produtos e serviços entregues ao usuário (depende do previsto nos mapas estratégicos e das ações promovidas).

A eficiência do desempenho pode ser mensurada e valorada levando-se em consideração a relação entre produtos/serviços gerados e os recursos/meios/processos utilizados para tanto. Como exemplo de atuações eficientes, cabe citar as atuações resolutivas de PGS e NMC (que resolvem/solucionam os problemas que prejudicam o DHS de uma forma eficiente).

Para exemplificar, cabe citar as prioridades elencadas no Mapa Estratégico Nacional do Ministério Público brasileiro⁴⁶. De modo geral, pode-se dizer que uma atuação ministerial será **efetiva** quando promover o desenvolvimento de **relações** harmônicas e sustentáveis **que concretizam e realizam o direito produzindo impactos** na defesa dos direitos fundamentais, na transformação social, na indução de políticas públicas e/ou na diminuição da criminalidade e da corrupção (impactos intermediários – retorno para sociedade) e **que, conseqüentemente, contribuem para defesa** da ordem jurídica, do regime democrático e/ou dos interesses sociais e individuais indisponíveis (impactos finais – missão institucional). Sob outro ângulo, a efetividade do desempenho do Ministério Público, devido à abrangência e interconexão de suas atribuições constitucionais (artigo 127 da CF/88), está atrelada ao Desenvolvimento Harmônico e Sustentável. Por **eficaz**, aquela que realiza ações, em quantidade e qualidade, convergentes e aptas a produzir essa efetividade. Na busca de uma maior convergência com o Planejamento Estratégico Nacional, pode-se dizer que são **eficazes** as ações medidas em que forem desenvolvidas de forma alinhada ou integrada com os resultados institucionais constantes do Mapa Estratégico Nacional do Ministério Público brasileiro, porque, dessa forma, promovem os impactos na efetividade antes referida com atividades/ações (“produtos/serviços”) priorizadas pela instituição. A atuação ministerial **eficiente**, por sua vez, de maneira geral, pode ser definida como aquela atuação que realiza ações direcionadas a alcançar a eficácia e a efetividade, usando adequadamente os meios disponíveis, em conformidade com critérios de custo-efetividade, produtividade, tempo, custo-benefício e custo unitário das ações, entre outros.

Quanto à eficiência, cabe destacar que os critérios e indicadores estabelecidos para mensurar o desempenho da atuação eficiente poderão ser complementados com indicadores específicos de execução (realização dos processos, projetos e planos de ação conforme as

46 CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO.2014.

diretrizes estabelecidas), de excelência (conformidade a critérios e padrões de qualidade/excelência) e de economicidade (obtenção e uso de recursos com o menor ônus possível, dentro dos requisitos e da quantidade exigidos pelas ações definidas como eficazes). De maneira mais específica, o Mapa Estratégico Nacional prevê, entre seus processos priorizados para alcançar a missão constitucional, a eficiência da atuação institucional, incluindo a atuação extrajudicial e a de forma resolutiva, e a eficiência operacional, para qual devem convergir ações relacionadas às pessoas, à infraestrutura tecnologia (formas de atuação priorizadas pela instituição).

3.3.6.1 Questionários e relatórios para avaliação, indução e aferição da transformação

Neste item busca-se desenvolver e implementar questionários e relatórios (ex. relatórios para corregedorias e outros órgãos de controle) com perguntas que promovam a avaliação do panorama, a reflexão sobre soluções para esse panorama (de modo a, desde logo, despertar ou/e indicar a solução, ou seja, induzir a melhora na forma de pensar e agir) e, posteriormente, a mensuração dos impactos (a transformação ocorrida em decorrência disso). Difere do item 3.3.6.2 (que será explicado a seguir), que é mais técnico e possibilita construir, implementar, comunicar e divulgar os resultados do desempenho através de indicadores (inclusive para fins de retrato institucional). Por outro lado, os questionários e os relatórios são mais fáceis de serem construídos, adaptados à realidade local e implementados.

Esses questionários e relatórios são importantes para mensurar os seguintes impactos intermediários previstos no Mapa Estratégico Nacional do Ministério Público brasileiro: “Defesa dos Direitos Fundamentais”, “Indução de Políticas Públicas” e “Transformação Social” (retorno para a sociedade). Ademais, estão sendo elaborados levando-se em consideração os requisitos da atuação resolutiva de PGS (que impacta na transparência), sendo, por isso, relevantes para promover e mensurar a “Diminuição da Criminalidade e da Corrupção”.

Devem ser construídos dois tipos/categorias de questionários e relatórios:

3.3.6.1.1. Questionário/Relatório para usuários dos sistemas/sociedade como um todo (integrantes dos três setores e da comunidade em geral – incluindo comunidade virtual)

3.3.6.1.2. Questionário/Relatório para ações, políticas públicas, projetos, etc.

Na Estratégia Integral de Comunicação e Formação⁴⁷ constarão sugestões de relatórios e questionários de forma sistematizada e atualizada.

Neste momento, encaminha-se o questionário abaixo, articulando apenas um esboço relacionado ao item 3.3.6.1.1. Trata-se de um esboço elaborado por integrantes do Comitê de PGS, que deverá ser aperfeiçoado para promover a avaliação, a indução e a mensuração da transformação social e do ambiente. Utilizando os critérios de mensuração do grau de DHS e levando em consideração o previsto no artigo 16 da Política de DHS via PGS, pode-se construir o seguinte esboço:

Responda as questões abaixo. Não é necessário identificar-se.

I. Estabelecimento de Foco(s) Prioritário(s)

I.1. Você **estabelece** prioridades na sua vida? (item para avaliação)

- () sempre
- () normalmente
- () dificilmente
- () nunca

I.2. Você acredita que **pode estabelecer** prioridades na sua vida? (item que inclui a indução da transformação na forma de pensar e agir)

- () sempre
- () normalmente
- () dificilmente
- () nunca

47 Principalmente na Cartilha de DHS via PGS e NMC: Estratégia de C e F (de forma resumida: Cartilha Estratégica de DHS) que é uma versão atualizada e completa deste texto. Disponível em: <pgsistemicos.blogspot.com.br> e <<http://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/425-comissoes-institucional/comissao-de-defesa-dos-direitos-fundamentais/10463-desenvolvimento-harmonico-e-sustentavel>>.

II. Atendimento das Necessidades

II.a. Em caráter geral, você considera que suas necessidades são atendidas em que grau? (avaliação)

- todas
- algumas
- poucas
- apenas as indispensáveis para sobrevivência física

II.b A sua família coopera para o atendimento de suas necessidades? (avaliação)

- sempre
- normalmente
- dificilmente
- nunca

II.1 Em caráter geral, você acredita que pode melhorar o atendimento de suas necessidades como (pode marcar mais de uma resposta neste item)? (indução)

- sozinho
- junto ao Poder Público
- em cooperação com a família
- em cooperação com a sociedade

III. Necessidades

III.a. Necessidades Fisiológicas

III.a.1. Quantas refeições por dia você faz?

- 1 refeição por dia
- 2 refeições por dia
- 3 refeições por dia
- 4 refeições por dia, ou mais

III.a.2. Marque as alternativas que correspondem à sua alimentação:

	SIM	ÀS VEZES	NUNCA
Como carnes	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Como vegetais	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Como frutas	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

Como derivados do leite () () ()

Como cereais (arroz, feijão,
lentilha, milho, aveia) () () ()

Como frituras () () ()

Como embutidos

(salsicha, presunto, mortadela,)() () ()

III.a.3. Marque a(s) alternativa(s) que correspondem ao seu comportamento alimentar:

() Considero minha alimentação saudável

() Não considero minha alimentação saudável

() Acredito que posso melhorar a minha alimentação

() Nunca pensei sobre a minha alimentação

III.a.4. Marque a alternativa que corresponde ao uso de álcool e cigarro/assemelhados:

() Faço uso dessas substâncias regularmente

() Faço uso dessas substâncias esporadicamente

() Nunca faço uso dessas substâncias

() Posso reduzir o uso dessas substâncias

III.a.5. Marque a(s) alternativa(s) que correspondem ao seu sono:

() Considero meu sono saudável

() Não considero meu sono saudável

() Acredito que posso melhorar meu sono

() Nunca pensei sobre meu sono

III.a.6. Levando em consideração as respostas dadas, como você qualificaria o atendimento atual de suas necessidades fisiológicas em uma escala de 1 a 10, na qual 1 é totalmente insatisfatório e 10 é plenamente satisfatório: nota ou ()1 ()2 ()3 ()4 ()5 ()6 ()7 ()8 ()9 ()10

III.b. Necessidades Psicológicas

III.b.1. Segurança

III.b.1.1. Marque a(s) alternativa(s) que correspondem ao seu sentimento de segurança com relação ao ambiente em que vive:

() Me sinto seguro(a) na região em que moro

- Não me sinto seguro(a) na região em que moro
- Acredito que minhas atitudes contribuem para a segurança da minha região
- Acredito que minhas atitudes não contribuem para a segurança da minha região
- Eu posso melhorar minhas atitudes para contribuir com a segurança da minha região

III.b.1.3. Marque a(s) alternativa(s) que correspondem ao estabelecimento de limites aos desejos:

- Estabeleço limites aos meus desejos
- Não estabeleço limites aos meus desejos
- Estabeleço limites aos desejos de meus filhos
- Não estabeleço limites aos desejos de meus filhos
- Estabeleço limites aos desejos dos demais familiares
- Não estabeleço limites aos desejos dos demais familiares
- Acredito que posso melhorar minhas atitudes para estabelecer mais limites aos desejos (meus, dos meus filhos, dos demais familiares, entre outras pessoas)

Quanto ao item III.b.1.3 cabe fazer um esclarecimento prévio ao público-alvo do questionário/relatório. Desejo é diferente de necessidade. Posso desejar beber e sair dirigindo, comprar todas as novidades ofertadas via marketing, etc. Muitas vezes, não estaremos diante de necessidades, mas sim simples desejos insustentáveis. Refere o escritor James C. Hunter⁴⁸:

Uma vontade – Simião explicou – é simplesmente um anseio que não considera as consequências físicas e psicológicas daquilo que se deseja. Uma necessidade, por outro lado, é uma legítima exigência, física ou psicológica para o bem-estar do ser humano.

III.b.2. Pertencimento

III.b.2.1. Marque a(s) alternativa(s) que correspondem ao sentimento de pertencimento:

- Me sinto acolhido(a) pela minha família
- Não me sinto acolhido(a) pela minha família
- Acredito que posso melhorar minhas atitudes para contribuir com um ambiente mais acolhedor na minha família

48 HUNTER, James C. 2004

- Me sinto acolhido(a) no ambiente do meu trabalho
- Não me sinto acolhido(a) no ambiente do meu trabalho
- Acredito que posso melhorar minhas atitudes para contribuir com um ambiente mais acolhedor no meu trabalho;
- Me sinto acolhido(a) pela minha comunidade
- Não me sinto acolhido(a) pela minha comunidade
- Acredito que posso melhorar minhas atitudes para contribuir com um ambiente mais acolhedor na minha comunidade

III.b.3. Autoestima

III.b.3.1. Marque a alternativa que corresponde ao seu bem-estar:

- Me sinto bem com o meu corpo
- Me sinto bem com a minha profissão
- Me sinto bem com o meu trabalho
- Todas as alternativas
- Nenhuma das alternativas
- Acredito que posso melhorar minhas atitudes para me sentir de bem com minha vida

III.b.3.2. Marque a(s) alternativa(s) que correspondem ao seu sentimento de ser útil para os outros:

- Sinto que sou útil para a minha família
- Não me sinto útil para a minha família
- Acredito que posso melhorar minhas atitudes para me sentir mais útil na minha família
- Sinto que sou útil no meu trabalho
- Não me sinto útil no meu trabalho
- Acredito que posso melhorar minhas atitudes para me sentir mais útil no meu trabalho
- Sinto que sou útil para a minha comunidade
- Não me sinto útil para a minha comunidade
- Acredito que posso melhorar minhas atitudes para me sentir mais útil na minha comunidade

III.b.3.3. Marque a(s) alternativa(s) que correspondem ao seu sentimento de ser valorizado pelos outros:

- Sinto que sou valorizado pela minha família
- Não me sinto valorizado pela minha família
- Acredito que posso melhorar minhas atitudes para ser mais valorizado pela minha família
- Sinto que sou valorizado em meu trabalho
- Não me sinto valorizado em meu trabalho
- Acredito que posso melhorar minhas atitudes para ser mais valorizado em meu trabalho
- Sinto que sou valorizado pela minha comunidade
- Não me sinto valorizado pela minha comunidade
- Acredito que posso melhorar minhas atitudes para ser mais valorizado pela minha comunidade

III.b.4. Levando em consideração as respostas para o item 3.2 (necessidades psicológicas), como você qualificaria o atendimento atual de suas necessidades psicológicas em uma escala de 1 a 10, na qual 1 é totalmente insatisfatório e 10 é plenamente satisfatório: nota ou 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10

III.c. Autorrealização

III.c.1. Marque a(s) alternativa(s) que correspondem ao seu sentimento de autorrealização:

- Considero que desenvolvi plenamente/totalmente meus talentos, capacidades e potenciais durante a vida
- Considero que desenvolvi parcialmente meus talentos, capacidades e potenciais durante a vida
- Não desenvolvi meus talentos, capacidades e potenciais durante a vida
- Acredito que posso desenvolver melhor meus talentos, capacidades e potenciais

III.c.2. Marque a(s) alternativa(s) que correspondem a seus sentimentos:

- Me considero uma pessoa feliz
- Tenho motivos para sorrir
- Me considero uma pessoa triste
- Não tenho motivos para sorrir
- Posso melhorar meu humor

III.c.3. Levando em consideração as respostas para o item 3.3 (necessidade de autorrealização), como você qualificaria o atendimento atual dessa necessidade em uma escala de 1 a 10, na qual 1 é totalmente insatisfatório e 10 é plenamente satisfatório: nota ou ()1 ()2 ()3 ()4 ()5 ()6 ()7 ()8 ()9 ()10

Os questionamentos relacionados às necessidades fisiológicas expostos nos parágrafos anteriores servem, por exemplo, para avaliar a qualidade nutricional da alimentação oferecida nas escolas (algo indispensável para saúde e educação de qualidade).

Com relação aos demais critérios de mensuração do grau de DHS, previstos no previsto no artigo 16 da Política de DHS via PGS, os questionários e relatórios estarão disponíveis no endereço eletrônico antes referido. Os demais critérios são:

IV. Impactos proporcionais nos três eixos da sustentabilidade:

a) eixo econômico;

b) eixo social;

b.1 saúde;

b.2 educação;

b.3 cidadania;

b.4 segurança;

c) eixo ambiental.

V. Convergência dos três setores e da comunidade em geral (alinhamento e/ou integração):

a) setor público;

b) setor privado;

c) terceiro setor/sociedade civil organizada;

d) comunidade em geral.

VI. Promoção de atuações resolutivas e/ou de matrizes de convergência na medida em que concretizem e realizem o previsto no art. 8º da Política de DHS via PGS.

No que se refere ao critério VI, lembre-se que a atuação resolutiva de PGS pode ser aplicada em qualquer contexto, inclusive pessoal e familiar. Assim, podem ser efetivados, para fins de elaboração dos questionários e relatórios indicados no item 3.3.6.1.1, perguntas como:

Marque a(s) alternativa(s) que correspondem a suas atitudes perante seus sentimentos:

- Quando me sinto triste procuro ajuda de um(a) especialista
- Quando me sinto triste procuro ajuda de um(a) parente
- Quando me sinto triste procuro ajuda de um(a) amigo(a)
- Quando me sinto triste procuro ajuda em minha religião
- Não procuro ajuda quando me sinto triste
- Acredito que posso procurar ajuda a partir de agora

Marque a(s) alternativa(s) que corresponde(m) ao estabelecimento de formas de atuação (maneiras de manter a relação com os outros e com o ambiente em que vivo; planejamento e gestão dos recursos, ou seja, como atender os desejos e as necessidades de acordo com os recursos disponíveis, etc.):

Faço o planejamento e a gestão dos recursos para atender os desejos e as necessidades minhas, dos meus filhos e da minha família

Não faço o planejamento e a gestão dos recursos para atender os desejos e as necessidades minhas, dos meus filhos e da minha família

Faço o planejamento e a gestão dos recursos no meu trabalho

Não faço o planejamento e a gestão dos recursos no meu trabalho

Acredito que posso fazer ou melhorar o planejamento e a gestão dos recursos para atender os desejos e as necessidades (minhas, dos meus filhos, dos demais familiares, de outras pessoas, do trabalho, da comunidade, etc.)

Para fins de construir os questionários e relatórios de avaliação do desempenho de **ações, políticas públicas, projetos, etc. (item 3.3.6.1.2)**, basta adaptar as perguntas elaboradas para o item 3.3.6.1.1, indagando se, por exemplo, determinada política pública promove atividades que melhoram o acolhimento do destinatário da política na família, no trabalho, na comunidade, etc. (item III.b.2.1.). Tais fatores são essenciais para atuar de forma resolutiva em questões como o tratamento de viciados em drogas, que tem causas multifatoriais e, portanto, exige formas de pensar e agir não lineares. Caso contrário, haverá desperdício do dinheiro público com prováveis acréscimos na judicialização. Ao Ministério Público essa construção se torna ainda mais relevante diante do dever constitucional previsto no inciso II da CF/88: “Zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”.

É importante criar e divulgar relatórios que avaliem o grau do Desenvolvimento Harmônico e Sustentável existente ou potencial (vide § 5º do art. 16 do Esboço da Política de DHS via PGS) em ações, políticas públicas, projetos, etc. e do/junto ao usuário (pessoal, familiar, etc.). Isso, de modo a, desde logo, avaliar e já promover uma reflexão de como melhorar o quadro atual (avaliação e indução). Ademais, para mensurar os impactos na transformação social e do ambiente como um todo, deve-se aplicar novamente o questionário no público-alvo e/ou atividade a ser mensurada e valorada, após um prazo razoável.

Pode ser criado um aplicativo de informática (ex. app) para facilitar a concretização e realização do item 3.3.6.1.

3.3.6.2. Mensuração e avaliação qualificada

Essa é uma abordagem mais complexa que deve, preferencialmente, ser utilizada após a elaboração, implementação e divulgação dos questionários e relatórios (item 3.3.6.1). De qualquer sorte, o art. 12 e o anexo IX da Política de DHS via PGS já indicam caminhos a seguir (disponível na Cartilha de DHS via PGS e NMC⁴⁹).

3.3.6.2.1. Indicadores principais

Recomenda-se a leitura das sugestões de indicadores constantes no anexo IX da Política de DHS via PGS.

3.3.6.2.2. Índice de Desenvolvimento Harmônico e Sustentável – IDHS

Sugere-se verificar o disposto no § 4º do art. 16 da Política de DHS via PGS.

Os relatórios previstos no item 3.3.6.1 irão contribuir para evidenciar o IDHS nos contextos em que forem empregados. Para mensurá-lo com maior precisão, exigem-se os indicadores previstos no item 3.3.6.2.1 (que podem ser desenvolvidos em momento posterior).

Em que pese a dificuldade de se desenvolver o item 3.3.6, ele é muito importante para avançar da mera divulgação de eventos para comunicação e formação eficientes. Comunicação e formação a serem consideradas como atos/atuações que fomentam a percepção

49 COMITÊ DE PGS DO RS; COMITÊ DA SAÚDE DO CNJ NO RS. 2017.

das interconexões dos eventos (e, gradualmente, dos padrões de comportamento, das estruturas sistêmicas e dos modelos mentais) e, a partir disso, que estimulam a construção conjunta de soluções para as crises, conflitos, controvérsias e divergências em geral, entre outros problemas. Em outras palavras, que promovam a percepção e a ação convergentes a soluções aptas a superar as tormentas e, assim, evoluir.

3.3.7. Índices de cartilhas convergentes ao DHS

Como exemplos, pode-se citar: índices da Cartilha DHS via PGS e NMC⁵⁰ e da Cartilha da Ação de PGS com foco na Saúde⁵¹.

É importante a criação de aplicativo(s) de informática para facilitar a localização de documentos, exemplos, etc. relacionados ao fomento ao DHS via PGS e NMC.

3.3.8. Conclusões da Estratégia Integral de Comunicação e Formação

O conteúdo e a estrutura de apresentação deste artigo são semelhantes aos da estratégia de comunicação e formação⁵².

Assim, a conclusão deste artigo será oferecida após serem citados os encaminhamentos, contatos e anexos presentes na estratégia (item 3.3.9 a 3.3.11):

3.3.9. Alguns encaminhamentos sugeridos na Estratégia Integral de Comunicação e Formação:

A. Encaminhamentos de caráter geral:

A.1. Utilizar, aperfeiçoar, adaptar à realidade local e/ou divulgar os instrumentos que estão sendo desenvolvidos para concretizar e realizar a estratégia de comunicação e formação que busca fomentar DHS via PGS e NMC:

50 COMITÊ DE PGS DO RS; COMITÊ DA SAÚDE DO CNJ NO RS. 2017.

51 COMITÊ DA SAÚDE DO CNJ NO RS. 2015.

52 Principalmente aos Cartilha de DHS via PGS e NMC: Estratégia de C e F (de forma resumida: Cartilha Estratégica de DHS) que é uma versão atualizada e completa deste texto. Disponível em: <pgsistemicos.blogspot.com.br> e <<http://www.cnpm.mp.br/portal/institucional/425-comissoes-institucional/comissao-de-defesa-dos-direitos-fundamentais/10463-desenvolvimento-harmonico-e-sustentavel>>.

Inicialmente, três são os principais **tipos de instrumentos** que farão parte do kit de instrumentos para comunicação e formação em DHS via PGS e NMC (chamado de **KIT de DHS via PGS e NMC**⁵³).

Ressalte-se que o KIT e a estratégia de C e F como um todo poderão ser utilizados em reuniões, palestras, capacitações, elaboração de projetos, políticas públicas, entre outros documentos, eventos, etc.

Para comunicar e formar didaticamente, recomenda-se a utilização de roteiros de implementação da matriz de convergência (vide item 3.3.5.1) e de guias de passos (item 3.3.5.2). Para o Ministério Público foi elaborado o Roteiro de Fomento do DHS via PGS e NMC para Membros do Ministério Público – exemplo Saúde⁵⁴ (item 3.3.5.2.2.2. deste artigo). Saliente-se que esse roteiro poderá servir de base para as demais instituições, fazendo-se as adaptações necessárias.

Os três principais tipos de instrumentos que constarão do KIT de DHS via PGS e NMC são:

A.1.1. Documentos escritos da Estratégia Integral de Comunicação e Formação (inclui cartilhas, folders, apresentações em PowerPoint, esboços, o presente texto, etc.). A partir deste material deve ser impressa uma cartilha que poderá ser chamada de Cartilha de DHS via PGS e NMC: Estratégia de C e F (de forma resumida: **Cartilha Estratégica de DHS**). A Cartilha Estratégica de DHS fornece as definições básicas e atualizadas, bem como informações de COMO colocar em prática o fomento do DHS via PGS e NMC, incluindo roteiro(s), guias de passos, questionários (para avaliar, induzir e mensurar a transformação social), etc. Uma versão digital dessa cartilha deve ser disponibilizada (principalmente para as redes sociais). Também, é possível anexar, ao final da Cartilha Estratégica de DHS, um DVD com diversos materiais convergentes. Ademais, com base nela, podem ser desenvolvidos outros documentos e subprodutos (ex. o roteiro constante do item 3.3.5.2.2.2. deste artigo). Essa cartilha é o principal material a ser consultado, adaptado à realidade local e utilizado de forma integral ou parcial (ex. de forma parcial: adaptar e utilizar o roteiro previsto no item 3.3.5.2.2.2. deste artigo para pautar o tema DHS via PGS e NMC em reuniões dos Comitês da Saúde do CNJ, em eventos, etc.);

53 Disponível em: <psgsitemicos.blogspot.com.br>, <rodrigosschoeller.blogspot.com.br> e <http://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/425-comissoes-institucional/comissao-de-defesa-dos-direitos-fundamentais/10463-desenvolvimento-harmonico-e-sustentavel>.

54 Disponível em: <psgsitemicos.blogspot.com.br> e <http://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/425-comissoes-institucional/comissao-de-defesa-dos-direitos-fundamentais/10463-desenvolvimento-harmonico-e-sustentavel>.

A.1.2. Os instrumentos de comunicação e formação em massa (a serem baseados principalmente na Estratégia Integral de Comunicação e Formação). Esses instrumentos estão sendo elaborados pelos órgãos de comunicação e formação em uma linguagem acessível a maior parte da população, destacando a mídia tradicional (ex. rádio, televisão, etc.) e priorizando as redes sociais (Facebook, Whatsaap, Twitter, etc.);

A.1.3. As cartilhas completas, principalmente a Cartilha de DHS via PGS e NMC⁵⁵ e a Cartilha da Ação de PGS, com foco na saúde⁵⁶. Ambas disponibilizam informações detalhadas, aprofundadas e sistematizadas, bem como exemplos de normativas, documentos e boas práticas.

A.2. Efetivar as articulações necessárias para implementação da estratégia:

A.2.1. Inicialmente junto às chefias administrativas aptas a promover seja dada **prioridade ao item A.1** por parte dos órgãos de comunicação e formação;

A.2.2. Articular, desde logo e em todos os contextos (familiar, redes sociais, trabalho, etc.), que há solução para crise: DHS via PGS e NMC, bem como divulgar e replicar os instrumentos de comunicação e formação (incluindo os disponibilizados nos endereços eletrônicos⁵⁷);

A.2.3. Efetivar as demais articulações sugeridas, adaptando-as à realidade local (ex. os encaminhamentos B, C, D e E, presentes no item 9 da Estratégia Integral de C e F).

A.3. Implementar a estratégia e revisá-la constantemente.

Os encaminhamentos mais específicos que são sugeridos na Estratégia Integral de Comunicação e Formação podem ser acessados na Cartilha Estratégica de DHS (disponível no KIT de DHS via PGS e NMC referido nos parágrafos anteriores).

3.3.10. Lista de Contatos

Neste item, devem ser listados os contatos:

55 COMITÊ DE PGS DO RS; COMITÊ DA SAÚDE DO CNJ NO RS. 2017.

56 COMITÊ DA SAÚDE DO CNJ NO RS. 2015.

57 Cf. <pgsistemicos.blogspot.com.br>; <rodrigochaeller.blogspot.com.br> e <<http://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/425-comissoes-institucional/comissao-de-defesa-dos-direitos-fundamentais/10463-desenvolvimento-harmonico-e-sustentavel>>.

3.3.10.1. Dos integrantes do fomento ao DHS via PGS e NMC: Estratégia de Comunicação e Formação;

A lista de presenças sugerida no item A.4.1 do Guia Genérico de Passos Gestores e do Guia Genérico de Passos: integrantes do Sistema de Justiça (itens 3.3.5.2.1.1 e 3.3.5.2.1.2 deste texto) poderá contribuir para elaboração da lista de contatos.

3.3.10.2. Dos comitês e redes de cooperação alinhadas e integradas ao DHS via PGS e NMC.

3.3.11. Anexos da Estratégia Integral de Comunicação e Formação.

Entre outros, cabe citar:

- I. Bibliografia
- II. Legislação, normativas, etc.
- III. DVDS

4. Conclusão do artigo

No contexto do exposto, cabe oferecer a seguinte conclusão aplicável em ambos os textos (a este artigo e à Estratégia Integral de Comunicação e Formação⁵⁸):

Timoneiro, marujo e capitão. São tempos de mudanças. Não adianta agarrar o leme e dar ordens como se estivesse em uma equipe de remo. Muito menos remar desesperados cada um para seu lado. Diante das turbulências atuais é preciso despertar um senso de direção em todos os tripulantes para que eles, desenvolvendo seus potenciais individuais, somem esforços na busca de propósitos mais elevados.

Nas corredeiras da vida, os tripulantes do bote que desce o rio devem atentar para o mapa, a bússola e a espada, e, com foco nesses instrumentos, remarem em direção do oceano. Desse modo, ao retornarem a ele, o barco transformar-se-á em um navio, e a tripulação, como guerreiros, enfrentará novos desafios até chegar a outra margem.

58 Principalmente à Cartilha de DHS via PGS e NMC: Estratégia de C e F (de forma resumida: Cartilha Estratégica de DHS) que é uma versão atualizada e completa deste texto. Disponível em: <pgsistemicos.blogspot.com.br> e <<http://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/425-comissoes-institucional/comissao-de-defesa-dos-direitos-fundamentais/10463-desenvolvimento-harmonico-e-sustentavel>>.

Estamos passando por crises (e vamos passar por outras).

A notícia boa é que **há solução**: o Desenvolvimento Harmônico e Sustentável via atuações resolutivas, principalmente as atuações resolutivas de Planejamento e de Gestão Sistêmicos, de Negociação, de Mediação e de Conciliação.

Diversas instituições e a comunidade em geral têm o dever (constitucional, moral, existencial/ missão, contratual, etc.) e/ou a necessidade de sobrevivência: **fomentar o DHS via PGS e NMC**.

Necessário ressaltar que o Sistema de Justiça não intervém nos sistemas apenas para apurar irregularidades e para garantir direitos individuais. O Sistema de Justiça pode cooperar para o Desenvolvimento Harmônico e Sustentável e, assim, contribuir para garantia do direito de todos.

De uma forma resumida: *“Para melhorar, todos devem ajudar”*.

É possível! Para tanto, é preciso adaptar à realidade local alguns guias de passos sugeridos no texto. Também, é necessário mensurar o desempenho durante a travessia (principalmente com a utilização de questionários e relatórios).

A solução proposta é verdadeira (eficiente, eficaz e efetiva) e já demonstrou resultados em vários contextos.

Fomentando o DHS via PGS e NMC, as crises transformam-se em oportunidades de evolução.

Em outras palavras, oportunidades de qualificar as relações estabelecidas com a nossa consciência e com os seres vivos e objetos com os quais se interage.

Parece que para nós alcançarmos a efetividade e a Paz, interna e externa, é indispensável perceber e agir, na busca de desenvolver a consciência em todos os níveis de relação.

Indo um pouco além, ao navegar no oceano, as relações que estabelecemos evidenciam a razão da existência e, assim, possibilitam aportar na outra margem da evolução.

REFERÊNCIAS

AURÉLIO, L. Andrade; SELEME, Acyr; RODRIGUES, Luís H.; SOUTO, Rodrigo. **Pensamento sistêmico**: caderno de campo – o desafio da mudança sustentada nas organizações e na sociedade. Porto Alegre: Bookman, 2006.

COMITÊ DA SAÚDE DO CNJ NO RS (Comitê Executivo do Rio Grande do Sul do Fórum Nacional do Judiciário para Saúde do Conselho Nacional de Justiça). **Cartilha da Ação de Planejamento e de Gestão Sistêmicos com foco na saúde**. Porto Alegre. 2015. Disponível em: <pgsistemicos.blogspot.com.br>; <rodrigosschoeller.blogspot.com.br> e <<http://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/425-comissoes-institucional/comissao-de-defesa-dos-direitos-fundamentais/10463-desenvolvimento-harmonico-e-sustentavel>>.

COMITÊ DE PGS DO RS (Comitê de Planejamento e de Gestão Sistêmicos do Rio Grande do Sul); COMITÊ DA SAÚDE DO CNJ NO RS. **Cartilha de fomento do Desenvolvimento Harmônico e Sustentável via atuações resolutivas, principalmente as atuações resolutivas de Planejamento e de Gestão Sistêmicos, de Negociação, de Mediação e de Conciliação (Cartilha de DHS via PGS e NMC)**. Porto Alegre. 2017. Disponível em: <pgsistemicos.blogspot.com.br>; <rodrigosschoeller.blogspot.com.br> e <<http://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/425-comissoes-institucional/comissao-de-defesa-dos-direitos-fundamentais/10463-desenvolvimento-harmonico-e-sustentavel>>.

COMITÊ DE PGS DO RS (Comitê de Planejamento e de Gestão Sistêmicos do Rio Grande do Sul). **Política de Fomento ao Desenvolvimento Harmônico e Sustentável Principalmente Via Atuações Resolutivas de Planejamento e de Gestão Sistêmicos em âmbito do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre. 2017. (constante da Cartilha de DHS via PGS e NMC disponível em: <pgsistemicos.blogspot.com.br> e <<http://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/425-comissoes-institucional/comissao-de-defesa-dos-direitos-fundamentais/10463-desenvolvimento-harmonico-e-sustentavel>>).

COMITÊ GESTOR NACIONAL DA CONCILIAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>>.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). **Mapa Estratégico Nacional do Ministério Público brasileiro**. Brasília. 2014. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/acao-nacional/mapa-estrategico>>.

ENAM, Escola Nacional de Mediação e Conciliação. **Manual de Mediação e Negociação para Membros do Ministério Público**. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <http://www.cnmp.gov.br/portal/images/MANUAL_DE_NEGOCIACAO_E_MEDIACAO_PARA_MEMBROS_DO_MP_ISBN_2_1.pdf>.

FÓRUM NACIONAL DE SAÚDE DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO. **Judicialização da Saúde: Redes de Cooperação**. Brasília: CNMP, 2015. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/245-cartilhas-e-manuais/9174-judicializacao-da-saude>>.

GESPÚBLICA. Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização. **Guia Referencial para Medição de Desempenho e Manual para Construção de Indicadores**. Disponível em: <http://www.gespublica.gov.br/sites/default/files/documentos/guia_indicadores_jun2010.pdf>.

HUNTER, James C. **O Monge e o Executivo – Uma História sobre a Essência da Liderança**. Rio de Janeiro: Sextante, 2004.

MORAES, Rodrigo Schoeller de; ALIAGA, Márcia Kamei López. O Desenvolvimento Harmônico e Sustentável por meio da atuação resolutiva: implementando o estabelecido na Constituição Federal de 1988 e em diretrizes nacionais e internacionais. **Tendências em Direitos Fundamentais: possibilidades de atuação do Ministério Público**. Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais do CNMP. Volume 1: CNMP, 2016. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/250-revistas/9981-tendencias-em-direitos-fundamentais-possibilidades-de-atuacao-do-ministerio-publico>>.

Morin, Edgar. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 2008.

RDH, **Relatório de Desenvolvimento Humano, 2009-2010**: Brasil Ponto a Ponto; consulta pública. Brasília: PNUD, 2009, p.72. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/sites/default/files/nhdr-brazil-2009-10-br.pdf>>.

O QUE OS OLHOS NÃO VEEM, A LEI ALCANÇA? O DANO PSÍQUICO NA APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA

Cynthia Ramos do Amaral Saad¹

Márcia Regina Ribeiro Teixeira²

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Ondas Feministas. 3. Questão de Gênero. 4. Das raízes da colonização aos grilhões dos dias atuais. 5. Dano psíquico: um grito sem eco? 6. Considerações Finais.

RESUMO: Este artigo trata de questões relativas aos danos psíquicos resultantes da violência doméstica e familiar perpetrada contra mulheres, especialmente aquelas desencadeadas a partir de relações íntimas de afeto. Busca entender e refletir sobre os procedimentos adotados na persecução penal dos casos que revelam esse agravo à saúde das vítimas. Nesse diapasão, inicialmente é construído um suporte teórico que viabilize a interpretação de tal contexto, notadamente apoiado na teoria feminista, analisando a condição da mulher com a perspectiva do conceito de gênero. Em um segundo momento são apreciados elementos que remontam a conformação do Direito Penal em matéria de violência contra mulheres, fazendo o recorte temporal do Período Colonial até a contemporaneidade, sob a égide da Lei nº 11.340/2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha. São consideradas as formas de violência exemplificadas no referido marco legal, tipos penais e tipificações possíveis em se tratando de psíquico.

1 Analista em Serviço Social no Ministério Público da Bahia. Graduada em Serviço Social pela USCAL. MBA em Gestão de Recursos Humanos pela UNIFACS. Bacharela em Direito da Faculdade Baiana de Direito.

2 Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Especialista em Direitos Humanos pela Universidade do Estado da Bahia. Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal da Bahia. Doutoranda em Família na Cidade Contemporânea da Universidade Católica de Salvador. Designada para coordenar o Centro de Apoio Operacional dos Direitos Humanos do MP-BA. Integrante do Grupo de Trabalho de Combate à Violência Doméstica e Defesa dos Direitos Sexuais e Reprodutivos (GT-6), da Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais do Conselho Nacional do Ministério Público.

São estudadas suas manifestações e consequências, instrumentalidade e forma de construção do nexos causal.

PALAVRAS-CHAVE: Mulher. Gênero. Violência doméstica. Dano psíquico. Nexos causal. Tipificação penal.

1. INTRODUÇÃO

A violência doméstica e familiar é um fenômeno social que acomete mulheres em todo o mundo, daí ser um tema que desperta o interesse de muitos pesquisadores, especialmente entre estudiosos das ciências sociais. Contudo, a matéria ganha maior significado quando se passa a intervir em tal realidade, para estas profissionais, especialmente, na ocasião em que atuaram em equipe, na condição de analista em Serviço Social e promotora de Justiça no Ministério Público do Estado da Bahia, respectivamente, junto ao Grupo de Atuação em Defesa da Mulher – GEDEM, de maio de 2009 a julho de 2016, e de dezembro de 2006 a julho de 2016, respectivamente.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) reconhece a violência como problema de saúde pública desde 1996, portanto é inquestionável a existência de tais agravos. Entretanto, no que concerne à saúde mental das vítimas, em razão da complexidade para sua definição, ainda é um terreno nebuloso em termos de persecução penal, conforme ficará demonstrado neste artigo.

Com o acompanhamento atento da operacionalização da Lei 11.340/06 por meio do monitoramento dos casos atendidos no GEDEM, uma questão aflorou de forma mais evidente em razão de sua inobservância, o dano psíquico acarretado por contextos de violência doméstica e familiar. Muitas mulheres declaravam estar fazendo uso de medicação controlada para tratamento de transtorno de ansiedade, síndrome de pânico, estresse pós-traumático, depressão e outras doenças de natureza somática, situações que eram comprovadas com prescrições e relatórios médicos, entretanto sem definição de nexos causal, uma vez que o objetivo da assistência médica é a recuperação e/ou controle da enfermidade.

A presente abordagem revela-se necessária pela importância de se compreender de que forma as consequências à saúde psíquica de mulheres vitimadas por violência doméstica e familiar vêm sendo caracterizadas e observadas em nível pré-processual e de processo criminal, sabendo-se que a violência psicológica é apontada na Lei 11.340/2006 como uma das manifestações desse fenômeno.

2. ONDAS FEMINISTAS

O movimento feminista, como expressão de movimento social mundial, é considerado para os estudos de gênero e violência como grande protagonista na luta pelos direitos sociais e políticos das mulheres. É um movimento essencialmente moderno, que surge no contexto da Revolução Francesa, mobilizando inicialmente mulheres de países da Europa, dos Estados Unidos e, posteriormente, de alguns países da América Latina. No Brasil, as primeiras manifestações apareceram na primeira metade do século XIX, com maior relevância na imprensa feminina, constituindo-se como principal meio de divulgação do ideário feminista (COSTA, 2009, p.52 a 54).

A chamada primeira onda do movimento feminista foi iniciada na Inglaterra, a partir das últimas décadas do século XIX, onde muitas mulheres inquietas e inconformadas com sua condição social lançaram-se ao enfrentamento do conservadorismo inofismável das instituições, especialmente da Igreja Católica e, não raro, colocaram em risco suas próprias vidas. O mote desse primeiro desafio reclamou o direito ao voto, ficando essas mulheres conhecidas, mundialmente, como as *sufragistas*, logrando êxito em 1918, quando o Reino Unido reconheceu o direito ao voto para mulheres (PINTO, 2010, p.15).

Vale lembrar que os desdobramentos produzidos pelo feminismo só foram possíveis porque as mulheres que deram impulso e reverberação ao movimento conquistaram, antes de qualquer coisa, o acesso ao estudo, instruindo-se e instrumentalizando-se para viabilizar sua organização. O movimento das *sufragistas* no Brasil, por exemplo, teve como principal liderança Bertha, bióloga, respeitada no meio científico, que estudou fora do país e voltando em 1918, muito influenciada pelo movimento feminista europeu, quando iniciou sua militância pelo direito ao voto, participando da fundação da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino (PINTO, 2010, p.16).

Em sua proposta, Bertha Lutz exalta a educação e o trabalho como vias de acesso à emancipação feminina. A educação, segundo ela, abriria as portas da sociedade para um reconhecimento da potencialidade feminina e a formação profissional que por sua vez libertaria a mulher da dependência masculina, além de ‘disciplinar as vontades e educar o pensamento feminino’, prejudicado pela educação limitante recebida pelas mulheres. (LINO, 1986, p.52).

Notadamente o Brasil não se caracteriza pela efetiva participação popular, tradicionalmente demonstra um talento à verticalização do poder nas relações desde a vergonhosa relação entre senhores e escravos, que se reproduziram e naturalizaram no cotidiano entre pais

e filhas(os), maridos e esposas, sendo para as últimas o histórico de cerceamento ainda mais dramático, em grande medida pela limitação ao acesso à educação que, somente após a reforma Capanema no governo de Getúlio Vargas (1930/45), foi que o acesso feminino ao ensino superior se consolidou. Este é um elemento crucial do reposicionamento da mulher na sociedade brasileira, a vista ser a educação um caminho de libertação e de conquista de poder por meio das ferramentas providas pelo conhecimento (BANDEIRA; MELO, 2010, p.19).

Conforme leciona Céli Regina Jardim Pinto (2010, p.16), essa primeira onda feminista desacelerou e perdeu força na década de 1930, tanto no exterior como no Brasil, voltando à cena cerca de trinta anos depois, em 1960, no entanto, nesse ínterim, o lançamento do livro de Simone de Beauvoir, *O Segundo Sexo*, foi fundamental para dar novo ânimo ao movimento, repercutindo decisivamente para o desabrochar da segunda onda feminista, donde se extraiu uma das máximas do feminismo: “não se nasce mulher, se torna mulher”, ponto que será retomado ao longo deste artigo.

A chamada segunda onda do feminismo revela-se no Brasil nos anos de 1970, no contexto da repressão militar. O movimento feminista brasileiro nesse período poderia ser basicamente caracterizado por integrar um vasto e heterogêneo movimento social que se articulava em defesa da redemocratização, marcando a luta contra toda forma de opressão social das mulheres (COSTA, 2009, p.60).

Seria um grande equívoco crer que houvesse plena aceitação dentre os partidários da redemocratização, especialmente para aquelas mulheres exiladas, que não encontravam apoio entre os homens, os quais consideravam que elas estavam perdendo o foco e promovendo uma divisão de lutas. Seguiram com a militância, convictas de que somente as mulheres podiam protagonizar e assumir a vanguarda daquela luta que possuía característica própria, com pleitos muito específicos, fruto de uma discriminação não suportada pelo universo masculino. Dessa forma, tais mulheres, especialmente as que se encontravam exiladas em Paris, estabeleceram alianças com o movimento feminista europeu, mas nem por isso dispersaram-se do ideal que unia homens e mulheres que combatiam todas as formas de dominação das sociedades tradicionalmente capitalistas (PINTO, 2010, p.17).

O movimento feminista e de mulheres que se expande por todo o mundo vem produzindo efeitos visíveis de emancipação da mulher e afirmação de sua cidadania, através da realização de campanhas e ações afirmativas de seus direitos sociais, políticos e existenciais,

contudo ainda há um grande caminho a percorrer até a efetiva conquista da equidade de gêneros (BANDEIRA; MELO, 2010, p.8).

3. QUESTÃO DE GÊNERO

A célebre frase de Simone de Beauvoir, “*não se nasce mulher, se torna mulher*”, conduz, inevitavelmente, a uma reflexão filosófica e sociológica que indica ser a espinha dorsal, o cerne da questão: a compreensão de totalidade social não é nem homogênea nem imutável, mas forjada no caldo social de cada época e lugar. Assim, o indivíduo é historicamente constituído, portanto, inobstante seja arraigada e forte a compreensão do que venha a *ser mulher ou ser homem* numa dada conjuntura social, seus *papeis* e o que coletivamente se espera, esta realidade não estará, em tempo algum, pronta e acabada, pois não são nem universais nem estáticas, existindo muitas formas de traduzir as representações de gênero.

Desse modo, antes que seja discutido mais detidamente o fenômeno da violência doméstica e familiar contra as mulheres, essa violência que é baseada no gênero, é fundamental que se estabeleçam as particularidades conceituais entre os vocábulos sexo e gênero, posto que “a sociedade, de forma geral, tende a confundir os termos e a tratá-los como se fossem sinônimos, fazendo mau uso das expressões” (COSTA, 2014, p.93). Sexo corresponde às características físicas que diferenciam homens e mulheres biologicamente no que concerne aos órgãos genitais e reprodutivos, enquanto gênero indica as diferenças socialmente constituídas, com base em aspectos históricos e perfis culturais, de forma a estabelecer papéis e funções diversos para homens e mulheres.

A violência de gênero vem sendo considerada um fato universal, sendo a condição de desigualdade entre homens e mulheres uma manifestação que se revela de forma recorrente de forma global e estruturante das sociedades, não sendo procedentes justificações a partir de características individuais (COSTA, 2014, p.97).

Reconhecidamente, a psicanálise trouxe com grande contribuição a conexão fundamental e determinante da psique humana ao funcionamento fisiológico, afirmando que nenhum elemento estranho influencia as repercussões psíquicas sem que possa expressar por meio de um sentido humano explicável, do mesmo modo que o corpo descrito pelos cientistas, mecânico, funcional e objetificado que possui condição para promover tal influência, mas um corpo em vida dinamizada pelo sujeito no bojo de suas múltiplas relações. Desse modo, não basta nascer mulher, com seu aparato biológico, para que seja fêmea, somente assim será na medida

em que se sentir fêmea, do contrário a existência de ovários, por exemplo, em seu corpo físico, lhe será completamente indiferente. Sua natureza biológica não lhe determina, e sim a natureza de sua afetividade (BEAUVOIR, 1970, p.58).

Por outro lado, Freud não apresentou maiores cuidados e/ou preocupação ao descrever o universo feminino, repetiu a sistemática de pensar a mulher na perspectiva e à sombra do homem, além da defesa de teses simétricas, taxativas e invariáveis (BEAUVOIR, 1970, p.61-62).

Sob a perspectiva do materialismo histórico, segundo Engels, a história da mulher guardaria dependência inexorável da história das técnicas e que, primitivamente, a divisão sexual do trabalho já fazia constituir duas classes, cabendo ao homem a busca do alimento e à mulher os cuidados com o lar, reconhecendo, no entanto, haver produtividade na atividade doméstica, e até esse ponto haveria igualdade. No exato momento em que surge a propriedade, o homem torna-se senhor da terra e proprietário dos escravos e das mulheres, consistindo nesse aspecto a grande derrota do sexo feminino. Reduz o problema da mulher à sua capacidade laborativa, existindo paridade de forças somente até a fase em que foi possível sua adaptação às técnicas. De outro giro, reconhece que a mulher recupera no mundo moderno sua capacidade competitiva e de igualar-se socialmente aos homens (BEAUVOIR, 1970, p.75).

Ainda serão necessárias muitas ações concretas para que as sociedades contemporâneas consolidem o direito à igualdade postulada, por exemplo, na Constituição Cidadã, que, por hora, ainda segue remando para vencer os desafios e obstáculos que separam a igualdade formal da igualdade material e substancial.

4. DAS RAÍZES DA COLONIZAÇÃO AOS GRILHÕES DOS DIAS ATUAIS

O início da história do povo brasileiro estampa uma série de práticas violentas, especialmente contra os nativos e os escravizados, donde se extrai o embrião da violência do homem contra a mulher em suas relações íntimas de afeto, onde o espaço que poderia e deveria ser de companheirismo, afeto e compartilhamento da vida comum passa a *locus* de opressão, fazendo do *outro* – a mulher – uma coisa, objetificada e sem aspiração, sem propósito, sem autonomia ou qualquer poder de decisão. Dizendo de outro modo, parece que a meta daquele que violenta é: “alcançar o completo aniquilamento do violentado, transformá-lo em sujeito assujeitado, despossuído de vontades e desejos” (CUNHA, 2008, p.2).

Imaginar o que foi a história dessa mulher brasileira, colonizada, miscigenada, em termos de garantia e efetivo exercício de direitos até os dias atuais, quando vige uma lei que lhe possibilita a proteção contra os abusos da violência doméstica em razão do seu gênero, é vislumbrar que, apesar do ritmo letárgico, alguma evolução pode ser percebida, notadamente no que diz respeito ao Direito Penal, até pouco tempo um tanto *freudiano e puritano*, dada sua concentração na sexualidade feminina e honra – dos outros: pais, irmãos, maridos, igreja, sociedade – progrediu ao ponto de estupro não restringir-se à conjunção carnal pênis/vagina. É preciso, no entanto, ter-se claro que

a evolução dos direitos da mulher ao longo da história representa a própria evolução da mulher na sociedade. No Brasil, por mais de cinco séculos, desde as Ordenações Filipinas até o Código Penal de 1940, os únicos tipos penais destinados à proteção das vítimas mulheres eram os crimes sexuais. Contudo, o foco da proteção desses crimes não era exatamente a mulher, mas a honra da mulher e da sua família (FERNANDES, 2015, p.5).

Mesmo que soe – ao menos para quem é mulher, se sente mulher – ultrajante, simbolicamente, as terras virgens brasileiras e as mulheres que aqui estavam ou as que vieram, a maioria contra sua vontade, foram espoliadas em proporções muito semelhantes, eram meios de produção e reprodução dos colonizadores. As terras foram usurpadas, devastadas, degradadas, assim como as mulheres tiveram sua sexualidade abusada, explorada, suas crenças e culturas violadas, terra e mulher igualmente tratadas como propriedades (2016, <www.pucio.br>).

Paradoxalmente, o lugar de reprodutora designado às mulheres por meio da maternidade também acabou por ser uma forma de defesa e antagonismo estabelecido por elas para se contrapor à hegemonia masculina e mitigar a desigualdade no jogo de poder. Conectar-se aos filhos aplacava sua solidão e lhe fortalecia para enfrentar a dor e, por vezes, o abandono. Segundo conta a historiadora Mary Del Priore,

a prole permitia à mulher exercer, dentro do seu lar, um poder e uma autoridade dos quais ela raramente dispunha no mais da vida social. Identificada com um papel que era culturalmente atribuído, ela valorizava-se socialmente por uma prática doméstica, quando era marginalizada por qualquer atividade na esfera pública (2016, www.pucio.br).

Nesta senda, ganha relevância o conceito de bem jurídico-penal, compreendendo-se que o Direito Penal é última *ratio* e, nestes termos, promove em cada tempo e sociedade um filtro que *vai atribuir maior ou menor relevância* a determinados bens jurídicos a serem protegidos

e penalmente tuteláveis, dependendo, evidentemente, dos sentidos e significados que ganham a cada avanço civilizatório (COELHO, 2003, p.95).

A década de 1960 sinaliza com marcas históricas emblemáticas que registraram de forma definitiva o movimento de emancipação da mulher, dentre elas as mais simbólicas foram o movimento *hippie*, iniciado na Califórnia, trazendo a proposta de uma nova forma de vida, contrapondo-se ao consumismo norte-americano, com a conhecida bandeira de *paz e amor*; e o advento da pílula anticoncepcional, paradigmas que dão ao movimento feminista a roupagem de libertário, definindo uma nova forma de relação entre homens e mulheres (PINTO, 2009, p.16).

O Código Penal que vigora até os dias atuais, logicamente com algumas modificações, principalmente quanto à matéria de interesse deste estudo, foi instituído no governo ditatorial de Getúlio Vargas, “pelo Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, com a Parte Geral modificada, posteriormente, pela Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, ainda em vigor” (FERNANDES, 2015, p.13 a 14).

Vale, ainda, destacar o movimento de mulheres no Brasil, que lançou a campanha ‘Constituinte para valer tem que ter direitos da Mulher’. Era o chamado *lobby* do batom, que, com 26 deputadas federais constituintes, obtiveram importantes e significativos avanços na Constituição Federal de 1988 (MONTENEGRO, 2015, p.101).

Como uma das maiores expressões de perspectiva de avanço para a sociedade brasileira, e de forma contundente para as mulheres, no ano de 1988 é promulgada a Constituição Cidadã, prevendo “expressamente, a igualdade de homens e mulheres em direitos e obrigações (art. 5º, I), rompendo-se o sistema patriarcal adotado na legislação, que muitas vezes condicionava a conduta da mulher casada à aprovação do homem” (FERNANDES, 2015, p.14-15).

“Em 2004, a Lei n. 10.886 (de 17 de junho de 2004) acrescentou os §§ 9º e 10º ao art. 129 do Código Penal. Criou-se o tipo de ‘violência doméstica’ no § 9º e uma causa especial de aumento de pena no § 10” (FERNANDES, 2015, p.15).

Sabe-se que é vasto o instrumental de proteção aos direitos humanos, como tratados, protocolos, convenções, pactos, entre outros, mas, no que concerne ao sistema de proteção internacional às mulheres, é possível identificar marcos legais relevantes quanto à historicidade da matéria, a exemplo da Convenção sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) da Organização das Nações Unidas – ONU (1979); Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação

contra a Mulher (1999); Convenção nº 100 da OIT sobre a Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres por Trabalho de Igual Valor (1951); Mulheres por Trabalho de Igual Valor (1951); Declaração sobre a Eliminação de Violência contra a Mulher (1993); Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena (1993), oportunidade em que se reconheceu que os direitos das mulheres integram os Direitos Humanos; Convenção Internacional para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994) – Convenção de Belém do Pará (KNIPPEL; NOGUEIRA, 2010, p.17).

A Convenção CEDAW e a Convenção de Belém do Pará compõem um sistema global que se complementam. Enquanto a primeira direciona-se à questão da igualdade e não discriminação de gêneros, a segunda tem seu foco voltado para a questão da violência contra as mulheres, definindo inclusive a violência doméstica e suas formas de manifestação (FERNANDES, 2015, p.18 a 20).

Como visto, o Brasil não se coloca à margem desse movimento internacional, sediando inclusive uma das Convenções, contudo, como muito bem observa Guimarães e Moreira (2009, p.14) “mesmo assim, prolongou-se a permanência de um grande vazio de ações políticas (sejam de afirmação, sejam de proteção ou de inserção social) até recentemente”.

E para o vexame do Brasil, somente após a exposição do caso de Maria da Penha Fernandes, que levou ao conhecimento da Comissão Internacional de Direitos Humanos da OEA os quinze anos de descaso do seu país diante da tentativa de homicídio perpetrada por seu marido – e que lhe deixou definitivamente paraplégica – uma política de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra mulheres começou a ganhar contornos, após o relatório da OEA ter responsabilizado o Brasil por omissão e descumprimento de acordos internacionais ratificados pelo país³.

Entretanto há que se destacar que, inobstante a morosidade do Brasil no sentido da constituição de um marco legal que atendesse da forma particular que a matéria de violência contra mulheres ainda exige, o País já contava com Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher – DEAMs, primeira política pública criada nesse campo de atenção.

Segundo dados da Secretaria de Políticas para as Mulheres e do Observatório da Violência, o País conta hoje com “374 delegacias

3 “O organismo internacional, por meio do Relatório nº 54/2001, entendeu ser o Estado brasileiro responsável por omissão, já que não cumpriu o art. 7º da Convenção de Belém do Pará, nem os artigos 1º, 8º e 25º da Convenção Americana de Direitos Humanos, recomendando, em razão disso, dentre outras medidas, o prosseguimento e a intensificação do processo de reforma destinado a evitar a tolerância do Estado e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres [...]” (GUIMARÃES; MOREIRA, 2009, p.14).

especializadas no enfrentamento à violência contra a mulher, esse número representa 7% dos mais de 5,5 mil municípios existentes no Brasil” (2016, <www.observatoriodegenero.gov.br>). Na Bahia⁴ são quinze Delegacias Especializadas, sendo duas em Salvador, uma no bairro de Brotas, que atende praticamente toda a cidade, e outra em Periperi, responsável pela região da Cidade Baixa e Subúrbio Ferroviário (2016, <www.secom.ba.gov.br>).

Segundo dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, o Nordeste é a região do País com maiores índices registrados de violência doméstica contra mulheres, e a Bahia é o estado que ocupa a segunda posição na comparação com todos os estados brasileiros, ficando atrás apenas do Espírito Santo, o que indica a precariedade no atendimento especializado disponibilizado pelas Polícias Cíveis nos estados brasileiros (2016, <ipea.gov.br>), bem como a fragilidade da estrutura da Rede de Atenção e Enfrentamento à Violência Doméstica.

Avaliando a repercussão da denúncia de Maria da Penha Fernandes (GUIMARÃES; MOREIRA, 2009, p.16 a 17) consideram que, para além da exposição internacional, foi decisivo para o reaquecimento dos movimentos e organizações que militam em torno da causa, a exemplo da própria manifestação junto à OEA, que foi produzida por meio do Centro pela Justiça e o Direito Internacional – CEJIL e do Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher – CLADEM.

Conforme se depreende dos registros (KNIPPEL; NOGUEIRA, 2010, p. 52 a 54), o Projeto de Lei 4559/04 foi enviado pelo Poder Executivo em 2004, e em agosto de 2005 foi apresentado um substituto ao referido projeto à Câmara dos Deputados, com alterações que versavam, especialmente, sobre o expresse impedimento ao uso da Lei 9.099/95, empregada para o julgamento de litígios compatíveis aos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, uma vez que o contexto de violência doméstica e familiar contra mulheres não se coaduna com a interpretação de “menor potencial ofensivo”, conforme caracteriza a referida legislação. Em 7 de agosto de 2006, foi sancionada a Lei 11.340/06, denominada de Lei Maria da Penha, em homenagem à farmacêutica cearense Maria da Penha Fernandes.

Importa reconhecer que, independentemente dos percalços narrados até o advento da Lei Maria da Penha, conforme lecionam Parodi e Gama (2009, p.13), “representou a efetivação de mecanismos capazes de enfrentar a violência contra as mulheres, acompanhada

4 As treze unidades do interior do estado estão nos municípios de Vitória da Conquista, Feira de Santana, Ilhéus, Camaçari, Porto Seguro, Itabuna, Teixeira de Freitas, Candeias, Alagoinhas, Paulo Afonso, Juazeiro, Barreiras e Jequié (2016, <www.secom.ba.gov.br>).

de políticas públicas, procedimentos policiais e jurídicos eficientes para sua prevenção, repressão e erradicação”.

A referida intervenção estatal, criminalizando condutas na esfera da vida íntima dos casais, por exemplo, acaba por assumir um posicionamento que provocou muitas controvérsias *abinitio*, visto que coloca em cheque valores constitucionais, desencadeando um debate social e das instâncias de poder do Estado brasileiro, que foram instados a promoverem o sopesamento cabível, visando à afirmação o fortalecimento no novo marco legal que, embora não haja criado novos tipos penais, propõe uma transição valorativa radical.

5. DANO PSÍQUICO: UM GRITO SEM ECO?

O Direito Penal se submete ao princípio da adequação social, donde há que se observar a função seletiva do tipo penal que nem sempre estará em plena harmonia em termos das valorações atribuídas socialmente a determinados comportamentos, uma vez ser comum em nosso ordenamento jurídico o descompasso entre normas, notadamente as penais incriminadoras, e o que é socialmente permitido ou tolerado (BITENCOURT, 2014, p.112).

A tipicidade de um comportamento proibido é enriquecida pelo desvalor da ação e pelo desvalor do resultado, lesando efetivamente o bem jurídico protegido, constituindo o que se chama de tipicidade material. Donde se conclui que o comportamento que se amolda a determinada descrição típica formal, porém, materialmente irrelevante, adequando-se ao socialmente permitido ou tolerado, não realiza materialmente a descrição típica (BITENCOURT, 2014, p.113).

Diante do exposto, procedendo a uma atenta leitura de realidade, contextualizada historicamente, é forçoso admitir-se que, até a promulgação da Lei 11.340, no ano de 2006, a violência doméstica e familiar praticada contra mulheres era *socialmente permitida ou tolerada*, a não ser que resultasse em consequências mais graves, a exemplo de lesões corporais graves e homicídio (feminicídio).

É importante destacar que o problema da tolerância do crime contra a mulher não residia na ausência de tipos penais, posto que as previsões de adequação de fatos típicos já constavam do Código Penal de 1940: homicídio, lesão corporal, injúria, difamação, constrangimento ilegal, ameaça, sequestro, dano, estupro, atentado violento ao pudor. O único tipo penal inserido nos últimos vinte anos foi o assédio sexual. A Lei Maria da Penha não inova a tipicidade, nenhum novo tipo é acrescentado pelo referido marco legal, seu caráter é eminentemente conceitual, buscando evidenciar

e caracterizar a violência doméstica e familiar contra mulheres, criminalizando condutas até então temporizadas e flexibilizadas quando ocorridas no ambiente privado da família.

Jesus (2015, p.16) analisou a particularidade da violência doméstica, bem como a inadequação de seu tratamento pelo ordenamento jurídico brasileiro, de forma primorosa, afirmando que

ainda que a lei, em princípio, seja feita para atingir todas as relações interpessoais, observam-se muitas dificuldades ao tentar aplica-la na esfera das relações conjugais, familiares e muito íntimas. O crime de lesão corporal leve, por exemplo, tem características e sentidos muito diversos quando se trata da briga entre desconhecidos em um bar ou das relações cotidianas de um casal, mas a lei brasileira não considera esse fato na definição e apuração do crime e na determinação da pena.

A partir do que motiva a questão aqui discutida, que em síntese é identificar e compreender como vem sendo manejada a questão da violência psicológica e suas consequências à mulher nas fases pré-processuais e processuais, passa-se a observar alguns tipos penais aplicáveis ao rol exemplificativo contido no art. 7^o, incisos I a V, da Lei 11.340/2006, partindo-se da crença de que não existe, necessariamente, um isolamento ou cisão, ao menos nítido, entre as condutas ali descritas, em especial pelas particularidades e peculiaridades da violência doméstica e familiar contra mulheres. Concentra-se este artigo nas consequências psíquicas, as quais, inicialmente, podem conduzir ao inciso II do art. 7^o, violência psicológica, mas a experiência prática no Grupo de Atenção Especial em Defesa da Mulher – GEDEM (MPBA) indicou que não há como dissociar as formas de violência, sejam física, moral, sexual ou patrimonial, das consequências à saúde mental das vitimadas, sendo possível perceber sinais e sintomas associados ao sofrimento vivido.

5 Art. 7^o São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Em se tratando de violência doméstica e familiar contra mulheres, para além do conhecimento jurídico, o aplicador do direito demandará de habilidade para lidar dentro de uma complexidade elevadíssima, entendendo que qualquer redução descuidada em seu julgamento poderá significar a perda de um bem jurídico precioso, a vida, o que faz ampliar sua responsabilidade na condução dos casos.

Na violência crônica contra a mulher, há em regra uma redução da sua capacidade de resistência e uma penosa adaptação à situação de violência. Os refúgios na fase de 'lua de mel' permitem que a relação se mantenha por vários anos, até que a mulher tenha condições de reagir (FERNANDES, 2015, p.66).

O concurso de crimes pode ser a alternativa mais apropriada para a adequada tipificação da maioria das situações de violência doméstica. Uma lesão corporal pode não representar a magnitude do problema, especialmente se enquadrada como leve, mas elas ocorrem às dezenas. Aí provavelmente seria invocado, *pro reo*, o crime continuado (art. 71 do CP). Dezenas de lesões corporais tratadas num mesmo processo, ainda que sob o manto do crime continuado, conseguem demonstrar a gravidade efetiva da conduta, mas o problema se reconduz exatamente à prova. É possível provar lesões anteriores às denunciadas pela vítima, que só agora tomou coragem? Sim, é. Se deixarem vestígios, são até periciáveis, embora a prova da autoria seja mais difícil e tenha que se dar com testemunhas, como, aliás, quase sempre é o caso.

Conforme leciona Fernandes (2015, p.60), “a gravidade da pena não condiz com a gravidade da conduta. Muitas agressões dolorosas não deixam marcas ou estas desaparecem antes que a vítima seja submetida ao exame de corpo de delito”.

O Ministério Público Estadual de São Paulo, representado pela promotora de Justiça Maria Gabriela Prado Manssur, realizou um encontro com parceiros da Campanha Compromisso e Atitude no estado, reunindo peritos do Instituto Médico Legal e operadoras do Direito, a fim de discutir a importância da perícia para avaliação de risco para a mulher em situação de violência e responsabilização do agressor – dois pontos fundamentais para o enfrentamento à violência contra as mulheres (2016, <www.compromissoeatitude.org.br>).

Um bom laudo pericial pode evitar um feminicídio. De acordo com especialistas no enfrentamento à violência contra as mulheres, quando a perícia é completa e detalhada, o laudo é capaz de refletir a gravidade de cada caso, sendo assim uma valiosa ferramenta para o Sistema de Justiça implementar medidas de proteção à mulher e, simultaneamente, produzir provas de qualidade para a responsabilização de seu agressor.

Esta intervenção do Estado é considerada primordial para evitar que a violência doméstica e familiar se perpetue até atingir seu ponto mais extremo – o crime contra a vida (2016, <www.compromissoeatitude.org.br>).

No que concerne às lesões corporais leves, o médico perito da Previdência Social e do Instituto Médico Legal, Mário Jorge Tsuchiya⁶, indicou que essa tipificação pode camuflar casos graves que precisam chegar ao conhecimento da Segurança e da Justiça. “A multiplicidade e cronologia das lesões corporais de natureza leve sugerem meio insidioso e cruel. Elas me dizem que aquela pessoa apanhou reiteradas vezes em cronologias distintas” (2016, <www.compromissoeatitude.org.br>).

“Violência psicológica é uma violência que destrói e subjuga silenciosamente e se mantém por não ser identificada” (FERNANDES, 2015, p.82).

Cabe lembrar que, para o Direito, a diferenciação entre violência psicológica e psíquica (ou integridade psicológica e psíquica), parece ser inócua. Para o autor espanhol Ignacio Benítez Ortúzar, entretanto, a violência psíquica seria causadora de uma patologia médica; enquanto que a psicológica não poderia gerar qualquer tipo de patologia somática, estando restrita ao campo do sofrimento não qualificável enquanto doença (ORTÚZAR *apud* MACHADO, 2013, p.189).

De forma clara é possível observar o embaraço para atribuir o real significado e a extensão do dano psicológico. “O que fez com que o art. 7º, II, da Lei 11.340/06 congregasse estratégias capazes de produzir tanto danos psicológicos quanto danos morais” (MACHADO, 2013, p.189).

Este estudo defende a posição de que a violência psicológica pode resultar de forma mais gravosa em dano psíquico, sendo cabível, portanto, o enquadramento no tipo correspondente a lesões corporais, em níveis variados quanto ao gravame, podendo, inclusive, ter caráter irreversível, portanto, lesão corporal gravíssima, dado o seu caráter de permanência.

A violência psicológica configura lesão corporal se importa em dano à saúde mental da vítima. Embora seja mais difícil estabelecer o nexo de causalidade, o tipo penal resta

6 “Para o legista, é importante que o profissional que faz o laudo tenha sempre em mente que, como todos os documentos médicos, o laudo será lido por terceiras pessoas, que não necessariamente compartilham do mesmo conhecimento técnico. Por isso, precisam sempre ter boa legibilidade, rigor técnico e científico, objetividade, coerência e clareza. ‘A finalidade do laudo pericial é judicial: é o esclarecimento de um fato médico relevante para o processo e serve de prova do fato. O laudo não é uma anotação, um lembrete para o próprio médico’, ressaltou” (2016, <www.compromissoeatitude.org.br>).

configurado em razão do *stress* pós-traumático ou alterações psíquicas decorrentes da agressão.

Dentre as consequências mais comuns à saúde mental da vítima apontam-se ‘a de depressão, transtorno de *stress* pós-traumático, abuso de dependência de substâncias, baixa autoestima, cognição pós-traumática, déficit de solução de problemas, não adaptação e suicídio ou ideação suicida’ O diagnóstico da Síndrome da Mulher Maltratada tem em conta os sintomas de depressão, transtorno de *stress* pós-traumático e doenças psicossomáticas [...] (VELASCO; LABRADOR; RINCÓN; LUIS *apud* FERNANDES, 2011, p.73).

Na mesma perspectiva, [...] a COPEVID, do Grupo Nacional de Direitos Humanos do Ministério Público – GNDH, firmou o seguinte entendimento em 2014:

Enunciado n. 18 (004/2014): ‘Caso a violência praticada pelo suposto agressor gere dano à saúde psicológica da vítima, o Promotor de Justiça deverá requisitar a realização de perícia médica psiquiátrica para atestar as lesões à saúde, tais quais depressão, estresse pós-traumático, síndrome de Pânico, transtorno obsessivo compulsivo, anorexia, dentre outros, para posterior oferecimento de denúncia por crime de lesão corporal, na modalidade lesão à saúde psicológica (CP, art. 129, *caput*, 2ª parte, c.c. o § 9º ou modalidades agravantes). (Aprovado na IV Reunião Ordinária do GNDH, 03/09/2014)’ (FERNANDES, 2015, p.91).

Uma decisão rara da Justiça de São Paulo admitiu a possibilidade ao aceitar denúncia do Ministério Público por “ofensa à saúde psicológica” de um ex-marido contra a ex-mulher depois do fim do casamento.

Segundo o MP⁷, o acusado promoveu campanha de ameaça, difamação e exposição da vítima. A denúncia por lesão corporal de natureza grave (artigo 129, parágrafo 1º, do Código Penal) foi aceita no último dia 28 de setembro pela juíza Fabiana Kumai Tsuno, da Vara Regional Sul 2 de Violência Domiciliar e Familiar contra a Mulher, do Foro Regional II, de Santo Amaro, na capital paulista. A denúncia ainda menciona que o acusado ajuizou dolosamente ações judiciais com o “intuito de perseguir e atormentar

7 Segundo o MP, as práticas incluíram ameaças a familiares, divulgação de dossiês difamatórios contra as empresas da família da ex-mulher e a criação de blogs na internet para expor a intimidade de Patrícia, de seus pais e de seus irmãos. As mensagens e e-mails citados pela promotora Roberta Tonini Quaresma, autora da denúncia, incluem frases como: “Você tem um passado complicado com substâncias que descobri no decorrer do casamento e não acho que seria bom ter uma ação de interdição ou difamação no seu histórico, mas se necessário e cabível, será feito”; “Eu já sei que você está feia, parecendo uma chaminé, mas eu coloco ordem na casa rapidinho”; “E aí, já engordou dez quilos, tomou pau em todos MBA e descobriu que sem eu (sic) você não é nada?”; e “Vou casar na Itália e renunciar à cidadania. Você nunca vai conseguir separar (sic) de mim” (2012, <www.conjur.com.br>).

psicologicamente⁸ Patrícia, em “manifesto abuso de direito”. “Patrícia e seus familiares passaram a viver em função das ações judiciais movidas por Luiz Eduardo, fazendo com que a ofendida se sentisse culpada por ter colocado sua família naquela situação”, diz a peça. A Justiça entendeu que as acusações merecem ser acolhidas para a apuração em processo penal. “Ao que consta, com a reiteração da conduta capitulada como contravenção penal, teria o acusado atingido o resultado correspondente à lesão à saúde psíquica da vítima”, afirmou a juíza Fabiana Tsuno (2012, <www.conjur.com.br>).

Evidentemente que, para uma análise mais precisa⁹ desta matéria, faz-se necessário detida atenção ao disposto no art. 158/ CPP, donde se extrai que, “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. A perícia se materializa por meio de laudos, constituídos de uma peça escrita, tendo por base o material examinado” (FRANÇA, 2012, p.12).

Para que reste configurado o crime de lesão corporal por dano à saúde, deve existir prova do nexo de causalidade entre a violência e a doença. Essa prova pode ser feita por perícia psiquiátrica, avaliação da equipe de atendimento multidisciplinar do juízo ou relatório médico. *Os danos não são visíveis, razão pela qual não há que se falar em exame de corpo de delito*, aplicando-se o dispositivo no art. 12, § 3º, da Lei Maria da Penha (FERNANDES, 2015, p.91 – 92, grifos nossos).

Contrário senso corrobora o presente estudo com os entendimentos trazidos pela Medicina Legal, perspectiva em que é correto afirmar que o exame para verificação de ocorrência ou não de dano psíquico é o exame de corpo de delito. Ademais, os sinais e sintomas podem não ser visíveis, inteligíveis aos leigos na matéria da Psiquiatria, mas, certamente, são determináveis e verificáveis,

8 Segundo o psiquiatra forense Hewdy Lobo, do Instituto de Psiquiatria da USP, há casos de adoecimento mental por conta de ameaças ou ridicularizações que podem levar à invalidez completa. “O Transtorno de Estresse Pós-traumático ocorre em diferentes níveis de intensidade e, em alguns portadores, pode causar incapacitação plena laboral ou de entendimento, determinação ou discernimento. Existem níveis tão graves que podem comprometer capacidades de trabalho, cível e penal”, explica em tese, sem, no entanto, conhecer o caso de Patrícia. “O sofrimento emocional exagerado pode alterar o funcionamento mental normal da vítima, o que repercute em várias partes do cérebro. Muda, por exemplo, a quantidade de sangue em certas regiões. As alterações bioquímicas e microscópicas correspondem à lesão corporal”, diz. “É plenamente possível que uma pessoa vítima de múltiplos processos sem procedência desenvolvam o transtorno, caso não tenha capacidade de resistir ao desgaste emocional, com sofrimento deteriorante para as emoções e para a saúde endocrinológica” (2012, <www.conjur.com.br>).

9 Define-se a perícia médico-legal como um conjunto de procedimentos médicos e técnicos que tem como finalidade o esclarecimento de um fato de interesse da Justiça. Ou como um ato pelo qual a autoridade procura conhecer, por meio técnicos ou científicos, a existência ou não de certos acontecimentos, capazes de interferir na decisão de uma questão judiciária ligada à vida ou à saúde do homem ou com ele tenha relação (FRANÇA, 2012, p.12).

do contrário não seriam requisitadas habitualmente perícias para apuração de inimputabilidade, periculosidade (pois mais inapropriado que este termo seja) ou risco ao convívio social e outras incapacidades para fins de interdição, como demência senil. Do ponto de vista do Processo Criminal, predominantemente, tais perícias são requisitadas por autores e/ou acusados do cometimento de condutas delituosas.

Conforme o doutrinador Genival Veloso de França (2012, p.15), autoridade na matéria,

seja qual for o enfoque dado ao *corpo de delito* – ainda que diverso no seu núcleo conceitual, há de se admitir como um elenco de lesões, alterações ou perturbações, e dos elementos causadores desse dano, em se tratando dos crimes contra a vida e a saúde do ser humano, desde que possa isso contribuir para provar a ação delituosa. *Ipsa facto*, corpo de delito é uma metáfora, pois supõe que o resultado do delito, considerado nos seus aspectos físicos e psíquicos, registre um conjunto de elementos materiais, mais ou menos interligados, dos quais se compões o que lhe constituem uma reunião de provas ou de vestígios da existência de um fato criminoso.

Adverte França (2012, p.15) que “não se deve confundir *corpo de delito* com *corpo da vítima*, levando-se em conta o fato que este último é apenas um dos elementos sobre o qual o exame pericial buscará os vestígios materiais que tenham relação com o fato delituoso”.

Desta forma, corpo de delito aqui considerado tem o sentido somático ou psíquico, composto de elementos percebidos pelos sentidos ou pela intuição humana. Sendo assim, não representa apenas os elementos físicos, mas todos os elementos acessórios que estão conectados a determinado fato delituoso característico de infração penal (FRANÇA, 2012, p.15).

Nas palavras de Silva (2012, p.13), este, que é fenômeno de tal modo disseminado pela sociedade, apresenta severas consequências para a pessoa agredida, e abrange diversas dimensões, “desde ocorrências de fraturas, luxações e hematomas, até impactos psicológicos e comportamentais, como depressão, ansiedade, dependência química e farmacológica, ou, em casos mais severos, desequilíbrio que levam ao suicídio”.

A razão que conduz ao entendimento de imprescindibilidade do exame para a vítima, não por ser uma exigência com fito de comprovar a veracidade de sua denúncia, mas, antes de tudo, para salvaguardar o interesse da própria mulher, de ter a oportunidade

da adequada observância das consequências danosas de ter sido submetida a uma vida com violência.

Danielle Martins Silva¹⁰ (2016, p.4) avalia que

a maior dificuldade se refere ao reconhecimento dos atos de violência doméstica enquanto tais. Com efeito, em uma situação de proximidade, dependência (econômica e/ou emocional) e convivência, a violação aos direitos da mulher nem sempre é compreendida enquanto ato de violência, não apenas por se encontrar disseminada no cotidiano ao invés de ser praticada por um estranho (caráter ritualizado/ interpessoal da violência), como também em virtude de certos comportamentos serem considerados “normais” na vida de um casal, eis que sua ocorrência resta assentada no senso comum social como algo corriqueiro e sem importância.

Este fenômeno social de naturalização da violência doméstica contra mulheres contribui para a manutenção de uma inércia extremamente deletéria, pois, infelizmente, os danos psíquicos, colocados, pelos próprios aplicadores do Direito, como silenciosos e invisíveis, podem somente ter sua identificação formada diante de uma fatalidade, como num caso de suicídio.

Examinar o corpo da vítima é apenas uma fase do exame de corpo de delito, que é composto “da existência de vestígios do dano criminoso, da análise do meio ou instrumento que promoveu este dano, do local dos fatos e da relação de nexa causal” (FRANÇA, 2012, p.16).

Logicamente, em se tratando de dano psíquico, o referido exame exige especialidade, a qual se denomina perícia psiquiátrica forense.

Há de se considerar ainda o que se passou a chamar exame de corpo de delito ‘de forma indireta’, feito por meio de dados contidos em cópias de prontuários, relatórios de hospital ou simples boletins de atendimento médico, quando diante da impossibilidade do exame no periciando, principalmente em casos de lesões corporais (FRANÇA, 2012, p.16).

De outro giro, avalia-se como muito positiva a decisão do Tribunal de Justiça do Paraná¹¹, que considerou “desnecessário o laudo pericial para atestar tortura psicológica” (FERNANDES,

10 A autora é Promotora de Justiça Adjunta do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, pós-graduada pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (*lato sensu*) e pela Universidade Federal de Santa Catarina (Sistema de Justiça Criminal).

11 Conforme decisão do Tribunal de Justiça do Paraná, ‘é desnecessário o laudo pericial para atestar a tortura psicológica, porquanto esta não é capaz de deixar vestígios, não se aplicando o art. 158 do CPP’ (TJPR, 2ª Câm. Crim. RVCR n. 611573/PR, Rel. Des. José Maurício Pinto Almeida, j. 10.5.2010). No mesmo sentido decidiu o Supremo Tribunal de Justiça (FERNANDES, 2015, p.92, grifo nosso).

2015, p. 92), contudo discorda-se dos fundamentos justificadores apresentados, posto que o dano psíquico deixa marcas expressivas, quiçá vestígios. O que justificaria a substituição do exame pericial, por laudo e/ou relatório de médico psiquiatra, por exemplo, seria a impossibilidade completa de sua realização, porque, mesmo que não exista o serviço especializado no Instituto Médico Legal do local da apuração dos fatos, como é o caso do Instituto Médico Legal Nina Rodrigues (BA), o juiz ainda poderia designar um perito, seja vinculado ao Sistema Único de Saúde – SUS ou ao cadastro do Juízo, conforme preconizado por FRANÇA (2012, p.13):

Devem as perícias de natureza criminal ser realizadas preferencialmente nas instituições médico-legais e, na inexistência delas, por médico ou profissionais liberais de nível superior na área de saúde correlata ao fato, nomeados pela autoridade, seja no interesse dos procedimentos policial-judiciários sejam nos inquéritos policial-militares.

Considera-se imprescindível oportunizar à mulher em situação de violência doméstica e familiar que sofreu lesões corporais, notadamente aquelas que resultaram em dano à saúde psíquica, independente da ocorrência de outras lesões físicas, uma perícia especializada para determinar a extensão do agravo sofrido, a fim de que reste a melhor caracterização dos fatos, pois

a finalidade da perícia é produzir prova, e a prova não é outra coisa senão o elemento demonstrativo do fato. Assim, tem ela a faculdade de contribuir com a revelação da existência ou da não existência de um fato contrário ao direito, dando ao magistrado a oportunidade de se aperceber da verdade e de formar sua convicção. E o objeto da ação de provar são todos os fatos, principais ou secundários, que exigem uma avaliação judicial que impõem uma comprovação (FRANÇA, 2012, p.12).

A questão do dano psíquico requer maior aprofundamento, pois aqui reside a matéria de maior interesse deste estudo, por hora é relevante acrescentar que, assim como outras lesões corporais,

a dimensão do dano psicológico é variável, podendo ser graduada em leve, que implica em alterações reativas na dinâmica de personalidade ou na vida social, sexual, afetivo-emocional e profissional, requerendo tratamento breve e focal; a grave, que corresponde inclusive, em alguns casos, ao aparecimento de episódios depressivo grave com sintomas psicóticos, como alucinações, ideias delirantes, lentidão psicomotora podendo evoluir para estupor. Pode haver um comprometimento tal que todas as atividades sociais normais se tornam inoperantes, podendo existir o risco de morte por suicídio, desidratação ou desnutrição. Como muitas vezes o próprio Poder Judiciário ou o perito médico requisita (nos

casos de exame complementar) solicita a quantificação do dano emocional, entendemos que seria valiosa a existência de uma tabela própria do dano emocional que discriminasse os diversos graus: levíssimo, leve, moderado, grave e total, com suas definições operacionais. Tal procedimento contribuiria sobremaneira na quantificação do dano psíquico em suas nuances particulares. (EVANGELISTA; MENEZES, 2000, p.45 – 50).

Caracterizar, delimitar e atribuir valor ao dano psíquico sofrido por mulheres como consequência de uma vida de desassossego e violência requer um esforço hercúleo de pesquisadores, profissionais especializados das redes de proteção e atenção às vítimas e aplicadores do Direito, visto que se trata de um fenômeno de extrema complexidade por envolver sinais e sintomas produzidos em nível da subjetividade humana. Não bastasse a enorme dificuldade na tarefa, a forma de violência exemplificada na Lei 11.340/06, a violência psicológica, sofre ácidas críticas e desqualificações, notadamente, revelando como o assunto ainda é desconfortável e perturbador, o que é muito compreensível num contexto histórico com construções culturais equivocadas e tão profundas.

A maior dificuldade quanto à determinação da violência psicológica está justamente na sutileza perversa de quem a pratica, de outro lado, o significado atribuído por parte de quem a recebe, a forma particular de sentir, é o que dará maior ou menor poder destrutivo às condutas, daí a imprecisão do seu limite. Trata-se aqui de uma dimensão subjetiva: “um mesmo ato pode ter significações diferentes segundo o contexto em que se insere, e um mesmo comportamento será visto como abusivo por uns e não por outros” (HIRIGOYEN, 2006, p.28).

Segundo Marie-France Hirigoyen, a forma como a violência psicológica se constrói e constitui, se articulando “em torno de vários eixos de comportamentos ou atitudes que constituem micro violências”, dificulta sua detecção (2006, p.30).

Roberto Evangelista e Ivani Valarelli Menezes (2000, p.45 a 50) indicam que é possível considerar o dano psíquico como existente, ou revelado, atribuindo a determinado evento a capacidade de fazer desencadear resultados “traumatizantes na organização psíquica ou no repertório de comportamentos da vítima”. Significa dizer-se que a relevância do fato “deverá trazer uma alteração tal que modifique sua vida de relação, ou seja, nos aspectos familiar, social, interpessoal e ou laboral”.

No ano de 2005, foi publicado um estudo na Revista Saúde Pública da USP, que abordou a questão da qualidade de vida e

depressão em mulheres vítimas de seus parceiros, indicando que o fenômeno da violência doméstica contra mulheres é um processo conduzido para objetivos específicos, mas com causas e práticas diversas, capazes de produzir “determinados danos, alterações e consequências imediatas ou tardias” (2016, <www.fsp.usp.br>). E vão além ao afirmarem que a suscetibilidade ocasionada às vítimas por uma prática repetida de violências diversas, podendo resultar em consequências mais gravosas e, com efeitos permanentes na autoestima e autoimagem, tendo suas forças exauridas ao ponto de reduzir de forma exponencial suas possibilidades de reagir para se proteger.

O mais alarmante e preocupante é que,

menos seguras do seu valor e dos seus limites pessoais, e mais propensas a aceitar a vitimização como sendo parte de sua condição de mulher. Em termos globais, as consequências do estupro e da violência doméstica para a saúde das mulheres são maiores que as consequências de todos os tipos de câncer e pouco menores que os efeitos das doenças cardiovasculares (2016, <www.fsp.usp.br>).

Notadamente, o Direito Penal clássico não é tão adequado para o enquadramento desse tipo de conduta cíclica, visto que sua análise converge para episódios, e não para processos. O ciclo da violência é uma constatação que, embora venha sendo estudado de forma sistemática por cientistas sociais – especialmente por profissionais que atuam em intervenções psicossociais em sede de Direito de Família e Juizados Especializados em Violência Doméstica –, quando traduzido para o jurídico, embora envolva fatos típicos diversos, e em tempos separados, em seu conjunto, fazem parte da mesma coisa, diluindo-se o problema em essência e magnitude.

As tentativas da legislação penal de dar conta dos ciclos de violência costumam favorecer o réu: ou o reconhecimento da continuidade delitiva, que leva à imposição da pena de um único crime, com uma fração de aumento, ou a definição de uma conduta como crime habitual, que dificulta muito, por exemplo, o flagrante delito, já que é um ato isolado do crime habitual. Entretanto, o que este estudo monográfico considera essencial, para além do enquadramento penal e criminalização das condutas, é o reconhecimento e adequada identificação das consequências danosas que a violência doméstica e familiar imprime em nível psíquico das mulheres vitimadas pelo referido agravo. Isso poderá, por exemplo, viabilizar maior cautela no manejo das medidas protetivas de urgência preconizadas pela Lei Maria da Penha nos arts. 22 a 24, freando o avanço dos danos. Trata-se de adoecimento, portanto, de necessidade de tratamento adequado para a cura, quando isso ainda for possível.

Os contextos de violências psicológicas não sugerem aplicação de um tipo penal com fim em si mesmo, em verdade, em se tratando de violência doméstica e familiar contra mulheres, seria retórica dizer-se que este é pano de fundo e protagonista das cenas de horrores que não ficam circunscritas ao ambiente privado do casal, costuma seguir às mulheres que as vivenciam onde quer que estejam, como sombras que lhes acompanham, quer no trabalho, nos espaços de lazer (quando ainda os tem), de estudos, entre amigos e outros familiares que não privam de sua convivência cotidianamente.

É importante evidenciar que a violência psicológica se manifesta “não apenas por aquilo que os homens, efetivamente, fazem às mulheres, mas também por aquilo que não fazem”, como a indiferença, o isolamento, a ausência intencional de comunicação, inviabilizando o compartilhamento e o diálogo, a falta de um gesto de carinho, tornando o outro invisível por meio de abandono afetivo, atitudes cotidianas que acabam por constituírem o “meio mais eficaz para ganhar poder e controle na relação conjugal, de forma crescente e sistemática” (MONTMINY, Lyse *apud* MACHADO, 2013, p.92).

Enredada num padrão de relacionamento duplo-vínculo a vítima e o agressor não dispõem de condis para superar o padrão relacional violento. A própria capacidade de discernimento a respeito da violência que está obstaculizada num processo de relações circulares. Esse padrão relacional inviabiliza até mesmo a compreensão de como começaram as agressões. Daí que nesses casos a percepção do padrão relacional torna-se por vezes, mais importante que o esclarecimento da causalidade linear e dos motivos que permitem os episódios de violência (ANGELIM; DINIZ, 2010, p.402).

A Organização Mundial de Saúde aponta os danos à saúde mais recorrentes entre mulheres em situação de violência doméstica e familiar:

Comparadas a seus pares que não sofreram abusos, as mulheres que sofreram abusos têm taxas mais altas de gravidez não desejada e abortos, infecções sexualmente transmitidas, incluindo HIV, e transtornos mentais, como depressão, ansiedade e transtornos do sono e alimentares. Quando essa violência ocorre durante a gravidez, é associada a eventos adversos de gravidez – como abortos espontâneos, bebês prematuros e natimortos (OMS, 2016).

A violência praticada pelo parceiro íntimo prejudica a saúde física e mental das mulheres e de suas crianças, apresentando, na maioria das vezes, grande sofrimento emocional e, nos casos mais severos, estão propensas ao suicídio e/ou tentativa de suicídio. No

caso das crianças que presenciam situações de violência, essas tendem a ter desfechos em saúde e educacionais mais precários (OMS, 2016).

Alguns dos sintomas psicológicos identificados já foram elencados por especialistas na área da Psicologia Jurídica, dentre eles estão: “choque, negação, recolhimento, confusão, entorpecimento, medo, depressão, desesperança e baixa autoestima” (ROVINSKI, Sônia *apud* MACHADO, 2013, p.96). E, mesmo que uma mulher que foi submetida a sórdidas violências por parte de seu parceiro íntimo e/ou de sua família consiga romper o ciclo da violência e libertar-se dos grilhões de seu algoz, as sequelas permanecem para o resto da vida, se antes disso não lhe conduzir à morte.

A forma de adoecimento psíquico mais frequente entre pessoas que vivenciam experiências dessa natureza é o Transtorno de Estresse Pós-Traumático – TEPT. “Esse fenômeno foi descrito como Reação Intensa ao Estresse, cujos sintomas diminuem rapidamente após o evento traumático”. É uma forma lenta de Transtorno de Ansiedade. Segundo o que informa Isadora Vier Machado, a referida manifestação de dano psíquico resulta em prejuízo irreparável da integridade psicológica da vítima, porque se configura em um “[...] resquício permanente da sujeição psicológica do passado” (2013, p.96).

Os pesquisadores da Universidade Federal de São Carlos (SP), Desirée da Cruz Cassado, Alex Eduardo Gallo e Lúcia Cavalcanti de Albuquerque, referenciaram em seus estudos que,

segundo o DSM-IV (*American Psychiatric Association*, 1995), são considerados eventos traumáticos aqueles vivenciados diretamente, como combate militar, agressão pessoal violenta (ataque sexual, ataque físico, assalto à mão armada, roubo), sequestro, ser tomado como refém, ataque terrorista, tortura, encarceramento, desastres naturais ou causados pelo homem, acidentes automobilísticos ou receber o diagnóstico de uma doença grave (2016, <<http://revpsico/index.php>>).

Nessa esteira afirmam que, “episódios recorrentes de violência doméstica são considerados por psicólogos e outros profissionais da saúde como eventos traumáticos, caracterizados pela exposição contínua e prolongada a eventos de alto impacto emocional”, especialmente por serem pouco previsíveis e/ou controláveis, reconhecidos por serem variáveis, múltiplos, crônicos e de longa duração (2016, <<http://revpsico/index.php>>).

Assim como outros autores, estes apontam que mulheres em situação de violência doméstica e familiar por parte de seus parceiros íntimos costumam apresentar “altos níveis de depressão, ideação e tentativas suicidas, abuso de substâncias e, mais especificamente,

sintomas de TEPT¹², como entorpecimento, ansiedade crônica, desamparo, baixa autoestima, distúrbios de sono e/ou alimentação” (2016, <<http://revpsico/index.php>>).

O descaso e a prática de ‘brincadeiras’ que rompem a fronteira do lúdico e instalam uma particular ou generalizada sensação de incompetência pessoal a quem escuta apelidos, chacotas, ‘tiradas de sarro’, bem como pressionar alguém (criança, adolescentes, mulheres, gays, homens) a deslocar a sua emoção saudável para canais inadequados, por exemplo, comer ou beber demais, usar drogas, vivenciar sexo compulsivo (instala transtornos alimentares ou outras formas de compulsão), são consequências da ‘naturalização’ da violência psicológica (DIAS, 2015, p.73).

Em estudo de campo realizado na Delegacia de Polícia Civil de Viçosa/MG e na Vara Criminal do Fórum de Viçosa/MG, foi constatado a partir dos dados coletados que as mulheres vítimas de violência doméstica nem sempre sofrem apenas uma forma de violência, podendo chegar a notificarem até três variações e, em se tratando de violência psicológica, além de aparecer isoladamente, na maioria dos casos aparece conjugada a outras formas de violência. Identifica ainda que esses dados corroboram resultado de outros estudos nos quais a violência psicológica também é a mais frequente (PEREIRA, 2012, p.52 a 53).

Essa realidade de sobreposições de violências também foi observada por Isadora Vier Machado. A pesquisadora aponta que

outro ponto essencial para interpretar a complexidade conceitual das violências psicológicas referidas é o fato de que, aparentemente, essas estratégias vêm subsumidas na prática de outras tipologias de violências – essencialmente, a física. Em campo, diversas foram as situações em que foi possível constatar esse sincretismo, tendo havido, ainda, uma situação de violência sexual conjugal em que, evidentemente, as práticas de violências psicológicas também se faziam presentes (2013, p.94).

12 As características diagnósticas do Transtorno apresentadas no DSM-IV listam os seguintes critérios (*American Psychiatric Association*, 1995): a) Exposição a um evento traumático caracterizado basicamente pela ameaça de e/ou real dano à integridade física de si e/ou de outros, sendo que a resposta emocional à esse evento envolve medo intenso, desamparo ou horror; b) Há experiência contínua do evento (revivência) através de pesadelos, lembranças, ilusões e alucinações, angústia emocional intensa diante da exposição a elementos evocativos do trauma. Vivência de estresse emocional e fisiológico intensos diante da exposição interna ou externa de elementos que simbolizam ou assemelham-se a algum aspecto do evento traumático; c) Entorpecimento e evitação persistente de estímulos associados ao trauma perceptíveis através da evitação dos pensamentos, lembranças e conversas associados a este, assim como lugares, atividades e pessoas; Inabilidade de lembrar-se do evento (amnésia psicogênica), de participar de atividades significantes e sensação de desligamento em relação a outros (restrição de afeto), falta de expectativas em relação à família, à carreira, aos filhos etc.; d) Excitação aumentada e sintomas relacionados com distúrbios de sono, irritabilidade, dificuldade de concentrar-se, hipervigilância e reação de susto exagerada (*American Psychiatric Association*, 1995, pp. 404- 408) (2016, <<http://revpsico/index.php>>).

A dificuldade que essas mulheres têm em abandonar o cônjuge violento pode também ser explicada pela Síndrome de Estocolmo, fenômeno descrito para caracterizar o comportamento de reféns que assumem a defesa de seu agressor. Uma relação paradoxal é formada entre vítima e carrasco, refém e sequestrador. É o que os estudiosos da Psicologia chamam de “estado dissociativo”. Não se trata de patologia, mas de uma forma eficiente de proteção encontrada pela vítima (HIRIGOYEN, 2006, p.105).

A relação conjugal violenta também é marcada pela ambivalência. Isto é, a imagem do parceiro violento está situada justamente no conflito entre a repulsa da violência e a afeição que a mulher continua mantendo por esse homem. A maioria das mulheres costuma falar de homens que são ao mesmo tempo, “bons” e “maus”. Essa ambivalência, presente na maior parte das relações afetivas, dificulta o enfrentamento da violência. As virtudes e qualidades do parceiro parecem ter a finalidade de justificar suas agressões e de alimentar a esperança das mulheres na mudança do parceiro (CUNHA, 2008, p.6).

A análise dos aspectos relativos aos danos psíquicos relatados por mulheres em situação de violência doméstica e familiar toma por parâmetro para o desenvolvimento deste estudo o conceito de saúde preconizado pela OMS, que define saúde sob uma perspectiva de integralidade dos sujeitos, portanto para além da ausência de afecções e enfermidades, mas também considerando um completo estado de bem-estar físico, mental e social. Ora, por este conceito todas as formas de violência seriam fatores atentatórios à saúde e, mesmo que restringindo ao corpo em sua individualidade, os sistemas que o integram são indissociáveis, portanto físico e mental (OMS, 2016).

A partir do referido conceito de saúde, pede-se inferir que o art. 129 do Código Penal Brasileiro, que tipifica a lesão corporal, teria perfeita adequação ao resultado dano psíquico, considerando que seu conteúdo remete à ofensa da integridade corporal ou a saúde de outrem. Logo, estando aí incluída a saúde, e concebendo a conexão indissociável entre físico e mental, o dano psíquico estaria aí enquadrado.

Na conduta típica correspondente ao crime de lesão corporal o bem jurídico penalmente protegido é integridade corporal e a saúde da pessoa humana, sua incolumidade, portanto consiste em ofender, lesar, ferir a integridade corporal ou a saúde de outrem (BITENCOURT, 2014, p.492).

Ofensa à integridade corporal compreende a alteração, anatômica ou funcional, interna ou externa, do corpo humano [...]. *Ofensa à saúde* compreende a alteração de

funções fisiológicas do organismo ou perturbação psíquica. [...] configurará o crime qualquer alteração no normal funcionamento do psiquismo, mesmo que seja de duração passageira (BITENCOURT, 2014, p.493).

Todavia, observa Bitencourt (2014, p. 493) que a ocorrência de dor física ou crise nervosa, por si só, não será suficiente na caracterização a lesão corporal. A ausência de sinais aparentes, como um dano anatômico ou funcional, torna demasiada subjetiva sua determinação. Admite o autor que tais eventos independem a ocorrência de violência física para a produção dos resultados, mas esbarra no argumento da elevada subjetividade.

Conforme visto, estudos demonstram que a violência psicológica não é uma conduta que se pratica e que se sofre de forma isolada, ou seja, por sua natureza está visceralmente ligada às demais formas de manifestação de violência, de forma que caracterizar, delimitar e atribuir valor ao dano psíquico sofrido por mulheres como consequência de uma vida de desassossego e violência requer um esforço hercúleo de pesquisadores, profissionais especializados das redes de proteção e atenção às vítimas e aplicadores do direito, visto que se trata de um fenômeno de extrema complexidade por envolver sinais e sintomas produzidos em nível da subjetividade humana. Não bastasse a enorme dificuldade na tarefa, a forma de violência exemplificada na Lei 11.340/06, a violência psicológica, sofre ácidas críticas e desqualificações, notadamente, revelando como o assunto ainda é desconfortável e perturbador.

Os contextos de violências psicológicas não sugerem aplicação de um tipo penal com fim em si mesmos. Em verdade, em se tratando de violência doméstica e familiar contra mulheres, seria retórica dizer que este é pano de fundo e protagonista das cenas de horrores que não ficam circunscritas ao ambiente privado do casal, costuma seguir as mulheres que as vivenciam onde quer que estejam, como sombras que lhes acompanham, quer no trabalho, nos espaços de lazer (quando ainda os tem), de estudos, entre amigos e outros familiares que não privam de sua convivência cotidianamente. O que a Lei Maria da Penha faz para auxiliar na identificação da violência psicológica é

apontar algumas possibilidades estratégicas de concretização do dano, sem esgotá-las no enunciado do art. 7º, inc. II. Este dispositivo, então, deve ser tomado como um parâmetro interpretativo, a ser problematizado a partir de leituras que explorem a complexidade envolta no processo de violências psicológicas, desde sintomas, consequências e resultados (MACHADO, 2013, p.86).

“Ou seja, para o campo do Direito, especificamente do Direito Penal, cada espécie de violência indicada no dispositivo deve ter correspondência com algum injusto penal, para, assim, ser objeto de atenção jurídica” (MACHADO, 2013, p.86).

Nesse diapasão, faz-se necessário uma maior aproximação de áreas da ciência que estejam melhor instrumentalizadas para revelar e explicar o referido fenômeno, donde os aplicadores do Direito podem encontrar suporte confiável para o exercício desse difícil mister que é a garantia dos direitos fundamentais das famílias, para cada um de seus integrantes, “coibindo a violência no âmbito de suas relações”, conforme preconizado no art. 226, § 8º, da Constituição Federal¹³.

Determinar a relação de causalidade entre violência doméstica e dano psíquico importa não somente ao processo criminal proposto em face do acusado, para muitas mulheres isso é o que menos importa, inclusive. O valor da criação desse liame está em aquilatar níveis de risco e vulnerabilidade da vítima, e definir o tipo de proteção requerida em cada caso em particular, pois isso refletirá, por exemplo, em outras ações que se façam necessárias entre os litigantes, especialmente no que se refere às típicas de Vara de Família – divórcio ou dissolução de união estável, partilha de bens, guarda de filhos e sistema de vistas, alimentos – a fim de que este espaço não se transforme em um “vale tudo”, manipulado por quem reunir os melhores e mais potentes recursos.

As formas de violência elencadas deixam evidente a ausência de conteúdo exclusivamente criminal no agir do agressor. A simples leitura das hipóteses previstas mostra que nem todas as ações identificadas como violência doméstica correspondem a delitos. Configuram atos ilícitos, ou ilícito penal ou civil. Como *ilícito civil* é capaz de gerar efeito na órbita civil dos envolvidos (DIAS, 2015, p.50).

Mas esta autora faz uma reflexão muito importante e que, normalmente, não é considerada, por não ser esta a compreensão das autoridades policiais, mesmo em nível de Delegacias Especializadas, e esta é uma confirmação que se faz a partir de observações nas atividades de intervenção do Grupo de Atuação Especial em Defesa da Mulher do Ministério Público da Bahia – GEDEM/MPBA. Para Maria Berenice, interpretando a Lei 11.340/2016,

mesmo que a violência não configure crime, comparecendo a vítima perante a autoridade policial, esta deve proceder ao registro da ocorrência, tomar por termo a representação e,

13 “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (2016, <www.planalto.gov.br>).

quando a vítima solicitar alguma medida protetiva, remeter o expediente a juízo (LMP, art. 12). De outro lado, quando a polícia toma conhecimento da prática de violência doméstica, ainda que não identifique qualquer delito, deve tomar as medidas legais (LMP, art. 11): garantir proteção à vítima, encaminhá-la a atendimento médico, conduzi-la a local seguro ou acompanha-la para retirar seus pertences. Este é o verdadeiro alcance da Lei Maria da Penha. Conceitua a violência doméstica divorciada da prática delitiva e não inibe a proteção da vítima e nem impede a atuação da autoridade policial e nem a concessão das medidas protetivas pelo juiz (2015, p.51).

Essa, por exemplo, pode ser vista como uma das grandes utilidades em se determinar com precisão os danos psíquicos suportados pela mulher, que pode, inclusive, resultar em sua completa falta de condições para o enfrentamento de um processo criminal.

O excesso de entraves em nome de um formalismo irracional pode representar um dos maiores problemas a serem vencidos pelas políticas públicas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra as mulheres no Brasil.

Por tudo até este ponto explorado, resta a convicção para afirmar que um determinado dano psíquico resultou de uma vida marcada pela violência doméstica, importará ao nível do processo criminal, a exigência de um resultado específico capaz de ser demonstrado, sob pena de continuar padecendo de todos os enfrentamentos possíveis para sua descaracterização e desqualificação, podendo desembocar em danos ainda mais severos para a mulher. “[...] de acordo com a doutrina, um conteúdo complexo do comportamento de quem pratica tais violências – marcado por dois aspectos essenciais: sutileza e reiteração” (MACHADO, 2013, p.94), necessitará de respostas que sejam tão sofisticadas quanto tais práticas, notadamente, a *perícia psiquiátrica forense*.

A Psiquiatria Forense “constitui uma atividade conjugada do direito a da psiquiatria, com a contribuição da sociologia, da criminologia/vitimologia, da antropologia, da psicologia e da medicina legal” (2016, <www.psicologia.com.pt>).

Existe uma diferença intransponível entre psiquiatras forenses e psiquiatras clínicos. Os primeiros são, ou deveriam ser, especializados em dar diagnósticos precisos, em saber a causa do mal do periciando, em dominar a psicopatologia e articular o ‘discurso médico’ com o ‘discurso jurídico’. O psiquiatra clínico, por sua vez, visa ao tratamento, ou seja, quer saber o quadro clínico e controlá-lo ou curar (PALOMBA, 2016, p.29).

Reconhecer o dano psíquico a partir das “perícias judiciais, é no mínimo comprometer-se com o respeito, a proteção e a promoção dos direitos humanos consolidando em parte a justiça social, sem a qual a dignidade da pessoa não se realiza por completo” (EVANGELISTA; MENEZES, 2000, p.45 – 50).

Corrobora-se com o entendimento de Guido Arturo Palomba de que um processo, especialmente o criminal, deve primar pelo rigor na produção de suas provas, e o fato do dano psíquico ser considerado sutil, especialmente para os aplicadores do direito, não significa que não seja verificável. Segundo este perito em Psiquiatria Forense,

atestados e relatórios emitidos por não especialistas em psiquiatria forense, nos quais constam articulação de quadros clínicos com causas jurídicas, devem ser vistos com muita cautela, pois fazem peso no processo, em medida muito maior do que o seu verdadeiro valor[...]” (PALOMBA, 2016, p.31).

É importante salientar que, quando se faz menção a dano psíquico, refere-se a dano à saúde, a um agravo que tem como consequência o adoecimento do indivíduo, reduzindo, inclusive, suas capacidades de reação, por isso uma perícia especializada é essencial, não se considerando recomendável a substituição por outras formas de investigação, exceto diante da total impossibilidade de acesso a tais recursos.

Outro ponto relevante a se destacar é que perícia psicológica é completamente diferente de perícia psiquiátrica, embora possam ser complementares. No entendimento de Palomba (2016, p.49),

no que concerne ao valor dos testes psicológicos de personalidade, quociente de inteligência, percepção temática, psicomotricidade e todos os outros testes psicológicos, muito se tem discutido sobre a utilidade deles como elemento subsidiário em perícia psiquiátrica. Peritos existem que os acham indispensáveis, enquanto outros os rejeitam, por considerarem que os testes psicológicos não são imparciais e, portanto, não podem participar da formação do juízo de certeza que o perito sempre almeja alcançar.

Com a realização da perícia psiquiátrica e perícia psicológica, busca-se determinar esta sequela, como também vinculá-la ao fato traumatizante, cada área dentro de sua especificidade e alcance. Esta vinculação é justamente o chamado nexos causal, pressuposto indispensável para existir a responsabilidade (EVANGELISTA; MENEZES, 2000, p.45 a 50).

Dentre os aspectos importantes a serem verificados na peritagem psicológica, citamos os recursos cognitivos e/

ou intelectuais, coordenação motora geral e específica, potencial energético, vitalidade e habilidades para a ação. Em termos de estruturação egóica, é fundamental a verificação dos sentimentos vivenciados ao nível de conduta social, onde se engloba o afetivo e social; o grau de comprometimento da autoestima e da autoimagem e o modo de reação do periciando frente às situações de seu cotidiano. Considera-se também relevante para a avaliação pericial o impacto que a eventual deformidade física causa no perito enquanto agente social, servindo este dado como termômetro para uma análise refinada da discriminação social (EVANGELISTA; MENEZES, 2000, p.45 a 50).

O resultado da perícia é apresentado por meio do laudo, que é a peça escrita com a resposta aos quesitos formulados pela autoridade que a requereu (delegado, juiz ou promotor de Justiça) e a apresentação das conclusões a que chegou o perito por meio do parecer (opinião científica). Trata-se de documento oficial que se destina a instruir o processo judicial, compondo os autos como prova pericial (PALOMBA, 2016, p.35).

Palomba adverte que não se pode confundir dano moral com dano psíquico, entendendo-se que o primeiro não é caracterizado pela presença de psicopatologia, enquanto que o segundo, sim. Entretanto, é possível que “um dano moral pode tornar-se dano psíquico e, nesse momento, deixa de ser dano moral para ser dano psíquico” (2016, p.124).

Dano moral não é menos grave que dano psíquico e vice-versa. São, isto sim, essencialmente diferentes: no primeiro, o psiquismo, embora sofrendo, está normal; e no segundo, mesmo se não houver sofrimento (embotamento afetivo, apatia, indiferentismo, instabilidade etc.), é patológico[...] existem graus de gravidade para os danos psíquicos e moral, dependendo das manifestações. Podem ser, quanto ao conteúdo, leve, moderado e grave, e quanto à forma, explícito ou encoberto, agudo ou crônico, reversível ou irreversível (PALOMBA, 2016, p.124).

A perícia de um dano psíquico resultante de violência doméstica vai requerer a reconstrução no tempo a fim de determinar até que momento a mulher manteve preservada sua saúde mental, devendo-se utilizar, para tanto, da perícia retrospectiva. “São perícias retrospectivas aquelas que o perito terá que saber como era a mente do examinado no pretérito, em relação a determinado ou determinados fatos específicos” (PALOMBA, 2016, p.57).

Existem perícias retrospectivas diretas e indiretas. Nas diretas, conta-se com o exame do periciando; nas indiretas, não se pode examiná-lo, por ser falecido ou por qualquer

outro impedimento. No caso de periciando falecido, diz-se perícia póstuma retrospectiva[...]” (PALOMBA, 2016, p.58).

Cumprido destacar que, no âmbito das Nações Unidas, tendo como parâmetro a Declaração dos Princípios Fundamentais de Justiça Relativos às Vítimas de Crimes e Abusos de Poder, devem ser tratadas com compaixão e respeito à sua dignidade por todos os serviços públicos governamentais, e os profissionais que prestam tais atendimentos devem estar devidamente treinados, habilitados para manejar a rede de serviços e legislações especializadas (VIEIRA, 2011, p.102).

Nestes termos, não é admissível que mulheres vítimas de violência doméstica e familiar sofram a revitimização (violências sobrepostas) por parte daqueles que existem para garantir seu socorro e proteção. Assim sendo,

no curso do inquérito, a autoridade deverá determinar que se proceda ao exame de corpo de delito e requisite exames periciais necessários (art. 12, IV, da Lei 11.340/2006). A terminologia indica que a realização das perícias é obrigatória, um dever da autoridade. A autoridade policial deverá também colher todas as provas que servirem para esclarecimento do fato e de suas circunstâncias (art. 12, II, da Lei 11.340/2006). Assim, fotografias, mensagens de texto, *e-mails* ameaçadores, cartas, gravações de circuito de câmeras de condomínio devem ser juntadas ao inquérito policial. São provas lícitas, posto que utilizadas pelo próprio destinatário (FERNANDES, 2016, p.212).

De outro giro, cabe ao Ministério Público, para além da denúncia, reclamar atenção ao dano psíquico, e ao juízo observar sua adequada valoração, que está relacionada

ao funcionamento do psiquismo no seu todo: à atenção, à memória, à sensopercepção, ao curso e ao conteúdo do pensamento, ao humor e à afetividade, aos planos que a vítima faz para o futuro, à capacidade de crítica do fato danoso e à capacidade de transcende-lo, à capacidade pragmática, ao possível comprometimento da intenção e da volição. Conforme o grau de comprometimento das esferas mentais e prognóstico de reversão da psicopatologia, assim será o grau de gravidade do dano psíquico (PALOMBA, 2016, p.125 – 126).

“É possível que o sofrimento psíquico, menos ponderável ao estudo e mesmo à ação programática em saúde, tenha sido subestimado, ‘subvisibilizado’, como tema de ação e reflexão” (2016, <www.observatoriodeseguranca.org>). Isso evidencia a necessidade premente em dispensar maior atenção à questão posta, ainda que precisem ser provocados por profissionais e acadêmicos da área do

Direito. Isso é investimento em saúde pública, em respostas efetivas por meio de políticas públicas nutridas por estudo de realidade, ouvindo atenciosamente as reais necessidades das mulheres que vivem o problema, repressão e sansão de agressor não é tudo. O foco precisa ser a recuperação das mulheres, estar voltado à elas, com genuíno interesse.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criação de mecanismos de proteção e prevenção das violências domésticas e familiares perpetradas contra mulheres a partir de 2006 com a promulgação da lei especial representa grade avanço, mas não resolve por si só o problema, que não é apenas uma questão de polícia e Justiça, exige esforços conjugados visando à desconstrução desse traço cultural perverso ainda arraigado em nossa sociedade.

Restou evidenciado relevantes esforços a fim de instrumentalizar a implementação da Lei 11.340/2006, no entanto é possível perceber que as dificuldades e equívocos que pairam a identificação e tipificação do dano psíquico se deve ainda ao isolamento dos aplicadores do Direito em relação a outras áreas de saberes. Embora muito se fale da intervenção multidisciplinar, vê-se que, na prática, isso ainda está no mundo das ideias, carecendo de concretização.

Inobstante o reconhecimento de que as mudanças em nível de persecução penal não foram significativas a partir da introdução do conceito de violências psicológicas em lei, observados os estudos isoladamente, é possível verificar que os caminhos de solução estão postos e a integração de conhecimentos talvez dependa muito mais de vontade e decisão política institucional, posto que viabilizar as soluções técnicas descortinadas nesta pesquisa vai requerer investimento em equipamento especializado, ampliando a capacidade pericial na área da psiquiatria forense.

Negligenciar a apuração do dano psíquico é uma forma de violência institucional, é promover a revitimização, é reduzir a gravidade do que é considerado pelas mulheres como as maiores mazelas sofridas, são palavras colocadas pelas vítimas textualmente, conforme pode ser lido nos depoimentos transcritos no quarto capítulo, e cabe aos aplicadores do Direito tirar esta realidade da invisibilidade, logicamente, contado com os recursos adequados necessários.

Importa colocar em relevo que a verificação do dano psíquico, por meio da adequada perícia psiquiátrico-forense em exame de corpo de delito, trará para a mulher vitimada possibilidades de

cuidados, providências e compensações que estão para além do Direito Penal, notadamente em outras contendas que necessite travar em nível Civil, de Família, especialmente, Trabalhista (necessidades de afastamento) e Previdenciária (auxílio doença), para demonstrar minimamente o alcance, proporção e significado dessa matéria.

Embora os danos psíquicos e moral não sejam danos patrimoniais, pois ocorrem na esfera do psiquismo, podem, sim, implicar dano patrimonial indireto, pois a dor moral ou a psicopatologia podem afetar ou diminuir a capacidade laborativa costumeira, recaindo dentro dos danos ressarcíveis [...]. O ressarcimento tem a finalidade de atenuar as circunstâncias dolorosas (PALOMBA, 2016, p.125).

Na perspectiva do estudo da vitimologia, as possibilidade e alcance da perícia psiquiátrico-forense está para além da situação pontual trazida numa notícia crime, deverá ser minuciosa, considerando não somente as condições psíquicas atuais, mas também todas as circunstâncias em relação ao crime, as ameaças recebidas e a necessidade de apoio de assistência social, médica e psicológica (PALOMBA, 2016, p.179).

O que os olhos não veem, a lei não alcança? O dano psíquico resultante da violência doméstica e familiar contra mulheres ainda é um nó a ser desatado, mas algumas possibilidades estão aqui colocadas.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, Vanessa Gurgel; CARVALHOSA, Rachel dos Reis; SIQUEIRA, Verônica Riquet de; SOUZA B., Fábio Gomes de Matos e. Qualidade de vida e depressão em mulheres vítimas de seus parceiros. *Revista Saúde Pública*, 2005. Disponível em: <www.fsp.usp.br/>. Acesso em: 05 mar. 2010.

BAHIA. *DEAM de Periperi*. Disponível em: <<http://www.secom.ba.gov.br/2015/10/128404/Delegacia-Especial-de-Atendimento-a-Mulher-de-Periperi-completa-sete-anos.html>>. Acesso em: 22 out. 2016.

_____. Ministério Público do Estado da Bahia. *Grupo de Atuação Especial à Defesa da Mulher População LGBT*. Disponível em: <www.mpma.mp.br>. Acesso em: 14 nov. 2016.

BANDEIRA, Lourdes; MELO, Hildete Pereira de. *Tempos e memórias: movimento feminista no Brasil*. Brasília, 2010.

BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo*. 4 ed. Trad. Sérgio Milliet. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 1.

_____. *Código Penal Comentado*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. *Código Penal (1940)*. Organização de Anne Joyce Angher. São Paulo: Rideel, 2015.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/cf1988>. Acesso em: 23 abr. 2016.

_____. *Compromisso e Atitude*. Perícia Detalhada é Essencial para a proteção jurisdicional. Disponível em: <www.compromissoeatitude.org.br/pericia-detalhada-e-essencial-para-prestacao-jurisdicional-em-casos-de-violencia-domestica>. Acesso em: 23 out. 2016.

_____. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=19873>. Acesso em: 22 out. 2016.

_____. *Lei 11.340 (2006). Lei Maria da Penha*. Organização de Anne Joyce Angher. São Paulo: Rideel, 2015.

_____. Secretaria de Políticas para as Mulheres. *DEAM (Delegacias Especializadas no Atendimento à Mulher) no Brasil*. Disponível em: <https://sistema3.planalto.gov.br//spmu/atendimento/atendimento_mulher.php?uf=TD>. Acesso em: 22 out. 2016.

COSTA, Elder Lisboa Ferreira da. *O Gênero no Direito Internacional: discriminação, violência e proteção*. Belém: Paka-Tatu, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. 6 ed. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha: comentada artigo por artigo*. 6 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. Disponível em: <www.mariaberenice.com.br> Acesso em: 8 out., 2016.

EVANGELISTA, Roberto; MENEZES, Ivani Valarelli. Avaliação do Dano Psicológico em Perícias Acidentárias. *Revista IMESC*. São Paulo: n. 2, 2000, p 45 – 50.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar*. São Paulo: Atlas, 2015.

FONSECA, Paula Martinez da; LUCAS, Tatiana Nascimento Souza. *Violência doméstica contra mulher e suas consequências psicológicas*. 2006. Dissertação. Orientadora: Prof.^a Dr.^a Elizete Silva Passos. (Mestrado em Psicologia) – Fundação Baiana para o Desenvolvimento das Ciências, Escola Baiana de Medicina e Saúde Pública, Salvador.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal*. 9 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2012.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá; MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A Lei Maria da Penha: aspectos criminológicos, de política criminal e do procedimento penal*. Salvador: Podivm, 2009.

HIRIGOYEM, Marie-France. *A violência no casal*. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 2006.

JESUS, Damásio de. *Violência contra a mulher: aspectos criminais da Lei n. 11.340/2016*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

KNIPPEL, Edson Luz; NOGUEIRA, Maria Carolina de Assis. *Violência doméstica: a Lei Maria da Penha e as Normas de Direitos Humanos no Plano Internacional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010.

LINO, Sonia Cristina da Fonseca Machado. *As Idéias Feministas no Brasil (1918-1932)*. Dissertação. 1986. Orientadora: Altiva Pilatti Balhana. (Mestrado em História do Brasil) – Departamento de História, Setor de Ciências Humanas, Letras e Artes da Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

MACHADO, Isadora Vier. *Da dor do corpo à dor da alma: uma leitura do conceito de violência psicológica da Lei Maria da Penha*. 2013. Tese. Orientadora: Prof.^a Dr.^a Miriam Pillar Grossi. (Doutorado em Ciências Humanas) – Universidade Federal de Santa Catarina.

MONTENEGRO, Marília. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológica-crítica*. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

Organização Mundial de Saúde. *Prevenção da violência sexual e da violência pelo Parceiro íntimo contra a mulher: ação e produção de evidências*. 2012. Trad. Organização Pan-Americana de Saúde,

PALOMBA, Guido Arturo. *Perícia na Psiquiatria Forense*. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

PARANÁ. Ministério Público do Estado. Pesquisa Técnica e Jurídica sobre a Notificação Compulsória da Violência contra a Mulher nos Serviços de Saúde. *Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção aos direitos Humanos*. Curitiba, 2012.

PARODI, Ana Cecília; GAMA, Ricardo Rodrigues. *Lei Maria da Penha: Comentários à Lei n. 11.340/2006.1 ed.* Campinas, São Paulo: Russell, 2009.

PEREIRA, Daniel de Menezes. *Aspectos históricos e atuais da perícia médico legal e suas possibilidades de evolução*. 2013. Dissertação. Orientadora: Prof.^a Dr.^a Irene Batista Muakad. (Mestrado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

PINTO, Céli Regina Jardim. *Feminismo História e Poder*. 18 v. Curitiba: Ver. Social. Polit., 2010.

PRIORE, Mary del. *Condessa de Barral*. Disponível em: <<http://marydelpriore.com.br/livros>>. Acesso em: 29 out. 2016.

PUC-RIO. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. *As Mulheres no Brasil Colonial*. Disponível em: <www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0812079_10_cap_03.pdf> Acesso em: 23 out. 2016.

PUC-SÃO PAULO. *Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*. Banco de Teses e Dissertações. Disponível em: <www4.pucsp.br> Acesso em: 23 out. 2016.

SÃO PAULO. *Delegacia Especial da Mulher*. Disponível em: <<http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/lenoticia2.php?id=241946>>. Acesso em: 22 out. 2016.

SILVA, Danielle Martins. *Violência Doméstica: reflexos da visibilidade jurídica do conflito familiar de gênero*. Fundação Escola Superior do Ministério Público do

STEARNS, Peter N. *Histórias das Relações de Gênero*. Tra.: Mirna Pinsky. 2 ed. 1 reimpressão. São Paulo: Contexto, 2012.

_____. *Violencia contra las mujeres y violencia contra los niños y las niñas: Áreas clave de la OPS/OMS para la acción*. 2015. Disponível em: <www.who.int/eportuguese/publications/pt/>. Acesso em: 26 mai. 2016.



CONSELHO
NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO