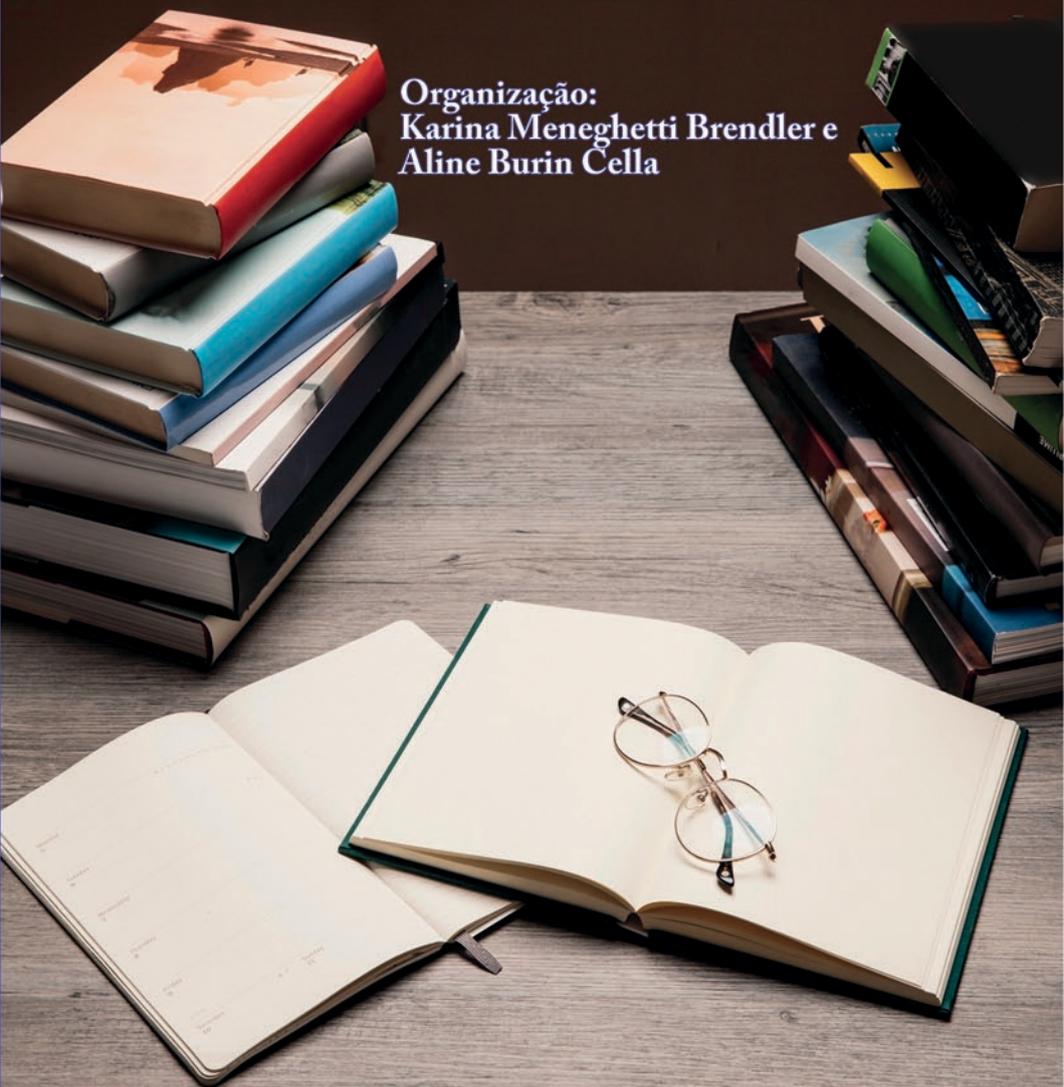


Diálogos Acadêmicos

Obra comemorativa aos 20 anos do Curso de
Direito da UNISC Capão da Canoa

Organização:
Karina Meneghetti Brendler e
Aline Burin Cella



ORGANIZADORA

Karina Meneghetti Brendler

Advogada de formação, é especialista em Direito de Família e das Sucessões pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC e cursou MBA voltado para a Gestão da Aprendizagem e Modelos Híbridos de Educação pela Uniamérica. É Mestre em Direito também pela UNISC e, em seguida, aprofundou-se em sua pesquisa ao alcançar o título de Doutora em Direito pela Universidade de Burgos, na Espanha.

No campo docente, tem contribuído significativamente com a formação de novos profissionais. Atualmente, é professora adjunta do Curso de Direito da UNISC, ensinando e orientando nas disciplinas de Direito de Família, Direito das Sucessões e Direito da Criança e do Adolescente, tanto na graduação quanto na pós-graduação Lato Sensu. Coordenou o curso de Direito de Capão da Canoa durante quatro biênios consecutivos (2014 a 2021).

Desde 2013, coordena o Projeto de Extensão “Quem é Meu Pai?”, que atua na efetivação do direito à filiação para inúmeros indivíduos em Capão da Canoa e região. Em 2016, fundou e assumiu a presidência do “Adottare - Grupo de Apoio à Adoção de Capão da Canoa”, que mais tarde se consolidou como uma Associação Civil, prestando assistência emocional e jurídica a pretendentes à adoção.

Apaixonada pelo compartilhamento de conhecimento, também se dedica ao “Canal Adoção Descomplicada” no YouTube, esclarecendo, orientando e transformando vidas por meio da adoção.

Diálogos Acadêmicos

Obra comemorativa aos 20 anos do Curso de
Direito da UNISC Capão da Canoa

Organização:
Karina Meneghetti Brendler e
Aline Burin Cella

Caxias do Sul - RS
Brasil
2023

Virtua
EDITORA MULTIMÍDIA

© 2023 by Karina Meneghetti Brendler e Aline Burin Cella

Editor: Rafael Augusto Machado

Projeto gráfico, montagem da capa e revisão final:

Rafael Augusto Machado

Revisão de texto: Rafael Augusto Machado

Imagens da capa: Freepik

Todos os direitos reservados ao autor. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida ou transmitida por qualquer forma, meio eletrônico ou mecânico sem a permissão das organizadoras e da editora.

Catálogo na publicação

Elaborada por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

•

D536

Diálogos acadêmicos: obra comemorativa aos 20 anos do Curso de Direito da Unisc Capão da Canoa / Organizadoras: Karina Meneghetti Brendler, Aline Burin Cella; Prefácio de Andréia Rosane de Moura Valim. – Caxias do Sul-RS: Virtua, 2023.

Livro em PDF

ISBN 978-65-5673-137-7

1. Direito. I. Brendler, Karina Meneghetti (Organizadora). II. Cella, Aline Burin (Organizadora). III. Valim, Andréia Rosane de Moura (Prefácio). III. Título.

CDD 340

•

Índice para catálogo sistemático

I. Direito

Virtua
EDITORA MULTIMÍDIA

VIVA SUA ESSÊNCIA!

Caxias do Sul (RS)
Fone: (54) 3214.6119 | 99694.9892
contato@editoravirtua.com
www.editoravirtua.com
facebook.com/editoravirtua
www.editoravirtua.com/radio

Índice

Prefácio

*Por Profa. Dra. Andréia Rosane de Moura Valim,
Vice-Reitora da UNISC 5*

Artigos

Projeto “Quem é meu pai?”: uma década de atuação em defesa do direito fundamental à filiação no município de Capão da Canoa

Por Karina Meneghetti Brendler, Aida Victória Steinmetz Wainer e Morgana Silveira Traslatti 11

Aspectos do compartilhamento imobiliário segundo fontes do Direito Brasileiro e Comparado

Por Aline Burin Cella e Alberto Carvalho de Melos 26

Direito Médico Preventivo: uma forma de minimizar os impactos decorrentes da judicialização na relação médico x paciente

Por Elis Lauxen e Maria Amélia de Campos Miranda 41

Dos adicionais de insalubridade e periculosidade e da (im)possibilidade de sua cumulação

Por Mauricio Antonacci Krieger e Emily Fontoura Ramos 53

Caminhos da exclusão: a conceituação jurídica de nacional e estrangeiro na formação do estado brasileiro (1808-1824)

Por Edison Botelho Silva Júnior 73

A judicialização dos medicamentos sem registro na anvisa: a posição dos tribunais superiores

Por Rosana Helena Maas e Anderson Carlos Bosa 87

A importância das práticas de extensão universitária na construção do conhecimento dos acadêmicos do curso de direito da UNISC

Por Caroline Fockink Ritt e Eduardo Ritt 100

Pandemia e a necropolítica: impactos sob a perspectiva do racismo estrutural

por Tatiana dos Santos Schuster 112

Quem é o cidadão da Constituição de 1988?

por Clovis Gorczewski 126

Prefácio

Foi com muita alegria que recebi o convite da professora Aline Cella para escrever esse prefácio comemorativo dos 20 anos do curso de Direito da Unisc em Capão da Canoa. É uma satisfação participar desse momento tão marcante para nós todos da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) e da história da UNISC em Capão da Canoa. Em primeiro lugar, gostaria de reconhecer que a publicação de um livro que visa celebrar o tempo de formação de pessoas é espetacular, especialmente porque congrega os estudantes, egressos e professores do Curso de Direito numa missão tão linda: propagar conhecimento gerado dentro da Universidade e torná-lo útil às pessoas!

Inicialmente gostaria de destacar algumas características dessa Universidade tão especial para todos nós. A UNISC é uma instituição comunitária de ensino superior, democrática, sem donos e sem finalidade lucrativa. A sua origem data do ano de 1963, resultante de esforços das lideranças locais e da região de Santa Cruz do Sul, em trazer para a região central do estado, opções para que não fosse necessário deixar a cidade e a região para realizar um curso de graduação. As Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul – FISC – tiveram entre os seus primeiros cursos o de Direito. Recentemente comemoramos 55 anos de formação no Direito!

Na década de 90, a comunidade acadêmica da UNISC entendeu que tínhamos condições de deixar de ser faculdades integradas para nos tornar Universidade. Importante destacar que para ser Universidade tínhamos que cumprir uma série de requisitos,

previstos na Constituição de 1988, como a indissociabilidade entre o ensino, a pesquisa e extensão, conforme o artigo 207. Dessa forma, em 2023 estamos celebrando os 61 anos enquanto instituição de ensino superior e 30 anos como Universidade. Data essa que coincide com os 20 anos da Unisc em Capão da Canoa.

E as celebrações não param por aí, pois também estamos celebrando os 25 anos do Programa de Pós-Graduação em Direito! O PPGD, como é carinhosamente chamado o programa que forma Mestres e Doutores em Direito, tem um enorme impacto para além da formação de recursos humanos altamente qualificados. As pesquisas realizadas, as ações de extensão e as atividades de internacionalização colocam o PPGD da UNISC em um patamar diferenciado, sendo reconhecido como um dos melhores programas de pós-graduação do país!

A implantação da Unisc em Capão da Canoa foi possível graças à parceria com o município e o apoio da comunidade. A nossa presença foi consolidada a partir da oferta dos cursos de Pedagogia Séries Iniciais, Estudos Sociais – Geografia e Educação Física, em convênio com o Município, nos anos 2000 e 2002. Em dezembro de 2002 inauguramos o campus e, em 2003, iniciamos a oferta dos cursos de Direito, Administração e Sistemas de Informações. Em Capão da Canoa, a UNISC já formou 964 profissionais nas diversas áreas do conhecimento, que sem dúvida fazem a diferença em diversos setores econômicos e na sociedade. O principal compromisso de nossa Universidade é com a formação de cidadãos e profissionais qualificados, que contribuam de maneira significativa para o desenvolvimento das regiões que estamos inseridos. E em Capão não é diferente.

Por sermos uma Universidade honramos com o compromisso constitucional de fazer ensino, pesquisa e extensão. Neste aspecto, destaco que ao longo da formação dos bacharéis em Direito, temos realizado, desde a concepção do Curso de Direito em Capão da Canoa, ações de ensino e extensão voltadas para a comunidade caponense. O Gabinete de Assistência Judiciária – GAJ, local de estágio obrigatório dos estudantes do curso de Direito, foi aberto em 2006. Desde então já realizou 20.156 atendimentos a pessoas

em vulnerabilidade social e que precisam de assistência judiciária.

Além disso, diversos projetos de pesquisa e extensão buscam resolver problemáticas contemporâneas que demandam atenção especializada. Destacam-se alguns desses projetos que ocorreram ou ainda ocorrem em Capão da Canoa: Projeto Fiscal Aprendiz em parceria com o Instituto Estadual Riachuelo de Capão da Canoa; Projeto Quem é meu pai? em Parceria com o Ministério Público; e o Projeto de pesquisa desenvolvido em parceria com o Conselho Municipal do Idoso com a finalidade de auxiliar na organização e elaboração da legislação municipal protetiva (nasceu em demanda oriunda da comunidade); Projeto de pesquisa desenvolvido em parceria com a Delegacia de Polícia de Capão da Canoa com objetivo de mapear a violência contra idosos no Município.

A obra que realizei esse prefácio é um lindo exemplo de atividades de ensino, pesquisa e extensão resultantes de orientações de trabalho de conclusão de curso, de grupos de pesquisa que demonstra a dedicação dos estudantes, egressos e docentes fortemente comprometidos com a produção, sistematização e divulgação do conhecimento. São artigos que abordam diferentes e complexas temáticas, que sem dúvida alguma contribuem para a melhor compreensão da dinâmica no âmbito do Direito.

Gostaria de finalizar destacando que celebramos os 20 anos do Curso de Direito em Capão da Canoa em um momento muito especial para toda a comunidade UNISC: fomos reconhecidos pelo Ministério da Educação como uma Universidade merecedora de nota máxima em todos os 48 requisitos avaliados! Essa avaliação foi resultado de um extenso processo em que os avaliadores procuraram entender como as práticas pedagógicas, as ações de pesquisa, extensão e inovação ocorrem na UNISC. Por isso, reforço que temos orgulho de pertencer a essa Universidade que é voltada para a comunidade e por isso é chamada de Universidade Comunitária!

Parabéns a todos que acreditaram e acreditam na importância da educação! Segundo Hannah Arendt, “a educação é o ponto em que decidimos se amamos o mundo o bastante para

assumirmos a responsabilidade por ele”. E Paulo Freire diz uma verdade irrefutável: “Educação muda as pessoas. Pessoas transformam o mundo”! Vida longa ao Curso de Direito! Vida longa à Universidade de Santa Cruz do Sul!

Profa. Dra. Andréia Rosane de Moura Valim
Vice-Reitora da UNISC

Artigos —

PROJETO “QUEM É MEU PAI?”: UMA DÉCADA DE ATUAÇÃO EM DEFESA DO DIREITO FUNDAMENTAL À FILIAÇÃO NO MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA

Karina Meneghetti Brendler¹
Aida Victória Steinmetz Wainer²
Morgana Silveira Traslatti³

RESUMO

Este artigo destaca a relevância do projeto “Quem é meu pai?” como uma política pública para garantir o direito à filiação. As políticas públicas são ferramentas estatais que visam efetivar direitos fundamentais por meio de ações articuladas e recursos próprios. O projeto, surgido a partir da iniciativa “Pai Presente” do Conselho Nacional de Justiça, combate a falta de registro civil de crianças e adolescentes, facilitando o reconhecimento tardio da paternidade e promovendo a gratuidade da averbação de tal alteração no assento de nascimento. Atuando em Capão da Canoa/RS há uma década, o projeto estabelece parcerias com ór-

¹ Doutora em Direito pela Universidade de Burgos- Espanha. Especialista em Direito de Família e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul- UNISC. Docente do curso de direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – Capão da Canoa e Montenegro atuando principalmente no Direito de Família e Direito da Infância e Juventude. Coordenadora do Projeto de extensão “Quem é meu pai?”. E-mail: karina@unisc.br.

² Especialista em Direito da Criança e do Adolescente pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), campus Capão da Canoa. Supervisora de Estágios na Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) e Advogada. E-mail: aidawainer@hotmail.com

³ Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – PPGD/FMP. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público- FMP/RS. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, campus Capão da Canoa. Integrante do Grupo de Pesquisa Colisão de Direitos Fundamentais e o Direito como Argumentação, coordenado pelo Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho, vinculado ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado, da Fundação Escola Superior do Ministério Público, vinculado no CNPq ao Grupo de Estudos Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Advogada. E-mail: morganastraslatti@gmail.com.

gãos governamentais e utiliza informações de escolas e cartórios para mapear crianças sem o nome do genitor em seus registros. Por meio de reuniões de conscientização, oferece opções de reconhecimento voluntário da paternidade ou realização de exame de DNA. Os resultados demonstram um expressivo número de inclusões de genitores nos registros, assegurando o direito à filiação e promovendo o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. O projeto representa uma política pública significativa, enfrentando o desafio de garantir a filiação para crianças e adolescentes vulneráveis, buscando efetivar os princípios constitucionais e promover a inclusão social.

Palavras-chave: Direito fundamental à filiação. Políticas Públicas. Reconhecimento de Paternidade.

1 | INTRODUÇÃO

As políticas públicas são ferramentas de concretização dos direitos fundamentais, constantemente empregadas no constitucionalismo moderno-contemporâneo. A ideia de políticas públicas está associada a um conjunto de ações articuladas com recursos próprios do Estado e envolve uma dimensão temporal e alguma capacidade de impacto. Ela não se reduz à implantação de serviços, pois engloba projetos de natureza ético-política e compreende níveis diversos de relações entre o Estado e a sociedade civil na sua constituição.

A doutrina entende que sempre está implicada a intervenção Estatal na implementação das políticas, porém essas não estão necessariamente restritas ao protagonismo dos agentes públicos, ou seja, é permitida a participação de atores não governamentais por meio de demanda, suporte ou apoio. Trata-se de uma “ação pública” onde não somente o Estado se faz presente, mas também a sociedade, adquirindo maior representatividade, poder e controle para decisões próprias e pautadas pelas questões locais.

Nesse sentido, o Projeto “Quem é meu pai?” se insere na esfera local – comarca de Capão da Canoa – dando suporte e apoio

a uma política desenvolvida pelo Estado e executada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com a implementação do projeto “Pai Presente”. Enquanto política voltada à garantia do direito à filiação, o projeto visa incentivar e propiciar o reconhecimento espontâneo de paternidade, garantindo ao maior número possível de crianças e adolescentes da comarca um nome paterno em seus registros de nascimento.

Partindo dessas premissas, utilizando-se da pesquisa bibliográfica e legislativa associada aos resultados apresentados pelo projeto durante sua década de atuação, objetiva-se verificar se o projeto “Quem é meu pai?” pode ser compreendido como um exemplo de política pública e se pode ser considerado efetivo.

2 | POLÍTICAS PÚBLICAS

Foi através da Constituição Federal de 1988 que os Direitos Sociais passaram a ser efetivamente positivados e o Estado deixou de ser mero espectador, cujo dever principal estava centrado em não violar liberdades, para ser também titular de obrigações prestacionais. Mas a adoção tardia ao Estado Democrático de Direito impactou em uma sociedade fortemente marcada pela desigualdade.

Em razão da predominância de um modelo de estado liberal, até 1988 as disposições constitucionais brasileiras tinham características procedimentais, pois serviam como instrumento de organização do poder político e de formação da lei, sendo atribuído ao órgão de representação popular a criação do direito. A Constituição só intervinha no direito para exercer uma função negativa, impondo limites à atuação estatal e assegurando direitos de liberdades em um econômico catálogo de direitos fundamentais (MELLO, 2004, p. 25).

Ainda que este modelo de Estado tivesse por objetivo conter a atuação estatal, conferindo poder ao povo para criação das leis, baseava-se na igualdade formal dos indivíduos e ignorava vulnerabilidades. Nas palavras de Cláudio Ari Mello (2004, p. 30), nem mesmo um regime democrático está imune ao abuso de poder: à

medida que a soberania popular originava-se do princípio majoritário, não se buscava alcançar proteção às minorias, que ficam suscetíveis ao uso opressivo do poder político.

A extrema desigualdade que recaia sobre a sociedade alavancou fortes movimentos no começo do século XX, resultando no surgimento do Estado Social. Foi através deste movimento que se criou um novo conceito sobre o princípio da igualdade, que já não era mais concebido sob seu aspecto formal, mas sim em seu aspecto material: situações desiguais devem ser tratadas desigualmente. Todavia, a realização dos objetivos deste modelo de Estado dependia de ação política para concretização de medidas capazes de transformar a ordem social (LEAL; MAAS; KIRSTE, 2021).

Nasce então a concepção do Estado Democrático de Direito, cujas constituições adotadas por este modelo de estado assumem lugar de destaque: como normas diretivas fundamentais, dirigem-se aos poderes públicos e condiciona os particulares para assegurar a realização dos direitos fundamentais, tendo ligação paradigmática à função transformadora assumida pelo Direito. Neste cenário, a justiça constitucional passa a ser vista como “condição de possibilidade” do próprio Estado Democrático de Direito (STRECK, 2014).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 marcou a adoção do Estado Democrático de Direito e inovou não apenas em posicionar direitos fundamentais e atribuir eficácia à norma, mas também surpreendeu com seu extenso rol de direitos individuais e coletivos, tendo como princípio basilar a igualdade dos indivíduos em seu aspecto material. Por esta razão, busca-se manter o tratamento igualitário àqueles que se encontram em condições iguais, e ponderar que certos grupos sociais, a medida que não se enquadram nesse mesmo contexto, carecem de maior proteção por parte do Estado, justificando-se o tratamento desigual.

O aspecto material do direito à igualdade justifica o tratamento discriminatório em benefício de determinado grupo, quando existente motivo justo, aferido através de parâmetros derivados do princípio do Estado Social. Salienta-se que a

proibição de discriminação é relativa e cada caso concreto deve ser analisado para aferir a existência ou não de um tratamento arbitrário, surgindo o direito subjetivo derivado a prestações estatais (SARLET, 2015).

Mas o respeito às desigualdades carece de ações afirmativas por parte do Estado, que se constituem, na maioria das vezes, através de políticas públicas compensatórias, objetivando restabelecer padrões de isonomia entre indivíduos excluídos socialmente em razão de suas condições peculiares (CARVALHO, 2012, p. 128)

Robert Alexy (2008, p. 433) classifica os direitos fundamentais em seus *status* negativo e positivo. Enquanto aquele objetiva proteger as liberdades individuais contra intervenções do Poder Público, nada mais sendo que o direito do cidadão à abstenção por parte do Estado, o *status* positivo dos direitos fundamentais define a obrigação do Estado a uma ação positiva, chamada de direito a prestação em sentido amplo, a exemplo dos direitos fundamentais sociais.

A concretização dos direitos sociais depende de políticas públicas que visem alcançar os objetivos constitucionais. A formulação destas políticas públicas se converte em planos, projetos e programas que carecem de acompanhamento constantemente. Os problemas públicos se transformam em políticas públicas quando há um equilíbrio entre o que é politicamente viável e tecnicamente eficiente (AGUM; RISCADO; MENEZES, 2015, p. 16).

As políticas públicas são de responsabilidade do Estado, tanto em sua implementação quanto em sua manutenção, por meio de um processo de tomada de decisões que envolve órgãos públicos, diversos organismos e agentes da sociedade relacionados à política implementada (HÖFLING, 2001). Além disso, os poderes legislativo e judiciário também desempenham um papel na formulação de políticas públicas.

Mas a implementação das políticas públicas não está necessariamente restrita aos agentes públicos. A participação de atores não governamentais é possível por meio de demandas, apoio ou suporte, incluindo também o controle democrático. É uma “ação

pública” na qual não apenas o Estado está presente, mas também a sociedade, adquirindo maior representatividade, poder e controle para tomar decisões próprias diante das decisões governamentais (PEREIRA, 2009).

Dentre as várias formas de atuação da sociedade junto à deliberação e controle das políticas públicas, estão a escolha dos representantes governamentais através do voto, plebiscito, referendo, iniciativa popular em projetos de lei, participação popular em conferências de políticas públicas, audiências públicas, movimentos sociais e de opinião pública (CUSTÓDIO, 2021, p. 19). Busca-se, desta forma, efetivar a democracia participativa descentralizando o poder decisório das mãos do Estado.

Häberle defende uma pluralidade de intérpretes, onde ele propõe uma hermenêutica constitucional adequada a uma sociedade pluralista, na qual qualquer pessoa que vive a Constituição é um intérprete legítimo, pois é impensável uma interpretação da Constituição sem a participação ativa do cidadão e das potências públicas mencionadas (1997, p. 14). Nesse sentido, os intérpretes da Constituição não são apenas juristas e detentores de cargos públicos, mas também cidadãos e a opinião pública, embora a responsabilidade final recaia sobre a jurisdição constitucional.

Dessa forma, a tarefa de interpretar, construir e, em última instância, planejar políticas voltadas para o desenvolvimento social é compartilhada entre várias categorias de intérpretes, fundamentais para validar e legitimar as ações. A interpretação constitucional dos juízes, embora relevante, não é e não deve ser a única (1997, p. 09).

Como ferramentas para a concretização dos direitos fundamentais, as políticas públicas têm como base os preceitos fundamentais descritos na Constituição Federal e devem respeitar e ser orientadas pelo texto constitucional. Elas desempenham um papel tão importante no equilíbrio e no desenvolvimento social que, segundo Oliveira (2005), os estados e municípios têm independência para agir nas áreas de vulnerabilidade, mesmo sem depender da existência prévia de políticas públicas em escala

nacional. Nesse contexto, elas devem respeitar as atribuições delineadas pelo texto constitucional, mas também podem implementar projetos de intervenção nessas áreas quando necessário, desde que não haja proibição de competência.

Em resumo, as políticas públicas estão intimamente ligadas às leis, sendo ações governamentais que atuam nas lacunas normativas para promover a concretização dos direitos constitucionalmente estabelecidos ou regulamentar determinadas questões e abordar cenários de vulnerabilidade que requerem intervenção. Seu principal objetivo é buscar o bem-estar social almejado pelo Estado de Bem-Estar Social. Além disso, é importante mencionar as políticas sociais, que funcionam como uma categoria de políticas públicas (PEREIRA, 2006). Elas se relacionam diretamente com a concretização dos direitos sociais e têm como objetivo reduzir desigualdades, pobreza e exclusão social (BUCCI, 2001), de acordo com o que está previsto na Constituição.

As políticas sociais englobam áreas como saúde, educação, previdência, moradia, saneamento, entre outras. Avaliar o “sucesso” ou o “fracasso” dessas políticas envolve fatores complexos e diversos que requerem um esforço significativo de análise (HÖFLING, 2001). Essas políticas estão focadas nas áreas sociais e são ações determinantes para o padrão de proteção social implementado pelo Estado. Seu objetivo principal é a redistribuição dos benefícios sociais para diminuir as desigualdades estruturais resultantes do desenvolvimento socioeconômico (HÖFLING, 2001). Elas assumem características diferentes em diferentes sociedades e concepções de Estado. É impossível separar o Estado de um projeto político e de uma teoria social para a sociedade como um todo.

Todavia, não se ignora que a qualidade das políticas públicas está intrinsecamente ligada à disponibilidade de recursos econômicos. Para Custódio (2021, p. 25), “políticas públicas sem recursos reduzem-se a discursos, muitas vezes emocionamos e idealizador que pouco contribui para efetivar os direitos fundamentais ou garantir melhores condições de vida à população”.

Mas o descumprimento do dever do Estado em garantir os direitos fundamentais sociais, seja pela inexistência ou até mesmo

a ineficácia das políticas públicas existentes, legitima o agir da justiça constitucional para viabilizar políticas públicas decorrentes da omissão estatal, chamado por Streck (2014) de “caráter existencial do Estado Democrático de Direito”.

Conclui-se que as políticas públicas e as políticas sociais desempenham um papel fundamental na promoção do bem-estar social, agindo como instrumentos de concretização dos direitos fundamentais e buscando reduzir desigualdades, promover inclusão e combater a exclusão social. Essas políticas estão embasadas nos preceitos constitucionais e contam com a participação de diversos intérpretes, além de serem complementares às leis, atuando de forma direta na busca por um desenvolvimento social mais equitativo.

3 | FILIAÇÃO: DIREITO E GARANTIA CONSTITUCIONAL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tem como principal característica a garantia de direitos fundamentais e o desenvolvimento dos indivíduos na sociedade. Essa preocupação é explicitada logo no primeiro artigo da Constituição, que estabelece o princípio da dignidade da pessoa humana como a base do Estado Democrático de Direito (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015).

O princípio da dignidade da pessoa humana é um forte vetor na tomada de decisões, sendo que seus efeitos abrangem todo o ordenamento jurídico e sua atuação no direito de família é especialmente relevante para garantir o pleno desenvolvimento da dignidade e personalidade de todas as pessoas que fazem parte de uma família (GAMA, 2008). Como resultado, houve uma preocupação significativa do legislador em garantir esse princípio também de forma expressa para crianças e adolescentes.

A proteção da dignidade da pessoa humana desempenha um papel direto nas relações familiares, estando intimamente ligada aos princípios do planejamento familiar e da paternidade responsável (art. 226, § 6º), além de assegurar o direito à dignidade das crianças e adolescentes (art. 227, caput). Além disso, o

artigo 230 estabelece que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar os idosos, garantindo sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade, bem-estar e direito à vida (SARLET, 2015).

Mas o legislador ordinário também foi ágil e generoso ao elaborar normas que enfrentam os conflitos concretos que surgem nessa área tão sensível do direito. Assim, a proteção visada pela legislação para garantir o direito das crianças e dos adolescentes de pertencerem a uma família está fortemente presente tanto na Constituição quanto em leis infraconstitucionais.

A legislação constitucional estabelece regras explícitas para a proteção dos direitos da criança, do adolescente e do jovem no Capítulo VII (Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso), irradiando para a legislação infraconstitucional e resultando em um estatuto específico, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

O direito à dignidade da pessoa humana traz consigo a necessidade de garantir outro importante direito: o direito à identidade pessoal, que inclui o direito ao próprio nome, incluindo prenome e sobrenome, bem como o direito à honra objetiva e subjetiva. A reputação do indivíduo perante a sociedade e o sentimento de dignidade pessoal estão relacionados a esses direitos (GAGLIANO, 2012).

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 248.869-1, de relatoria do Min. Maurício Corrêa, assentou entendimento de que o direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família, razão pela qual o destaque de filiação é direito indisponível” (BRASIL, 2003).

A evolução social se dá também em razão da adequação do fenômeno da internacionalização dos direitos humanos às normas internas. Nesta perspectiva, se estabelece o direito a ter uma família, independentemente de sua formatação, respeitados os direitos individuais personalíssimos, como o direito à identidade familiar, seja qual for sua origem (CARVALHO, 2012, p. 148).

O direito à identidade pessoal abrange três esferas: identidade genética, individualidade genética (relacionada à filiação) e integridade genética (reconhecimento pelos pares) (ALMEIDA, 2003). Assim, a filiação desempenha um papel fundamental no desenvolvimento do direito à identidade, uma vez que a identidade pessoal está relacionada à aquisição do patronímico, à localização familiar e social daqueles que adquirem o status de filho (ALMEIDA, 2003, p. 119).

O bem-estar das crianças e dos adolescentes, bem como a proteção do instituto da família em suas diversas formas, são dois dos principais objetivos de proteção pelo ordenamento jurídico. Esse ordenamento, embora constituído por normas, também é estruturado pela presença de princípios- explícitos ou implícitos - que fundamentam a Constituição.

O direito à filiação está diretamente ligado a inúmeros princípios. De forma ampla, tem como base o princípio da dignidade humana, pois uma família bem estruturada é importante, embora não indispensável, para o pleno e digno desenvolvimento. Além disso, destaca-se o princípio da afetividade nas relações familiares, especialmente no que diz respeito à filiação, que tem sido responsável por diversas modificações no ordenamento jurídico devido à sua importância.

Além disso, na legislação infraconstitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) estabelece, de forma explícita em seu Artigo 27, a filiação como um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível. Destaca-se, ainda, a vedação constitucional de tratamento desigual entre os filhos, amparada também pelo melhor interesse de crianças e adolescentes, abolindo qualquer tipo de tratamento discriminatório entre filhos advindos ou não da relação conjugal.

Anteriormente ao advento da Constituição de 1988, o direito à filiação tinha como requisito legal a origem através da família chamada de legítima. Após a adoção de um Estado Democrático de Direito em 1988, cujas principais premissas são fundadas no princípio da igualdade, extinguiu-se o tratamento discriminatório que culminou na exclusão social de muitas crianças. Para Carvalho

(2012, p. 177), “funcionou, portanto, a evolução social e jurídica, para afastar as tendências, outrora tão corriqueiras, de fazer da própria legislação fonte excludente”.

No entanto, a questão da filiação não se limita apenas ao ordenamento jurídico. O Conselho Nacional de Justiça tem buscado conscientizar a sociedade sobre a importância de toda criança ter a identidade de seu genitor e tem adotado medidas concretas para concretizar esse direito. Para isso, foram instituídos diversos provimentos visando facilitar o reconhecimento extrajudicial da paternidade, além da criação de programas e projetos para conscientizar os genitores sobre a importância do reconhecimento e da participação dos pais e da família paterna na vida desses indivíduos em desenvolvimento.

A preocupação do CNJ com essa questão se intensificou a partir de 2017, com a criação de um importante provimento. Em face da importância adquirida pelo tema da filiação, somada ao crescente valor atribuído ao princípio da afetividade, surgiu o Provimento nº 63 do CNJ⁴, que permite o registro de mais de um pai e mãe nos documentos de identidade, reconhecendo a paternidade socioafetiva como um direito digno de proteção e reconhecimento jurídico, estabelecendo assim a (multi)parentalidade socioafetiva. Isso evidencia a importância que a filiação deve ocupar na sociedade e a atenção que deve ser dada a ela inclusive pelo poder judiciário. Surge uma nova visão, não apenas na sociedade, mas também entre legisladores e aplicadores do direito, em relação às questões de filiação.

A filiação é um direito indisponível, imprescritível e personalíssimo, com relevância para o pleno desenvolvimento

⁴ O Provimento nº 63/2017 foi editado pelo Conselho Nacional de Justiça instituindo modelos únicos de certidão de nascimento, casamento e óbito, das certidões de nascimento dos filhos havidos pela reprodução assistida e, especialmente, disciplinando acerca da possibilidade do registro socioafetivo. O referido provimento trouxe a possibilidade do registro pela figura paterna/materna socioafetiva, acrescentando o nome à certidão de nascimento e demais documentos do filho afetivo, que, após o registro, passa a ostentar iguais direitos e herdar iguais responsabilidades equiparadas as provenientes dos vínculos biológicos. Essa determinação sofreu alterações com a edição do Provimento nº 83/2019, instituindo a obrigatoriedade de parecer favorável do Ministério Público à realização de qualquer registro socioafetivo.

dos indivíduos. Por essa razão, juntamente com os princípios que regem o ordenamento jurídico, emergem diversos projetos e programas para a concretização efetiva desse direito fundamental. O objetivo é garantir o pleno desenvolvimento da identidade pessoal dos indivíduos, permitindo que conheçam sua origem e convivam em uma família que lhes ofereça estabilidade física e emocional, garantindo, assim, que crianças e adolescentes possam construir uma vida com sua dignidade assegurada.

CONCLUSÃO

A partir do exposto, fica evidente a importância dos projetos “Pai Presente” e “Quem é meu pai?” no contexto brasileiro, visando garantir o direito à filiação de crianças e adolescentes. Essas iniciativas têm se mostrado efetivas na busca pelo reconhecimento da paternidade e no registro civil desses indivíduos, promovendo não apenas a inclusão do nome do pai, mas também proporcionando a construção de uma identidade completa e digna.

O projeto “Pai Presente”, desenvolvido em escala nacional pelo Conselho Nacional de Justiça, tem alcançado resultados positivos ao facilitar o reconhecimento tardio de paternidade em todo o país. Com a implementação de ações específicas, como a simplificação do processo de registro e o chamamento de genitoras ao judiciário, tem sido possível garantir que mais crianças e adolescentes tenham seus direitos de filiação respeitados.

Já o projeto “Quem é meu pai?”, em seus dez anos de atuação no município de Capão da Canoa, demonstra a importância de intervenções locais para combater a ausência paterna nos registros civis. Através da busca pelo genitor e da conscientização das mães sobre os benefícios do reconhecimento da paternidade, esse projeto tem contribuído para a inclusão do nome do pai nas certidões de nascimento, promovendo o desenvolvimento pleno e digno das crianças e adolescentes assistidos.

Ambas as iniciativas refletem a necessidade de políticas públicas e ações voltadas para crianças e adolescentes em situação de

vulnerabilidade social, assegurando-lhes o direito à filiação e garantindo o pleno desenvolvimento de sua identidade. Além disso, esses projetos ressaltam a importância do envolvimento de diversos órgãos governamentais e instituições da sociedade civil, como a Defensoria Pública, o Ministério Público e as secretarias municipais, para o sucesso dessas ações.

Em suma, os projetos “Pai Presente” e “Quem é meu pai?” desempenham um papel fundamental na garantia do direito à filiação, contribuindo para o fortalecimento da identidade e da dignidade das crianças e adolescentes. Através da conscientização, busca pelo genitor e disponibilização de recursos adequados, essas iniciativas possibilitam o registro civil de um número significativo de indivíduos, promovendo a inclusão social e assegurando que todos tenham acesso aos direitos fundamentais previstos pela Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

AGUM, Ricardo; RISCADO, Priscila; MENEZES, Monique. Políticas Públicas: Conceitos e Análise em Revisão. *Agenda Política*, [S. l.], v. 3, n. 2, p. 12–42, 2015. Disponível em: <https://www.agendapolitica.ufscar.br/index.php/agendapolitica/article/view/67>. Acesso em: 31 jul. 2023.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Maria Christina de. *DNA e Estado de Filiação à luz da Dignidade Humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARPEN. **Pais ausentes**. Disponível em: <<https://transparencia.registrocivil.org.br/painel-registral/pais-ausentes>>. Acesso em: 17 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 248.869-1/SP**. Recorrido Romeu Luiz Franchini. Recorrente Ministério Público Estadual. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=257829>. Acesso em: 31 jul. 2023.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo. Pólis: 2001. Disponível em: <<http://www.polis.org.br>>. Acesso em: 20 mai. de 2018.

CARVALHO, Dimitre Braga Soares. **Direito de Família e Direitos Humanos**. Leme: EDIJUR, 2012.

CLUNE, William H. Law and Public Policy: Map of an area. *Southern california interdisciplinary y law jornal*. California: 1993. Disponível em: <<http://repository.law.wisc.edu>>. Acesso em: 19 mai. 2018.

CORRÊA, Darcísio. *A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas*. Ijuí: UNIJUÍ, 1999.

CUSTÓDIO, André Viana. As políticas públicas para crianças e adolescentes no Brasil.. In: Cano, C. A.; Leal, R. G.; González, J. S. (org.). **Direitos fundamentais e políticas públicas**. Espanha, v. 1: Bubok Publishing S.L, 2021, p. 13-35.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Parte geral. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei n.11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

KAUCHAKJE, S. *Gestão pública de serviços sociais*. Curitiba: IBEP X, 2007.

LEAL, M. C. H.; MAAS, R. H; KIRSTE, S. **Direitos (fundamentais) sociais e sua justiciabilidade: Brasil, Alemanha e Áustria**. Curitiba: Ithala, 2021.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

OLIVEIRA, Antonia Teresinha de Oliveira. *Políticas Públicas e atividade administrativa*. São Paulo: Fiuza, 2005.

PEREIRA, Potyara. Discussões conceituais sobre política pública como política pública e direito de cidadania. In: BOSCHETTI, Ivonete. et al. (Org.) *Política Social no Capitalismo*. São Paulo: Cortez, 2009.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre, v. 12: Livraria do Advogado, 2015. E-book não paginado.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge (Org). *Direitos Sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008.

SILVA, José Afonso da. *O Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: 1988. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br>. Acesso em: 23 mai. 2018.

SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: Uma revisão da literatura*. Sociologias. Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em: 20 mai. 2018.

STRECK, L.; BOLZAN DE MORAIS, J. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lênio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo, 4 ed.: Revista dos Tribunais, 2014. E-book não paginado.

VALLÉS, Joseph. Las políticas públicas. In: *Ciencia política: una introducción*. Barcelona: Ariel, 2002.

ASPECTOS DO COMPARTILHAMENTO IMOBILIÁRIO SEGUNDO FONTES DO DIREITO BRASILEIRO E COMPARADO

Aline Burin Cella⁵

Alberto Carvalho de Melos⁶

RESUMO

O compartilhamento imobiliário é uma inovadora forma de exploração econômica de espaços residenciais ociosos que veio ao encontro de necessidades de implementação de formas econômicas sustentáveis, em face da consciência sobre a essencialidade e a escassez dos recursos materiais. Essa, dentre outras tantas, é uma modalidade de negócio que parece preencher uma importante lacuna na distribuição racional dos meios materiais disponíveis ao ser humano, prestando-se ao patrimônio um caráter mais utilitário, reduzindo-se, assim, o desperdício. Com o avanço da tecnologia digital e o advento da internet, tendo como pioneira a empresa Airbnb, surgiram as plataformas virtuais de compartilhamento de cômodos com fins de hospedagem. O compartilhamento imobiliário nasceu acompanhado de inegáveis benefícios, mas fez surgir conflitos de interesse em determinados setores da sociedade. Não poderia ser diferente. Quando se fala em direito imobiliário, se está a tratar de um assunto que afeta a vida de qualquer pessoa, que envolve um importante setor da economia do país e que implica múltiplas formas e regras que

⁵ **Aline Burin Cella** é Mestre em Direito pela UNISC e professora dos Cursos de Graduação e Pós-graduação Lato Sensu da UNISC. Coordenadora dos Cursos de Direito da UNISC em Capão da Canoa e Montenegro. Coordenadora do Projeto de Extensão Fiscal Aprendiz. Advogada. E-mail: alinecella@unisc.br.

⁶ **Alberto Carvalho de Melos** é oficial da reserva do Exército Brasileiro, advogado, graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, pós-graduando em Direito Imobiliário pela Universidade de Santa Cruz do Sul e pós-graduando em Direito Penal e Processual Penal pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. E-mail: allberto.melos@gmail.com.

lhes dizem respeito. Assim, utilizando-se do método dedutivo e de técnicas de pesquisa bibliográfica e normativa, o presente estudo buscou compreender os principais aspectos do compartilhamento imobiliário, a partir da análise das fontes do direito brasileiro e comparado existentes.

Palavras-chave: Compartilhamento; Imobiliário; Plataforma.

1 | INTRODUÇÃO

A relação entre as pessoas passou por profundas transformações nas últimas décadas em função da integração que, de forma revolucionária, as redes de contato, originadas a partir da tecnologia da informação digital, tornou possível.

A *internet* não serviu de instrumento apenas para que as pessoas se aproximassem virtualmente umas das outras, formando redes de relacionamento social e substituindo canais tradicionais de comunicação. A utilidade da integração que a *web* propiciou foi além da interação com objetivos de relacionamento interpessoal, ou como meio de divulgação de opiniões. A malha digital fomentou a operacionalização de negócios de forma muito mais ágil, descomplicada e inovadora.

O compartilhamento e a otimização de recursos são pressupostos de uma nova forma de economia que teve sua gênese possibilitada pela expansão e pela popularização da tecnologia digital. O desenvolvimento de plataformas diversas permitiu que fosse possível aproximar interesses comuns, recíprocos e inter-relacionados, tendo como resultado o implemento de aplicativos como: *Uber*, *Blá Blá Car*, *Airbnb*, *Yellow*, *Rentrella*, dentre tantos outros.

Refletindo-se sobre esse movimento sem precedentes pelo qual passa a sociedade humana, em que se percebe uma cobertura cada vez mais ampla de soluções tecnológicas práticas, parecem irrefutáveis os seus benefícios para a economia, para o meio ambiente e para as pessoas em particular. Todos os recursos que a tecnologia digital oferece encontram sentido no princípio da livre iniciativa que rege e impulsiona a economia nas sociedades democráticas.

Entretanto, a dinâmica das relações humanas, o avanço da

ciência e a criação de novos mercados e de novas formas de economia exige das sociedades organizadas que estas estejam atentas aos reflexos que tais movimentos, inevitavelmente, provocam no mundo do direito, de modo a indicar uma permanente adequação jurídica que possibilite, por meio das suas diversas fontes, a necessária regulação.

O que o presente artigo propõe é, a partir das fontes do direito pátrio existentes e de algumas compilações do direito comparado, uma análise sobre os aspectos jurídicos que envolvem o compartilhamento imobiliário realizado por meio de plataformas digitais, uma modalidade de negócio que, pela praticidade advinda da tecnologia digital associada ao seu caráter econômico, notoriamente, tem se tornado cada vez mais popular e usual.

No Brasil, não há, ainda, um complexo de normas jurídicas cujo conteúdo seja destinado especificamente a descrever e regulamentar o tema. O esforço aqui se concentrará em apurar as fontes legislativas e jurisprudenciais já produzidas sobre o assunto, a partir da análise do arcabouço pátrio e do direito comparado e, ainda, do projeto de lei em processo no País.

O trabalho não pretende submeter tais conhecimentos a um juízo crítico. Mesmo porque sobre um tema com reflexos tão profundos e significativos para a sociedade e que atinge tantas áreas da organização social, é de se esperar que sua consolidação ainda não tenha ocorrido e que as soluções jurídicas adotadas até o momento sofram de relativa precariedade. O que se pretende, ao contrário, é demonstrar as ideias tendentes à estabilização, expor pontos divergentes que carecem de uma reflexão mais profunda e de mais tempo de maturação e, ainda, compreender como algumas sociedades estrangeiras enxergam a questão.

2 | O CONFLITO EXPOSTO NA JURISPRUDÊNCIA

No Brasil, o tema do compartilhamento imobiliário passou a produzir jurisprudência a partir de conflitos entre condomínios edilícios com destinação residencial e condôminos que queriam

explorar economicamente seus espaços privados excedentes. Nesses litígios, por um lado estava o condomínio, não querendo permitir a locação de suas unidades na modalidade compartilhada e, por outro, o condômino, exigindo o direito de livre disposição de sua área privativa.

Conforme é possível observar, basicamente, o que tem exigido a formação de jurisprudência em relação ao assunto é a controvérsia entre os limites do exercício do direito fundamental da propriedade por parte do condômino em face dos interesses do condomínio que tem seus direitos regulados a partir das regras edilícias.

Como já observado, a questão está inserida num contexto social modificado pela modernidade tecnológica. Seus múltiplos aspectos até este momento não se encontram suficientemente debatidos e alguns parecem permanecer numa zona de indefinição jurídica e as fontes legislativas existentes, em tese, aplicáveis ao compartilhamento de imóveis não se mostram adequadas.

No Poder Judiciário, o desenredo das controvérsias tem sido alcançado a partir da aplicação subsidiária de institutos congêneres (cite-se, principalmente: Lei do Inquilinato e Lei de Política Nacional do Turismo), associada à intensa atividade hermenêutica dos julgadores.

Serão apresentadas, a seguir, duas das principais referências jurisprudenciais relacionadas ao assunto, as quais representam importantes marcos do debate no âmbito jurisdicional.

2.1 Recurso Especial (REsp) nº 1.819.075/RS

O REsp nº 1.819.075/RS – que teve origem em uma disputa judicial entre um condomínio residencial da cidade de Porto Alegre-RS e a proprietária de uma de suas unidades autônomas – representa um marco nas discussões sobre o compartilhamento imobiliário promovido por plataformas digitais.

O que foi decidido no recurso constitui-se em precedente importante porque traz à luz certos conflitos em matéria de

Direito Civil, revelando situações que podem afetar interesses de terceiros.

Nesse julgado, dois aspectos foram considerados (ainda que não definitivamente) como precursores para as decisões que posteriormente seriam adotadas.

O primeiro diz respeito à natureza jurídica da modalidade de negócio que melhor descreve o compartilhamento imobiliário e de seu correspondente enquadramento legal. No presente caso, o STJ concluiu tratar-se de modelo híbrido que congrega características da locação residencial por temporada prevista no artigo 48 da Lei das Locações (BRASIL, 1991), e de meio de hospedagem, conforme preceitos da Política Nacional de Turismo aprovada pela Lei nº 11.771/2008 (BRASIL, 2008).

Outra questão decidida foi a de não permitir a relativização da destinação (moradia ou comercial) dada ao condomínio pelos seus próprios consortes. Há que se reparar que, no caso em comento, o condomínio possuía destinação exclusivamente residencial, o que não se permitiria, em tese, explorar comercialmente nenhuma de suas unidades autônomas.

Percebe-se no julgado, que a maior polêmica ainda gira em torno de definir se o compartilhamento de acomodações que originalmente são residenciais, as tornaria comerciais. Para o Ministro Luis Felipe Salomão, por exemplo, não é possível categorizar a atividade “como comercial, igualando-a àquelas realizadas por estabelecimentos dotados da estrutura para o fornecimento dos serviços inerentes à hospedagem”.

Esse ponto de vista está longe de ser unanimidade entre operadores do direito, tanto que houve divergência entre os membros da turma que julgou o recurso e denota uma questão crucial a ser dirimida para pacificação da matéria.

2.2 Recurso Especial nº 1.884.483/PR

Da mesma forma que o julgado anterior, o REsp nº 1.884.483/PR (BRASIL, 2021) decorre de conflito de interesses entre um condômino e seus consortes em razão de regra imposta pela

convenção condominial proibindo o compartilhamento de suas unidades autônomas.

Enriquecendo a matéria, merece destaque nos fundamentos da relatoria do presente recurso o aprofundamento do conceito de residência, a bem de definir se o uso compartilhado de uma unidade autônoma de condomínio de uso residencial violaria ou não sua convenção. Na compreensão do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (BRASIL, 2021), residência é um conceito necessariamente revestido do caráter de morada estável e não se aplica a hóspedes.

Outro ponto relevante destacado pelo relator são as potenciais violações ao direito de vizinhança caracterizadas pela afetação do sossego, salubridade e segurança.

Como análise final, o que permanece assentado na jurisprudência brasileira é a plena autoridade da convenção condominial em detrimento de interesses particulares conflitantes.

3 | LEGISLAÇÕES E PROPOSTAS

Ainda não existe no arcabouço brasileiro uma lei voltada exclusivamente a disciplinar a utilização econômica de acomodações na forma de compartilhamento.

Não houve, ainda, uma preocupação em se elaborar um agregado normativo cujo conteúdo esteja voltado a disciplinar a negociação – uma regulação com foco na proteção jurídica- dos direitos envolvidos.

No Brasil, apesar da inércia do Poder Legislativo em debater e regular o compartilhamento de cômodos e hospedagem por meio de plataformas digitais, já existe uma base principiológica dentro do Marco Civil da Internet – Lei nº 12.965/2014 (BRASIL, 2014) e da Lei Geral de Proteção de Dados – Lei nº 13.709/2018 (BRASIL, 2018) que coloca expressamente os valores sociais e econômicos num patamar de importância fundamental, também, nas relações originadas no ambiente virtual da rede mundial de computadores.

3.2 Leis municipais

Dois foram os municípios brasileiros que primeiro se dedicaram a produzir no seu âmbito de competência uma norma legal direcionada a regular as locações imobiliárias operadas por intermédio das plataformas de compartilhamento.

Os dois municípios – Caldas Novas-GO e Ubatuba-SP – têm como característica comum o turismo como atividade econômica principal. Caldas Novas, no interior do estado de Goiás, é conhecida pela exploração turística das suas estações termais e Ubatuba é uma cidade do litoral paulista que, pela própria natureza geográfica e climática, vive das atividades de veraneio.

Certamente o potencial turístico dessas cidades fomenta a procura imobiliária por curtos períodos e serviu de motivação para criação das respectivas leis.

3.2.1 Lei Complementar Municipal nº 099, de 18 de dezembro de 2017

Pioneira no Brasil, a lei de Caldas Novas (CALDAS NOVAS, 2017) procurou suprir nos limites da municipalidade as lacunas existentes por falta de regulação federal. A referida lei, conforme fixado no próprio texto, se propõe a regulamentar “a exploração de imóveis residenciais como meio de hospedagem remunerada no município”.

É interessante destacar que a lei municipal está baseada em definições contidas tanto na Lei das Locações Imobiliárias – Lei nº 8.245/1991 (BRASIL, 1991), quanto da Lei da Política Nacional de Turismo – Lei nº 11.771/2008 (BRASIL, 2008). É uma norma que tem natureza prioritariamente de controle e arrecadação de tributo de competência municipal, mas que também estabelece regras complementares que se prestam a disciplinar relações jurídicas diversas.

Além da parte conceitual, a lei divide-se em campos destinados a: estabelecer condições para oferta e uso do imóvel; estabelecer regras para imóveis residenciais integrantes de condomínios;

criar obrigações tributárias; tipificar infrações administrativas; cominar penalidades; além das disposições gerais.

Cabe destacar, a título de exemplo, que no campo das condições, somente o proprietário do imóvel pode explorar o imóvel residencial como meio de hospedagem remunerada, o que constitui em tácita vedação ao que poderia ser classificado como sublocação.

Outra vedação imposta pela lei do município goiano é a de utilizar para fins econômicos na forma de hospedagem a unidade condominial cuja convenção desautoriza tal prática. Essa norma parece pretender evitar a ocorrência de conflitos entre condomínios e condôminos, como se referiu nas seções anteriores sobre jurisprudência. Ou, quando permitida pelo condomínio, impondo a submissão do hóspede ao regramento de sua convenção.

Por último, importante frisar que a referida lei cria a obrigação de informar ao fisco municipal o recolhimento de tributos como: taxa anual de funcionamento e imposto sobre serviço de qualquer natureza, devidos pela exploração imobiliária residencial como meio de hospedagem.

3.2.2 Lei nº 4.050, de 20 de dezembro de 2017

De modo semelhante à legislação de Caldas Novas, a Lei nº 4.050/2017 (UBATUBA, 2017), criada pelo legislativo municipal de Estância Balneária de Ubatuba, iniciou por reconhecer (artigo 1º) o exercício das atividades residenciais para fins turísticos, estabelecendo os critérios condicionantes para tal. Para essa forma de exploração econômica da atividade de hospedagem foi adotado o designativo “Cama & café e residenciais por temporada”.

A lei do município paulista, tal qual sua assemelhada, é essencialmente tributária impondo, contudo, certas exigências para o regular exercício da atividade.

Também importante observar o que dispõe a referida lei quanto à exploração da atividade de hospedagem em condomínios, cujo teor do seu artigo 5º expressa que “estes deverão ter autorização expressa em ata para a prática da atividade, que deverá ser

registrada em seus atos constitutivos, devendo ser apresentada na solicitação da licença e deixada cópia na unidade para exibição da Fiscalização [...]”.

Para caracterização da atividade “Cama & café e residenciais por temporada” criada pela Lei de Ubatuba, estipulou-se um limite de quarenta e cinco diárias ininterruptas como critério.

Além disso, naquilo que é aplicável à lei municipal, ela faz referência tão somente à Lei de Política Nacional de Turismo – Lei nº 11.771/2008 (BRASIL, 2008).

3.3 Projeto de lei nº 2.474/2019

De autoria do Senador Angelo Coronel (PSB/BA), o Projeto de lei nº 2.474/2019 (BRASIL, 2019) foi proposto em 23 de abril de 2019 e tem por objeto a alteração da Lei das Locações Urbanas para, em linhas gerais, adaptá-la à realidade da disponibilização dos imóveis urbanos por plataformas virtuais de compartilhamento.

O projeto legislativo em tela, basicamente, intenciona confirmar o caminho seguido pela jurisprudência, conferindo à convenção de condomínio edilício total respaldo para permitir ou impedir que algum condômino possa dispor de sua área privativa, quando se tratar de locação por temporada mediada por aplicativo ou plataforma digital.

Segundo o autor do projeto (BRASIL, 2019), “a proposição que trazemos considera a vontade dos condôminos como o principal fator a ser considerado [...]”.

No texto do projeto, são ainda previstas regras secundárias de responsabilidade civil e de direito consumerista, ambas aplicáveis ao locador.

Pela obviedade, ao tratar-se de uma proposta de alteração de texto legal que regula matéria contratual típica, já consolidada no direito brasileiro, se está a incluir o compartilhamento imobiliário como subespécie de locação urbana. Parece não restar dúvida que o legislador, nesse caso, pretende firmar a novel modalidade como locação por temporada com características e regras especiais.

É importante mencionar que no Parecer do Relator da CCI

(BRASIL, 2019), Senador Randolfe Rodrigues (REDE/AP), o voto foi pela rejeição do projeto. Na análise de mérito o relator declara não acreditar que “a locação de imóvel por curta temporada em apartamento residencial localizado em condomínio edilício possa gerar efeitos potencialmente negativos em relação aos vizinhos [...]”.

Atualmente, o Projeto de lei nº 2.474/2019 encontra-se em estudo pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado Federal, incluída na pauta de votação.

São posicionamentos divergentes, como ocorreu nas discussões de mérito que levaram aos julgamentos comentados anteriormente.

4 | O DIREITO COMPARADO

Blanco (2021) ao tratar da tendência vista em vários países de restringir, ou mesmo de impedir a utilização de imóveis na forma como é praticada pelas plataformas de compartilhamento, aponta alguns fatores que parecem ter motivado essa reação.

De acordo com o autor, um dos temores é que, por conta da exagerada disponibilização para hospedagem por meio de compartilhamento, haja um desequilíbrio de mercado e a oferta em grandes cidades de imóveis para locação de longo prazo diminua e, por consequência, o preço do aluguel aumente demais.

Além disso, ainda segundo Blanco (2021), outro sintoma do uso exacerbado dos imóveis residenciais para hospedagem por meio das plataformas percebido em algumas cidades norte-americanas e europeias é a chamada “turistificação” que pode ser explicada como uma invasão massiva de turistas em determinada região da cidade. Esse fenômeno ocorre quando, por falta de planejamento, determinados destinos turísticos acabam sofrendo degradação urbana ambiental pela sobrecarga de pessoas. Por conta disso, há uma predisposição à perda de habitabilidade do local em função do desconforto e da rejeição de seus moradores.

A fim de exemplificar, a seguir serão apresentadas algumas considerações acerca do que dispõe a lei francesa em relação à Paris e, também, a lei espanhola em relação à sua capital.

4.1 Disposições contidas na legislação francesa

A lei analisada nesta seção é o *Code de la construction et de l'habitation* (Código de Construção e Habitação, em tradução nossa).

Fica bastante evidente pelo trecho a seguir (RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, 2022) a preocupação em manter a organização urbana impedindo a alteração desordenada da destinação de imóveis que foram construídos para uso residencial, numa área para esse fim, em empreendimentos comerciais que o compartilhamento por intermédio das plataformas está provocando. Segundo a lei francesa:

Le fait de louer un local meublé destiné à l'habitation de manière répétée pour de courtes durées à une clientèle de passage qui n'y élit pas domicile constitue un changement d'usage au sens du présent article.⁷

Blanco (2021) ainda explica que a legislação francesa no intento de frear o uso

em larga escala das plataformas de compartilhamento imobiliário, em especial da Airbnb, criou um mecanismo de compensação complexo para aqueles proprietários que possuem uma segunda residência e desejam explorá-la economicamente por meio das plataformas.

Para esses casos eles deverão apresentar outras instalações comerciais no mesmo distrito e transformá-las em residências cuja superfície deverá ter o dobro do imóvel explorado.

Condições como essas são de difícil implementação e, claramente, visam desestimular o uso de instalações residenciais para fins de locação de curta temporada, entendendo isso como atividade comercial.

⁷ O fato de alugar um local mobiliado destinado a moradias repetidamente por curtos períodos para uma clientela que não se reside ali constitui uma mudança de uso dentro do significado deste artigo.

4.2 Disposições contidas na legislação espanhola

Barcelona, segundo Blanco (2021), é considerada uma importante cidade a confrontar a plataforma Airbnb. A cidade espanhola cuida de tornar-se uma referência mundial do turismo sustentável.

Da mesma forma que a francesa, a legislação hispânica é forte no controle e preocupação com o desequilíbrio que o uso das residências para fins preponderantemente econômicos possa acarretar ao plano urbanístico das cidades.

Um dos instrumentos legais que bem demonstra essa forma de regulação urbanística é o *Pla especial urbanístic per a la regulació dels establiments d'allotjament turístic, albergs de joventut, habitatges d'ús turístic, llars compartides i residències col·lectives docents d'allotjament temporal a Barcelona*⁸, que está inserido na legislação municipal da cidade de Barcelona.

Para ilustrar, destaca-se no referido Plano Urbanístico (BARCELONA, 2021, grifo do autor) trecho que se referem às normativas relativas ao uso de imóveis residenciais como alojamento, segundo o qual:

Article 22. Determinacions generals

L'establiment de nous habitatges d'ús turístic resta subjecte al compliment de les condicions següents:

[...]

c. Que l'ús sigui admès pel planejament.

*d. L'adequació a les condicions zonals regulades en l'article 23.*⁹

A exemplo da lei francesa, a espanhola segue a mesma ideia

⁸ Plano urbano especial para a regulamentação de estabelecimentos de alojamento turístico, albergues para jovens, habitações turísticas, casas compartilhadas e ensino de residências coletivas de alojamento temporário em Barcelona.

⁹ Artigo 22. Determinações gerais

O estabelecimento de novas casas para uso turístico está sujeito ao cumprimento das seguintes condições:

[...]

d. Adaptação às condições zonais reguladas no artigo 23.

de preocupação mais urbanística do que propriamente regular a atividade em todos os seus aspectos jurídicos.

CONCLUSÃO

Como visto, ante a inexistência de fonte legislativa própria, no Brasil prepondera a jurisprudência para resolução de questões afetas ao compartilhamento imobiliário. Usadas subsidiariamente, a Lei do Inquilinato e a Lei de Política Nacional de Turismo, por hora, no âmbito dos condomínios edilícios, o entendimento que prevalece é de que a convenção condominial tem autoridade para vedar ou autorizar o compartilhamento das suas áreas privativas. Embora não haja unanimidade quanto a isso.

Em relação ao Projeto de Lei comentado, este parece tratar o modelo analisado como sendo uma locação por temporada com características especiais e querer confirmar o caminho seguido pela jurisprudência, conferindo à convenção de condomínio edilício o poder de permitir ou não o compartilhamento imobiliário de suas áreas privativas. Mais uma vez, opiniões divergem sobre o mesmo tema.

No que tange às leis municipais brasileiras, nota-se uma preocupação com a regulação da locação e da hospedagem de curta temporada, que incluiu aquelas operadas por plataformas de compartilhamento, e que provavelmente se deve ao fato das duas cidades (Caldas Novas-GO e Ubatuba-SP) terem como a atividade turística como principal fonte de recursos. Contudo, o fato comum observado nas duas legislações é que seu conteúdo tem caráter prioritariamente controlador e tributário, embora contenha regras voltadas a disciplinar relações civis no âmbito municipal.

Por último, o que se depreende da legislação estrangeira verificada é que ambas estão voltadas a evitar prejuízos para as cidades (principalmente alteração do plano urbanístico) e tributários que uma expansão descontrolada da exploração econômica dos imóveis residenciais, através das plataformas, possa provocar.

REFERÊNCIAS

AJUNTAMENT BARCELONA. **El Pla especial urbanístic d'allotjaments turístics (PEUAT)**. Regula la implantació d'establiments d'allotjament turístic, així com d'albergs de joventut, habitatges d'ús turístic i llars compartides. [s.l.], 2022. Disponível em: <https://ajuntament.barcelona.cat/pla-allotjaments-turistics/ca>. Acesso em: 3 jul. 2023.

BLANCO, Antonio. Leis anti-Airbnb- O que vem por aí. **Revista Eletrônica Migalhas**, [s.l.], 16 set. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/351673/leis-anti-airbnb--o-que-vem--por-ai>. Acesso em: 3 jul. 2023.

BRASIL. **Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991**. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Brasília, DF: Presidência da República, [2012]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8245.htm. Acesso em: 3 jul. 2023.

BRASIL. **Lei 11.771, de 17 de setembro de 2008**. Dispõe sobre a Política Nacional de Turismo [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2008]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11771.htm. Acesso em: 3 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. **Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm?msclkid=6f2ec5d7c1c211ecaa71863b19151feb. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 2.474, de 23 de abril de 2019**. Propõe a alteração da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, para disciplinar a locação de imóveis residenciais por temporada por meio de plataformas de intermediação ou no âmbito da economia compartilhada. Brasília, DF: Senado Federal, [2019]. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136443>. Acesso em: 3 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.819.075-RS**. DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONDOMÍNIO EDÍLIO RESIDENCIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. LOCAÇÃO FRACIONADA DE IMÓVEL PARA PESSOAS SEM VÍNCULO ENTRE SI, POR CURTOS PERÍODOS. [...]. Recorrentes: Monica Dutczak e Gyan Celah dos Santos. Recorrido: Condomínio Edifício Coorigha. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 20 de abril de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900606333&dt_publicacao=27/05/2021. Acesso em: 3 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.884.483-PR**. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ASSEMBLEIA CONDOMINIAL. CONVENÇÃO. DESTINAÇÃO EXCLUSIVAMENTE RESIDENCIAL. PREVISÃO. LOCAÇÃO. PRAZO INFERIOR A 90 (NOVENTA) DIAS. PROIBIÇÃO. POSSIBILIDADE. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. ART. 1.336, IV, DO CÓDIGO CIVIL. USO DE PLATAFORMAS DIGITAIS. ASPECTO IRRELEVANTE. [...]. Recorrente: Marcelo José Baccarin Costa. Recorrido: Condomínio Edifício Infante de Sagres. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 23 de novembro de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001740396&dt_publicacao=02/02/2022. Acesso em: 3 jul. 2023.

CALDAS NOVAS. **Lei Complementar Municipal nº 099, de 18 de dezembro de 2017**. Que regula a exploração de imóveis residenciais como meios de hospedagem remunerada no município de Caldas Novas/GO, e dá outras providências. Caldas Novas: Câmara de Vereadores, [2017]. Disponível em: <https://www.caldasnovas.go.gov.br/wp-content/uploads/2018/08/Lei-Complementar-099-2017.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2023.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. **Code de la construction et de l'habitation**. Version au 01 juillet 2023. En vigueur depuis le 10 mars 1977. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006074096/LEGISCTA_000019286496/. Acesso em: 3 jul. 2023.

UBATUBA. **Lei nº 4.050, de 20 de dezembro de 2017**. Estabelece a regulamentação das hospedagens Cama & Café e Residenciais por Temporada no Município de Ubatuba, [2017]. Ubatuba: Câmara de Vereadores. Disponível em : https://www.ubatuba.sp.gov.br/diariooficial/lei_2017_4050/. Acesso em: 3 jul. 2023.

DIREITO MÉDICO PREVENTIVO: UMA FORMA DE MINIMIZAR OS IMPACTOS DECORRENTES DA JUDICIALIZAÇÃO NA RELAÇÃO MÉDICO x PACIENTE

Elis Lauxen¹⁰

Maria Amélia de Campos Miranda¹¹

RESUMO

Com o passar dos anos e a conseqüente evolução da Medicina e das ciências tecnológicas, as ciências jurídicas precisaram se adaptar a estas mudanças e às transformações socioculturais. Assim, com o advento do Direito Médico, responsável por proporcionar reflexões acerca das ciências médicas e ajustá-las às ciências jurídicas, surgiu também uma nova forma de minimizar os riscos das demandas judiciais na relação médico-paciente, o chamado Direito Médico Preventivo. A presente pesquisa é resultado dos estudos alcançados em tese de monografia apresentada ao final do Curso de Direito, realizada através do método quali-quantitativo e teve como objetivo principal averiguar as contribuições da Bioética e do Biodireito como caráter preventivo para minimizar a judicialização em massa da saúde e os seus impactos decorrentes no âmbito da relação médico-paciente. Ainda, foram analisados alguns temas como a responsabilidade civil médica, os aspectos históricos da evolução da medicina e decisões sobre erro médico proferidas em todo o país, concluindo-se pela efetivação do Direito Médico Preventivo na minimização dos impactos decorrentes da judicialização na relação médico-paciente, quando empregado.

¹⁰ (Docente do Departamento de Ciências Jurídicas da UNISC, Doutora em Ciências Médicas pela UFRGS e Mestre em Direito pela UNISINOS)

Endereço eletrônico: eclauxen@unisc.br

¹¹ (Advogada, Bacharel em Direito pela UNISC)

Endereço eletrônico: mariamiranda@mx2.unisc.br

Palavras-chave: Bioética; Biodireito; Direito Médico; Direito Médico Preventivo; Judicialização.

1 | INTRODUÇÃO

O presente artigo possui como tema o caráter preventivo do Direito Médico como forma de minimizar os impactos decorrentes da judicialização na relação médico-paciente.

A problemática que levou à escolha do tema se caracteriza pelo fato de que com o passar dos anos e a conseqüente evolução da Medicina e das ciências tecnológicas, as ciências jurídicas, apesar da natureza necessariamente conservadora, precisaram adaptar-se a estas mudanças e às transformações socioculturais que acompanharam este desenvolver, seja de forma judicial ou extrajudicial.

Das mudanças vivenciadas pela sociedade ao longo da história, a fusão entre as mudanças científico-tecnológicas e as jurídicas refletem no dia-a-dia de juristas e profissionais da saúde. Estes, por sua vez, precisam encarar, além dos problemas comuns da profissão, o elevado número de demandas jurídicas relativas à saúde, sem compreender o motivo de uma mudança tão rápida de comportamento na relação médico x paciente, agora também considerado consumidor.

Devido a isso, além do desenvolvimento de uma nova área jurídica que trate apenas das questões relativas à relação médico-paciente, a possibilidade de prevenir-se contra ações judiciais tornou-se um nicho para quem atua na área do Direito Médico. Isso porque as dificuldades no exercício da Medicina trazem à tona a necessidade dos profissionais em adotarem ferramentas protetivas e se adaptarem ao cenário da crescente judicialização na relação médico-paciente.

Para o artigo científico, foi aplicada a pesquisa de natureza aplicada, com abordagem quali-quantitativa, utilizando para tanto as técnicas de pesquisa de descrição do estudo bibliográfico e jurisprudencial, bem como a análise de dados pertinentes. Foram utilizados o método de abordagem indutivo; métodos de procedimento histórico, comparativo, estatístico, estruturalista e monográfico; e método de interpretação jurídica sistemática.

2 | A RELAÇÃO MÉDICO X PACIENTE E O DIREITO MÉDICO: ASPECTOS HISTÓRICOS E BIOÉTICOS

Para compreender a trajetória evolutiva da relação entre médicos e pacientes, bem como a necessidade de sua regulamentação, faz-se necessária a análise histórica e bioética dos aspectos que permeiam tal relação. Além disso, entender de que forma a Medicina evoluiu ao longo dos anos, gerando impactos em todos os setores da sociedade, alcançando inclusive o Poder Judiciário, é um dos objetivos do presente estudo.

De acordo com Alessandra Souza (2020, p. 9), desde os primórdios da humanidade a figura do médico na sociedade é tão presente tal como a existência da doença e da dor. Porém, o papel do médico transcende o estudo acerca de doenças e doentes, possuindo a ciência médica também o objetivo de orientar e esclarecer os legisladores na criação de leis acerca de fatos médicos e, assim, auxiliar o juiz a avaliar a gravidade da doença e valorar o grau de danos decorrentes de erro médico.

Segundo Dantas (2021), na Grécia foram desenvolvidos estudos que favoreceram a medicina com características mais científicas, em comparação com outros aspectos irracionais e empíricos antes predominantes. Tais estudos (século V a. C.), criaram o “*Corpus Hippocraticum*”, do qual a síntese mais conhecida é o juramento até hoje repetido pelos médicos em todo o mundo.

Dantas (2021, p. 61) elucida ainda que, com a chegada da Era Moderna, a abrangência e a velocidade das transformações científicas, médicas e tecnológicas transformaram irreversivelmente os fundamentos da relação médico-paciente. O autor explica que dois fatores de grande relevância colaboraram para a despersonalização da figura do médico: a disseminação dos atendimentos em grandes hospitais e centros de saúde, e o crescente nível de especialização dos profissionais.

A evolução foi tamanha que, ao discorrer acerca da medicina convencional para a “medicina dos 4 P’s” (preventiva, preditiva, personalizada e proativa), Dantas e Nogaroli (2020, p. 15), explicitam que as novas tecnologias estão transformando todo o sistema de saúde, sobretudo as ferramentas tecnológicas para

auxílio dos cuidados da saúde (telemedicina, aplicações médicas em *smartphones* e robôs de assistência e cirúrgicos); e dados de saúde em massa, que possibilitam os algoritmos de *deep learning* (aprendizado profundo) da inteligência artificial. Tais avanços tecnológicos, além do “*big data*”, também contribuem para uma revolução na ciência médica.

Já no Brasil, as alterações mais significativas foram observadas a partir da década de 1970, com a expansão dos movimentos sociais e a necessidade de se formalizarem propostas para assistir os grupos mais vulneráveis. No começo da década de 1980, a sociedade brasileira presenciou a Reforma Sanitária, em que a classe médica passou a questionar a saúde no país e defender o acesso universal do direito à saúde.

Com isso, no ano de 1986, aconteceu a 8ª Conferência Nacional da Saúde, que teve como finalidade promover a saúde pública no Brasil, resultando na formação do tema na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), que determina o direito à saúde como dever do estado, oportunidade em que também ficou estabelecida a possibilidade de indenização por danos morais, incluindo a favor de pacientes prejudicados por condutas médicas ilícitas.

Com relação aos aspectos bioéticos que permeiam a relação médico x paciente, segundo Goldim (2006, p. 91), “[...] a Bioética é uma reflexão compartilhada, complexa e interdisciplinar sobre a adequação das ações que envolvem a vida e o viver.”, ao conceituar a Bioética em uma análise de sua competência intercultural. Sendo assim, verifica-se que além de sua complexidade, a Bioética permite refletirmos de forma interdisciplinar acerca de questões referentes à vida, possibilitando, assim, o estudo desta área juntamente às ciências jurídicas, por exemplo.

Segundo Souza (2020, p. 14), no ano de 1979, dois relatores da Comissão Nacional Americana para Proteção de Sujeitos Humanos nas Pesquisas Biomédicas e Comportamentais, Tom Beauchamp e James Childress, analisaram os princípios basilares da ética e escreveram a obra que, até os dias atuais, é referência mundial no assunto, conhecida como *Principles of Biomedical*

Ethics. Desde então, a bioética passou a ser constituída pelos quatro princípios fundamentais da autonomia; beneficência; não maleficência; e justiça (ou equidade), que compõem a chamada Corrente Principlalista, responsável por formar os fundamentos e a análise base da bioética.

Quanto ao biodireito, de acordo com Rivabem (2017, p. 283), os debates decorrentes do desenvolvimento biotecnológico têm forçado também a revisão de institutos clássicos do direito. Para dar conta das novas questões jurídicas que se apresentam, vem se desenvolvendo o que se denominou “biodireito” (*biolaw*). Segundo o autor, pode-se dizer que o biodireito é a manifestação jurídica da bioética.

Ultrapassada essa análise, passa-se ao desenvolvimento da compreensão acerca dos impactos decorrentes da judicialização na relação médico-paciente nos dias atuais, necessária para atingir os objetivos da presente pesquisa.

3 | IMPACTOS DECORRENTES DA JUDICIALIZAÇÃO NA RELAÇÃO MÉDICO X PACIENTE NOS DIAS ATUAIS

A partir da autonomia do paciente, principalmente através da informação e do esclarecimento livre e esclarecido, a relação entre médico e paciente passou a modificar-se, tornando-se mais simétrica. Sendo assim, na conjuntura atual de aumento da judicialização a partir de conflitos evitáveis nesta relação, a dificuldade em evitar os litígios pode decorrer justamente da passividade imposta ao paciente ao longo da história.

De acordo com Vasconcelos (2017 apud OLIVEIRA, 2013; CONTIJO, 2010; CAMPOS et. al., p. 82-83), no Brasil, são presentes dois contextos que se associam pela aproximação com a medicina: a judicialização da saúde e a judicialização da medicina. A judicialização da saúde refere-se à procura de pacientes pela realização do direito à saúde de forma ampla, em face do poder público ou ente privado, como as operadoras de saúde; enquanto a judicialização da medicina abrange as questões relativas aos problemas decorrentes da relação entre médicos e pacientes.

O último Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa, com o tema “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução”, realizado em 2019 pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), apresentou os dados relativos à judicialização da saúde no Brasil.

Na referida pesquisa, foram analisados os acórdãos por objeto (vagas; erro médico; exames; imunização; insumo ou materiais; insumos; internação; leitos; medicamento; procedimentos; órteses, próteses e meios auxiliares; transplante; e vagas) e região (norte; nordeste; sudeste; sul; e centro oeste).

Segundo o CNJ (2019), é notável a alta demanda por produtos (Insumo ou Materiais, Órteses, Próteses e Meios Auxiliares) e medicamentos. Além disso, também há uma alta demanda por exames e por leitos, seguidos por internações.

Com isso, conclui-se que a alta nos números relativos à “judicialização da saúde”, como um todo, ainda é maior do que à “judicialização na relação médico-paciente”, uma vez que a maioria dos objetos pesquisados tratam de demandas em face de Entes Federativos, no âmbito do SUS (Sistema Único de Saúde). O mesmo fenômeno ocorre na relação médico-paciente, no âmbito particular e/ou envolvendo operadoras de saúde, apesar de ser em menor proporção, conforme verificado.

Acerca da análise de decisões proferidas pelo Poder Judiciário no Brasil, na presente pesquisa, foi realizada a análise de decisões proferidas em 5 (cinco) tribunais estaduais, um de cada região do país, sendo eles: TJRS (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, referente à região Sul); TJSP (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, referente à região Sudeste); TJMT (Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, referente à região Centro-oeste); TJPE (Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, referente à região Nordeste); e TJRO (Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, referente à região Norte).

Foram analisadas 10 (dez) decisões de cada tribunal, totalizando 50 (cinquenta) ementas objeto de análise, sendo que os tribunais foram escolhidos de forma aleatória e de acordo com a facilidade de acesso e pesquisa dos sítios.

Além disso, as decisões analisadas tiveram como objeto de pesquisa o termo “erro médico”, sendo que realizou-se a busca somente por decisões relativas a apelações cíveis, em ações indenizatórias, na ordem dos recursos mais recentes aos mais antigos, de modo a tornar a pesquisa mais pontual e fidedigna.

A análise das decisões de diferentes tribunais de todo o país indicou que apesar da alta demanda de distribuições de ações relativas a erro médico, boa parte das decisões em segundo grau têm o recurso não provido. Com base nessas informações e na breve análise, não é possível afirmar que a maioria das ações de indenização por erro médico no Brasil são julgadas improcedentes, porém nota-se que não é raro os recursos possuírem este resultado por falta de provas, ou até mesmo profissionais médicos serem excluídos do polo passivo da ação por ilegitimidade passiva, mesmo sendo consolidado pelo STF o entendimento da não responsabilização do agente público na esfera cível. Enquanto isso, os tribunais de todo o país viram palco para os litígios que se iniciam em hospitais, centros cirúrgicos e consultórios, e, não raro, conforme demonstrado, sustentam processos judiciais que perduram por muitos anos.

Com relação aos impactos decorrentes da pandemia do novo Coronavírus na relação médico x paciente, ao discorrer sobre a responsabilidade civil do médico durante a pandemia, Levada (2020) conclui que, no cenário pandêmico, presume-se de meio a obrigação do médico, bem como a existência (em seu favor) de causas excludentes de nexos, garantindo-lhe ampla liberdade para que exerça seu poder em favor de uma sociedade até então abalada por uma doença que só os profissionais da saúde podem combater.

Portanto, evidencia-se que a pandemia do novo Coronavírus trouxe inúmeras alterações práticas em diversas esferas da sociedade, e com isso a necessidade de adaptação em todas elas. Na relação médico-paciente não foi diferente, sobretudo por tratar-se de uma relação já caracterizada pela sensibilidade de informações que a envolvem. Com isso, a tecnologia ganha ainda mais utilidade, tanto para a manutenção das consultas médicas durante a pandemia, como também para a segurança dos dados do paciente, o que será abordado a seguir.

Acerca das alterações e consequências na relação médico x paciente após a vigência da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei nº 13.709/2018, é a legislação brasileira que regula as atividades de tratamento de dados pessoais e que também altera os artigos 7º e 16 do Marco Civil da Internet. A lei foi ratificada no dia 14 de agosto de 2018, porém somente entrou em vigor em setembro de 2020.

Ao analisarem as repercussões da telemedicina na reparação de danos por violação de dados pessoais, Schulman e Cavet (2021, p. 892) concluem que a Telemedicina, em que pese representar um avanço significativo para o atendimento aos pacientes, ocasiona relevantes desafios ético-jurídicos, sobretudo com relação à garantia de proteção à privacidade que é dividida em duas perspectivas: a primeira, quanto ao direito do paciente a decidir sobre o acesso e o fluxo dos dados pessoais (intimidade); e a segunda, quanto ao direito à informação (segurança, transparência, adequação e retificação de dados).

Por fim, em que pese os diversos benefícios da Telemedicina, sobretudo para promoção da saúde em tempos de pandemia, os autores reconhecem os riscos aos dados sensíveis do paciente, especialmente pela rápida implementação da tecnologia.

4 | O DIREITO MÉDICO PREVENTIVO

Ultrapassada a análise acerca da judicialização na relação médico-paciente nos dias atuais, passa-se à compreensão do conceito de Direito Médico Preventivo, abrangendo também o conceito do Direito Preventivo em si e sua aplicação no Direito Médico; o instituto da responsabilidade civil médica; e, por fim, a contribuição da Bioética e do Biodireito na minimização da judicialização na relação médico-paciente.

Segundo Dantas (2021), quando se analisa o número crescente das ações ajuizadas em face dos profissionais da área da saúde, conclui-se que a sociedade vive, atualmente, um momento em se notabiliza pelo aumento exponencial destas ações. Mais do que isso, que este fenômeno em qualquer campo pesquisado,

desde os Tribunais de Justiça dos Estados até o Superior Tribunal de Justiça; desde os Conselhos Regionais de Medicina até o Conselho Federal, as duas últimas décadas foram marcadas pela difusão dos conflitos entre o médico e o paciente, isto sendo considerado praticamente um fenômeno sociológico.

Quanto ao conceito de Direito Preventivo, segundo Rodrigues (2006), é aquele destinado à análise minuciosa dos fatos humanos, intervindo do modo a evitar conflitos e riscos ou pelo menos, minimizá-los, oferecendo aos seus usuários uma ampla e geral ideia de possíveis consequências e demonstrando alternativas jurídicas para cada situação.

A fim de propiciar uma melhor compreensão acerca da prevenção das demandas médicas, é devida uma breve descrição dos tipos de documentos médicos utilizados em clínicas e consultórios pelos profissionais médicos, bem como sua utilidade, uma vez que tais documentos, em eventual judicialização na relação médico-paciente, pode vir a tornar-se prova inequívoca no processo judicial.

Com relação à documentação médica utilizada pelos profissionais da saúde, para A. V. A. P. Souza (2020, p. 45), documento é toda a anotação escrita ou registro que tem por objetivo uma informação. Dos principais documentos médicos, tem-se: termo de consentimento livre e esclarecido; prontuário médico do paciente; contrato entre médico e paciente; notificações; atestado médico; atestado de óbito; relatórios médicos; e parecer médico.

Quanto à responsabilidade civil médica, ao realizar uma análise acerca da responsabilidade civil do médico e dos documentos médicos preventivos, Alessandro Gonçalves (2020) expõe que os deveres do médico constam no Código de Ética Médico (CEM) e também em legislação comum, como o Código de Defesa do Consumidor (CDC), principalmente quanto a transmitir as informações importantes ao paciente.

Para o autor, é inegável a formação de um verdadeiro contrato entre o cliente e o médico, quando este o atende. Ficam comprometidos os médicos em tratar o cliente com cuidado, utilizando-se dos recursos apropriados, porém sem garantir resultado

de cura ao doente. Portanto, serão civilmente responsabilizados apenas quando ficar comprovada qualquer modalidade de culpa: imprudência, negligência e/ou imperícia.

De acordo com Dantas (2020), através dos conceitos transplantados pelo CDC, conclui-se que o paciente é o consumidor, para quem se presta um serviço, e o fornecedor é o profissional que desenvolve sua atividade, através de remuneração, tal como previsto na referida lei.

Pelo exposto acima, verifica-se um entendimento consolidado por parte dos doutrinadores quanto à aplicabilidade do CDC como regulamentador do exercício da Medicina, considerando principalmente os conceitos contidos na lei, que são abrangentes o suficiente para englobar médicos e pacientes como fornecedores e consumidores, respectivamente. De um lado, mais um diploma legal a ser utilizado para a defesa dos direitos dos pacientes. De outro, mais um motivo para os profissionais da saúde estarem atentos e preocupados em buscar a devida prevenção das demandas judiciais, em seu benefício e dos próprios pacientes.

CONCLUSÃO

Pela presente pesquisa, verificou-se a importância do estudo da Bioética e do Biodireito para que seja possível acompanhar as transformações ocorridas na sociedade a partir do avanço científico e tecnológico. A partir dessas mudanças, as ciências jurídicas se adaptam gradativamente também, surgindo com isso novas áreas de estudo, como o Direito Médico, que possibilita uma reflexão mais aprofundada da regulamentação que faz-se necessária para reger a relação-médico paciente.

Com relação aos aspectos históricos e bioéticos da relação médico-paciente, conclui-se que a evolução histórica da Medicina, das ciências biotecnológicas e jurídicas, propiciou inúmeras alterações significativas na sociedade como um todo e, especialmente, na relação médico-paciente. Tais alterações demandaram e ainda demandam dos profissionais da saúde, dos pacientes e dos juristas, adaptações permanentes e constantes.

Como um dos fatores para a propagação, ainda que recente, do Direito Médico, tem-se o desenvolvimento da Bioética e do Biodireito, que propiciam compreender as complexidades de temas que unem a Medicina e o Direito, através de reflexões acerca da vida e do viver. A Bioética, sobretudo pela interdisciplinaridade, rege os estudos inerentes ao Direito Médico por meio de seus princípios basilares. Com isso, o Biodireito ganha espaço nas pesquisas jurídicas, por ser a positivação das reflexões bioéticas.

Ainda, ao analisar os impactos decorrentes da judicialização na relação médico-paciente, verifica-se que a partir da autonomia do paciente e de todas as outras modificações observadas na relação médico-paciente ao longo dos anos, sobretudo pela assimetria resultante da democratização fruto da Constituição Federal de 1988, a alta nas demandas judiciais em que litigam médicos e pacientes começou a ser motivo de preocupação no Poder Judiciário.

Além das modificações ocorridas na relação médico-paciente ao longo dos anos, verifica-se a velocidade em que se sucederam as alterações decorrentes da pandemia do Coronavírus, que demonstrou que as mudanças serão permanentes, como a Telemedicina e a necessidade de adaptação para proteger não apenas os pacientes, como também seus dados, nesta relação considerados sensíveis.

Sobre a proteção de dados, corroborada pela vigência recente da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), constata-se mais uma modificação legal que deságua na relação entre médicos e pacientes, seja pela proteção ao paciente que a lei propicia, seja pela responsabilidade dos médicos e instituições de saúde em realizar esta proteção.

Além da LGPD, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) também demonstra sua efetividade como regulamentador do exercício da Medicina, por comportar em seus conceitos termos suficientemente abrangentes, juntamente aos conceitos inerentes à responsabilidade civil médica, apesar das divergências doutrinárias que a envolvem.

Com isso, verifica-se a efetividade do Direito Médico Preven-

tivo, quando alcançada a compreensão de seu conceito, por ser responsável pela análise minuciosa e a intervenção nos conflitos decorrentes da relação médico-paciente, antes mesmo que estes aconteçam, a fim de minimizar os impactos decorrentes da judicialização em que litigam médicos e pacientes. Através de sua aplicação, torna-se possível a prevenção de demandas judiciais e, em se tratando de demandas relativas à saúde, ganham não só médicos e pacientes, mas sobretudo a sociedade.

REFERÊNCIAS

Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2019: ano-base 2018. Brasília: CNJ, 2019. anual.

DANTAS, E.; NOGAROLI, R. Consentimento informado do paciente frente às novas tecnologias da saúde: telemedicina, cirurgia robótica e inteligência artificial. *Revista de Direito Médico e da Saúde*, Brasília, n. 21, p. 13-57, jul. 2020.

DANTAS, Eduardo. *Direito Médico*. 5. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2021.

GOLDIM, José Roberto. Bioética: Origens e Complexidade. *Revista HCPA*. n. 26. p. 86-92. 2006.

GONÇALVES, A. M. S. A Responsabilidade Civil do Médico e os Documentos Médicos Preventivos. *Revista de Direito Médico e da Saúde*, Brasília, n.21, p. 105- 117, jul. 2020.

LEVADA, Filipe Antônio Marchi. A responsabilidade civil do médico durante a pandemia. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-30/direito-pos-graduacao-responsabilidade-civil-medico-durante-pandemia>> Acesso em: 08 nov. 2021.

RIVABEM, Fernanda Shaefer. Biodireito: uma disciplina autônoma? *Revista Bioética*. n. 25. 2017. p. 282-289.

RODRIGUES, Daniela. *Direito Preventivo: ferramenta correta para evitar e minimizar riscos e demandas judiciais*. 2006.

SOUZA, A. V. A. P.; SOUZA, R.Ó. (Coord). *Resumo de Direito Médico*. Leme: JH Mizuno, 2020.

VASCONCELOS, Camila. Judicialização da Medicina: Diálogos entre os Poderes Médico e Judiciário. *Revista Direitos e Garantias Fundamentais*. v. 18, n. 3, p. 65-92, set./dez. 2017.

DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE E DA (IM)POSSIBILIDADE DE SUA CUMULAÇÃO

Mauricio Antonacci Krieger¹²

Emily Fontoura Ramos¹³

RESUMO

Em um contrato de trabalho existem alguns riscos inerentes à saúde e até mesmo à vida do empregado. Quando os riscos são para a saúde, trata-se de ambiente insalubre, já quando os riscos são para a vida do empregado, fala-se em ambiente perigoso. Sendo assim, a legislação trabalhista prevê uma forma de compensação para os riscos enfrentados que são os adicionais de insalubridade e periculosidade, respectivamente. A dúvida que existe em torno do assunto é a possibilidade ou não do empregado de cumular os respectivos adicionais quando enfrentar riscos à saúde e à vida ao mesmo tempo. Os Tribunais Regionais do Trabalho e o Tribunal Superior do Trabalho já travaram alguns entendimentos em torno do assunto, que será pauta de debate do presente artigo.

Palavras-chave: Acúmulo de adicionais; periculosidade; insalubridade.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Dos adicionais de insalubridade e periculosidade. 2. Da impossibilidade de acúmulo dos adicionais de insalubridade e periculosidade. 3. Análise da jurisprudência trabalhista. Conclusão. Referências.

¹² Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural – IDC. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS. Professor da graduação e pós-graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professor da Faculdade João Paulo II. Advogado.

¹³ Estudante do 10º semestre do curso de Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Campus Capão da Canoa. Estágio de 2 anos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no Gabinete da 2ª Vara Cível da Comarca de Capão da Canoa. Estagiária no escritório de advocacia Aguilár e Bêñ Advogados – Capão da Canoa.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a (im)possibilidade de cumulação do adicional de insalubridade e periculosidade após uma minuciosa análise do entendimento atual da jurisprudência trabalhista ao enfrentar os casos em que é postulado o recebimento de ambos os adicionais, concomitantemente.

O objetivo deste trabalho, de modo geral será a realização de uma análise para verificar se há ou não a possibilidade de o empregado optar pela cumulação do adicional de insalubridade juntamente com o de periculosidade, diante da existência de contradição entre os juristas sobre como se dá esse procedimento, sendo que também será realizada uma minuciosa análise aos artigos que dispõe na CLT sobre os respectivos adicionais e sua cumulação.

Os empregados, muitas vezes, são obrigados a realizar sua atividade laboral em locais precários, com pouca infraestrutura ou então em um determinado local em que não lhe é atribuído a devida segurança, casos em que acaba correndo risco de vida, assim, será possível o empregado optar pela cumulação de adicionais de insalubridade e periculosidade?

No primeiro tópico será demonstrado inicialmente a importância dos adicionais, de um modo geral, em um contrato de trabalho, sendo logo em seguida demonstrada as características referentes a insalubridade e periculosidade, de acordo com os artigos 189 e 193 da CLT. Em relação a periculosidade, será analisada a sua caracterização mediante exemplos de casos em que caracterizada a atividade periculosa.

Nos tópicos seguintes serão, finalmente, abordados os aspectos sobre a (im)possibilidade de acúmulo dos adicionais de insalubridade e periculosidade, bem como será demonstrado, o fato gerador e os motivos pelo qual os empregados postulam pela cumulação dos adicionais, além de uma análise jurisprudencial sobre o tema.

O presente trabalho se justifica, tendo a vista a sua ampla discussão doutrinária e jurisprudencial ainda na atualidade. É um tema atual e polêmico, e o artigo busca trazer uma conclusão

mais precisa para entregar à sociedade, mais especificamente, aos empregados que lidam com essa situação, um posicionamento um pouco mais concreto e objetivo.

1 | DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

Inicialmente, importante salientar a importância dos adicionais em um contrato de trabalho, pois estes integram o salário quando o trabalhador labora em certas condições especiais e que exijam um desconforto do empregado ao estar prestando um serviço em local que prejudique sua saúde ou então que represente um risco a sua própria vida, sobre tal ponto, Romar (2021, p. 988) esclarece:

Os adicionais são valores acrescidos à remuneração do empregado em razão de condições de trabalho mais gravosas nas quais se encontra. Os adicionais, como parcelas suplementares ao salário-base, visam, portanto, compensar o empregado pela maior dificuldade ou pelo risco que tem que enfrentar na execução do contrato de trabalho.

A parcela referente ao adicional possui um caráter indenizatório, pois esta refere-se a uma fração que é paga ao empregado por conta do desconforto ou risco que aquele indivíduo possa estar passando no ambiente laboral, assim, configura-se também como uma natureza salarial, no entanto, os referidos adicionais são pagos porque o trabalhador está em condições mais gravosas de trabalho que, por óbvio, não deveriam existir.

Assim, por conta do que foi referido acima, verifica-se que o adicional não é vinculado ao contrato de trabalho, pois se o trabalhador em algum momento for realocado e não mais estar condicionado àquelas situações de desconforto ou perigosas, o adicional poderá deixar de ser pago.

Ressalta-se que os adicionais estão condicionados à permanência de condições mais gravosas ou complexas do trabalho realizado pelo empregado, pois no momento em que tais condições deixam de existir o empregador pode cessar o respectivo pagamento. (LEITE, 2022, p.1313)

Em relação aos referidos adicionais, sabe-se que as atividades de trabalho consideradas insalubres ou perigosas estão previstas no art. 189 e 193 da Consolidação das Leis do Trabalho, as quais denominam-se por sua natureza, condições ou métodos de trabalho mediante a exposição de risco eminente ao empregado.

Nesse sentido, ressalta-se a relevância da criação do referido adicional, tendo em vista que muitos trabalhadores ficavam expostos a um local de trabalho insalubre sem ao menos saber o quanto aquilo poderia estar prejudicando a sua saúde em um longo ou até mesmo curto prazo.

Denota-se ainda que a quantificação da contaminação naquele ambiente laboral e o ofício de regulamentar e definir quais são os respectivos agentes cabe ao Ministério do Trabalho, sobre tal ponto, Martinez (2022, p. 1238) ressalta:

A identificação do agente nocivo, a indicação da natureza, das condições e dos métodos nocivos e o estabelecimento dos limites de tolerância cabem, por força de lei (art. 155, I, da CLT), ao Ministério do Trabalho (ora Ministério do Trabalho e Previdência). É ele quem aprova, mediante atos administrativos, o quadro indicativo de atividades e de operações insalubres, sendo também o responsável pela adoção de normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, os meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes.

Verifica-se em relação a NR-15 que o objetivo da referida norma é estabelecer acerca de quais atividades serão consideradas insalubres e assim, gerando direito ao empregado de receber o adicional, de modo que é na NR-15 que foram definidos os limites de tolerância para os agentes físicos, químicos e biológicos citados.

Quanto aos referidos limites de tolerância, entende-se que para cada um dos agentes nocivos é estabelecido um limite e este, ao ser ultrapassado, caracteriza-se como um direito a ser recebido pelo empregado, neste caso, através do adicional de insalubridade, sendo que a referida a NR-15 “possui um rol taxativo, sendo imprescindível o laudo pericial para comprovação da situação insalubre no caso concreto” (LEITE, 2022, p.1321).

Outrossim, em relação ao adicional de periculosidade, além de sua disposição no art. 193 e seguintes da CLT, verifica-se também a sua importância com a criação da Norma Regulamentadora N. 16 (NR-16) que dispõe acerca de quais atividades são consideradas perigosas para o empregado.

O adicional de periculosidade visa proteger o empregado em relação a situações que este fica sujeito a risco de vida, ou seja, quando está exposto de forma permanente ou intermitente à inflamáveis, explosivos ou energia elétrica, bem como nos casos em que o trabalhador exerce atividade profissional de segurança pessoal ou patrimonial.

Diferentemente da insalubridade, o adicional de periculosidade não possui graus denominados, ou seja, se o agente está a exposição do agente nocivo, o referido adicional será devido, dessa forma “a base de cálculo do adicional de periculosidade, a partir da vigência da Lei 12.740/2012, será de 30% sobre o salário básico (...)” (LEITE, 2022, p. 1329). Ora, não existem níveis de perigo, ou uma atividade é perigosa diretamente para a vida ou não é, um choque poderá provocar a morte instantânea da pessoa. No caso da insalubridade, os graus máximo, médio e mínimo existem, porque algumas atividades oferecem um risco mais elevado a saúde do que outras.

No entanto, o adicional de periculosidade, tal como ocorre com o de insalubridade, é devido ao empregado quando

constatada e comprovada, após a realização de prova pericial, a existência das condições necessárias que autorizam o seu pagamento, conforme art. 195 da CLT.

Para ser verificada e constatada a insalubridade é necessário o exercício da atividade laboral pelo empregado em situação insalubre, ou seja, aquelas atividades que exponham os empregados a agentes nocivos e prejudiciais à saúde, acima dos limites de tolerância anteriormente citado, conforme regulamentação da NR-15.

Nesse sentido, tem-se que a exposição do empregado a ruídos, calor excessivo, frio, umidade e demais agente fisiológicos, bem como contato direto com produtos químicos ou efeitos biológicos causam danos à saúde do trabalhador em curto ou longo prazo, conforme ressalta Luciano Martinez, (2012, P. 275.)

Exemplos de insalubridade encontram-se em pedidos de ações trabalhistas como, para os empregados que laboram em hotéis e exercem o trabalho de efetuar a limpeza banheiros, de forma eventual, bem como realizam a coleta de lixo deste local, aplicável o adicional de insalubridade em grau máximo, por conta também do contágio de doenças que o indivíduo possa sofrer.

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE EM GRAU MÁXIMO. LIMPEZA DE BANHEIROS. A limpeza de sanitários e a coleta de lixo de forma habitual sujeita o empregado ao risco de contágio de doenças infecciosas, pela exposição a agentes biológicos, sendo este risco avaliado de forma qualitativa e não quantitativa, nos termos do Anexo 14 da NR-15 da Portaria nº 3.214/78 do MTE, o que implica o pagamento do adicional de insalubridade em grau máximo. (TRT da 4ª Região, 8ª Turma, 0020177-82.2020.5.04.0022 ROT, em 15/12/2021, Desembargadora Brigida Joaquina Charao Barcelos).

Assim, conclui-se que para caracterização da insalubridade, deve ser observado os limites de tolerância relacionados a natureza e o tempo em que o trabalhador fica exposto ao respectivo agente nocivo, sendo que ultrapassado tal limite, o adicional será devido. (Martinez, 2022, p. 1.240).

Acerca do adicional de periculosidade, tem-se que para sua configuração é necessário que o empregado, no seu ambiente laboral, esteja exercendo atividade ou exposto a algum agente nocivo perigoso, tais como aquelas que implicam risco de vida ao indivíduo, sendo a maioria dos casos aqueles em que o empregado labora junto a produtos inflamáveis e/ou explosivos, redes de energia elétrica ou então esteja exposto a uma radioatividade, consoante ressalta Martinez (2022, p.1265).

Além do disposto no citado artigo da CLT, é bom anotar que são igualmente identificadas como causas geradoras de adicional de periculosidade a radiação ionizante/radioatividade, nos termos da Portaria n. 518 do Ministério do Trabalho e Emprego (ora Ministério do Trabalho e Previdência), de 7-4-2003 (arrimada no entendimento constante da OJ 345 da SDI-1 do TST), e a atividade de bombeiro civil, nos limites da Lei n. 11.901/2009.

Importante salientar acerca da periculosidade é que este possui um rol taxativo, ou seja, não há outros fatores que irão caracterizar a periculosidade, sendo tão somente possível a percepção da incidência eventual adicional se a situação estiver exposta no art. 193 da CLT e demais que foram acrescentados mediante Súmula ou Lei criada posteriormente, que, além dos citados acima, pode-se verificar a periculosidade nos casos em que o empregado for bombeiro civil ou motoboy, por exemplo.

Em relação aos produtos inflamáveis e/ou explosivos, verifica-se que ambos podem estar no ambiente de trabalho de forma conjunta ou então separados, contudo, o que não se altera, é

a caracterização da periculosidade nestes casos, visto que basta a presença dos referidos agentes no ambiente de trabalho para que o empregado esteja com a sua vida em perigo.

Do mesmo modo que os inflamáveis, as operações com explosivos são consideradas perigosas, se presente quantidade significativa do produto e se realizada a atividade dentro da área de risco, que devem ser delimitadas, sob responsabilidade do empregador. São consideradas atividades e operações perigosas com explosivos as constantes do Anexo 1 da Norma Regulamentadora 16 (NR-16).” (MARTINEZ, 2022, p.1271).

Quanto aos inflamáveis, tem-se que estes caracterizam por estarem presentes líquidos combustíveis e os gasosos liquefeitos, sendo que estes, em contato com fonte externa de ignição, ou seja, faíscas que podem estar presentes dentro daquele ambiente, pode, ao entrar em contato, causar diversos prejuízos, neste sentido, destaca-se as pessoas que laboram em postos de gasolina.

Por fim, verifica-se que em alguns casos o empregado exerce as funções detalhadas acima, por vezes de forma permanente, intermitente ou então eventualmente. Quanto ao ponto, importante salientar que aqueles empregados que laboram permanentemente, de fato é devido o referido adicional assim que constatado, sendo devido também para aqueles que laboram de modo intermitente, porquanto conclui-se que aquele trabalhador, ao estar exposto, independentemente do tempo, pois está sujeito naquele período a condições de risco, sendo vedado o recebimento do adicional nos casos em que o trabalho é exercido de forma eventual, como bem define a Súmula 364 do TST.

2 | DA (IM)POSSIBILIDADE DE ACÚMULO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

Inicialmente, salienta-se que o assunto envolvendo a cumulação de adicionais de insalubridade e periculosidade pelos juristas brasileiros possui diversas interpretações, e assim, considerando que não há uma unanimidade entre estes juristas, as decisões são formalizadas com base no art. 193, §2ª da CLT, o qual impede a cumulação dos referidos adicionais, ressaltando que o empregado deve optar pelo adicional que lhe for mais favorável e devido, ainda que havendo exposição ao agente insalubre e perigoso.

Todavia, o TST alterando substancialmente o entendimento até então acolhido – de não admitir a cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade – admitiu-a sob o fundamento de que os fatos geradores são diversos e não se confundem, uma vez que “a previsão contida no art. 193, da CLT não foi recepcionado pela CF de 1988... outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais 148 e 155 com status de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF...” Revista conhecida, não provida.” (ALMEIDA, 2022, p.580).

O pagamento dos adicionais de insalubridade tem como objetivo compensar o trabalho pelos danos causados à saúde do trabalhador ao estar exposto a determinados agentes nocivos, enquanto que o adicional de periculosidade serve também como uma compensação, no entanto, caracteriza-se pelo risco de vida em que o empregado está sujeito, devido ao contato com o agente perigoso.

Sabe-se que o artigo 7º, XXIII da Constituição Federal assegurou o direito dos trabalhadores urbanos e rurais, dentre outros direitos o recebimento dos adicionais de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, no entanto, a Lei não permite a acumulação dos referidos adicionais, conforme entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região:

OPÇÃO PELO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE OU ADICIONAL DE PENOSIDADE. A Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso XXIII, estabelece que os adicionais de penosidade, periculosidade e insalubridade ali elencados são devidos “na forma da lei”. E a lei a que se refere a Constituição Federal é, no caso, a CLT, a dispor, no parágrafo segundo do artigo 193, que trata do direito ao adicional de periculosidade, que o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido, sendo incabível a cumulação dos adicionais. Assim, entende-se válida a opção da autora pelo adicional de penosidade. Adoção, por analogia, do entendimento esposado na Súmula nº 76 deste TRT. Recurso ordinário da reclamada provido no aspecto. (TRT da 4ª Região, 4ª Turma, 0020142-71.2019.5.04.0018 ROT, em 11/11/2021, Desembargador Andre Reverbel Fernandes).

Nesta senda, é importante salientar também que a Norma Regulamentadora n. 15 veda o direito ao recebimento de adicionais de insalubridade de forma cumulada, devendo ser considerado para fins de recebimento apenas o fator de grau mais elevado, ainda que o trabalhador esteja exposto a mais de um agente insalubre e assim, parte majoritária da doutrina e da jurisprudência vem respaldando este entendimento com suas decisões. Como bem leciona Sergio Pinto Martins, o empregado

acaba optando pelo adicional de periculosidade, tendo em vista que este é calculado sobre o salário contratual, enquanto o adicional de insalubridade é calculado sobre o salário mínimo, sendo, portanto, mais vantajoso o adicional de periculosidade (MARTINS, 2015, p. 735).

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Jorge Neto e Cavalcante asseveram que, a legislação trabalhista é clara no sentido de vedação a acumulação dos adicionais, o que acarreta na escolha do empregado por apenas um dos dois. Por outro lado, os autores lembram que 7ª Turma do TST em setembro de 2014 entendeu que os referidos adicionais são cumuláveis, com fundamento no art. 7º da Constituição Federal e nas Convenções 148 e 155 da OIT (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2015, p. 197).

Na verdade, a questão de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade era algo pacífico na doutrina e jurisprudência de tempos atrás, seguindo o entendimento do que dispunha a CLT. No entanto, um novo entendimento foi surgindo ao longo dos tempos no sentido de que se o empregado trabalha em um ambiente que expõe sua saúde e ao mesmo tempo sua vida, nada mais justo que ele possa acumular ambos os adicionais. Nesse diapasão Vólia Bomfim Cassar reluta afirmando que “conforme a inteligência do art. 193, § 2º da CLT, caso o empregado trabalhe em atividades insalubres e perigosas, deverá optar pelo recebimento de apenas um adicional. Absurda também esta regra, pois impede a cumulação de adicionais, como se acarretassem em bis in idem.” (CASSAR, 2016, p. 833)

Essa segunda corrente doutrinária que seguia o entendimento da possibilidade de cumulação dos adicionais começou a ganhar força quando surgiu a ideia de fatos geradores distintos. Se um empregado trabalhasse em um local de trabalho onde o agente prejudicial fosse o mesmo que causasse insalubridade e periculosidade, não haveria porque cumular os dois adicionais, mas se a insalubridade e a periculosidade ocorressem por fatos geradores distintos, ou seja, motivos distintos, aí seria possível a sua cumulação.

Os fatos geradores que caracterizam o pedido de cumulação

dos adicionais são aqueles em que o empregado fica exposto, no ambiente de trabalho, a duas condições: de risco de saúde e de morte. Assim, denota-se que há o fator gerado e, conseqüentemente, a possibilidade para que seja assegurado ao indivíduo o direito ao recebimento dos dois respectivos adicionais, porquanto há mais de um fato gerador para percepção do adicional de insalubridade e periculosidade.

Ora, se o ambiente do trabalho é duplamente mais arriscado para a saúde, a vida e a segurança do trabalhador, ou seja, se a sua atividade laboral lhe assegura o direito a dois adicionais, não faz sentido ele receber apenas um adicional, pois não há *bis in idem* para o empregado (fatos geradores diversos para a percepção dos adicionais de periculosidade e insalubridade), e sim uma vantagem econômica desproporcional para o empregador. (LEITE, 2022, p.918).

Assim, tem-se que o fato gerador que caracteriza a insalubridade é aquele que expõe o empregado a situações insalubres, seja por sua natureza, condição ou então métodos de trabalho, acima dos limites de tolerância fixados, levando-se em consideração a natureza e intensidade do respectivo agente e o tempo de exposição do empregado sobre este.

Para tornar mais clara a tese dos fatos geradores distintos, vamos exemplificar com dois casos práticos. No primeiro, um empregado que trabalha em uma mineradora e trabalha com explosivos. Explosivos geram risco de vida, e o barulho da explosão poderá gerar problemas de saúde, mais especificamente problemas de surdez. Reparem, que estamos falando do mesmo fato gerador, a explosão, gera ao mesmo tempo periculosidade e insalubridade (ruídos excessivos). Neste caso, não haveria porque falar em acúmulo dos adicionais. No segundo caso, um empregado que trabalha como electricista de uma empresa, pode ser que trabalhe em um ambiente extremamente quente.

A eletricidade é fator de risco à vida (periculosidade) e o calor, é fator de risco à saúde (insalubridade). Neste segundo caso, pela teoria dos fatos geradores distintos, parece ser justo a acumulação dos adicionais.

Assim, acerca da cumulação e recebimento dos dois respectivos adicionais é importante salientar o princípio acerca da norma mais favorável ao trabalhador em conjunto com o princípio da *avaliação in dubio pro operário*, ou seja, pela sua simples interpretação o trabalhador tem possibilidade da cumulação de ambos os adicionais pois haja vista caracterizado pelo o que é mais favorável ao empregado, sendo por vezes o recebimento dos dois adicionais.

Trata-se de princípio que auxilia a interpretação da norma trabalhista em prol do trabalhador. Assim, quando se está diante de uma única norma que permita mais de uma interpretação, deve prevalecer aquela que mais favoreça o empregado. (LEITE, 2022, p.208).

Portanto, verifica-se que do ponto de vista doutrinário acima, a cumulação seria plenamente possível pois no caso de dúvida do que escolher, deveria ser melhor interpretada a norma jurídica em que visa o melhor para o empregado, pois plenamente de acordo com preceitos jurídicos, aliado ao princípio da dignidade humana.

3 | ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA

É possível verificar que no decorrer deste último tópico não restou claro expressamente o entendimento oficial da nossa jurisprudência, seja nos processos julgados pelos Tribunais Regionais do Trabalho e nos processos de demanda do Tribunal Superior do Trabalho, uma vez que nitidamente, conforme será demonstrado, existe uma contradição entre os juristas ao deparar-se com uma situação em que postulado o pedido de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

No Tribunal Superior do Trabalho, há diversos julgados relacionados em que resta claro o entendimento pela impossibilidade da cumulação dos adicionais de insalubridade concomitante com o adicional de periculosidade, contudo, ainda assim, existem julgamentos que vão ao contrário deste entendimento majoritário, conforme demonstra-se nos julgados abaixo do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª, 5ª, e 7ª Região, respectivamente:

CUMULAÇÃO ADICIONAIS. POSSIBILIDADE. É viável a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade fundamentados em fatos geradores diferenciados a autônomos. 0010977-79.2014.5.01.0431- DEJT 2019-10-18.

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE E DE INSALUBRIDADE. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. O § 2º do Art. 193 da CLT sofreu revogação a partir da integração da Convenção n. 155 da OIT ao ordenamento jurídico brasileiro. Destarte, por imposição supraplegal, não de ser considerados os riscos para a saúde causados pela exposição simultânea a várias substâncias ou agentes, o que induz ao acolhimento da pretensão de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade. (Processo 0000597-20.2016.5.05.0009, Origem PJE, Relator Desembargador Esequias Pereira De Oliveira, Segunda Turma, DJ 30/04/2021).

RECURSO ADESIVO DO RECLAMANTE. ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. CONVENÇÕES Nº 148 E Nº155 DA OIT. Sendo diferentes os fatores de risco à saúde, cada um dos adicionais de periculosidade e insalubridade busca compensar o trabalhador pela exposição particularizada

a cada um deles e, caso ocorra simultaneamente, a regra internacional autoriza sejam considerados, de igual modo, também de modo cumulativo. Recurso adesivo do reclamante parcialmente provido. Recurso ordinário da reclamada prejudicado. (TRT-7 - RO: 00004135420145070017, Relator: Francisco José Gomes Da Silva, Data de Julgamento: 27/05/2019, Data de Publicação: 06/06/2019).

Ainda, conforme citado acima, na esfera do Tribunal Superior do Trabalho há um entendimento concreto e consolidado, digamos assim, acerca da impossibilidade da cumulação dos respectivos adicionais, conforme os seguintes julgados junto ao respectivo Tribunal nos últimos anos:

CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE. IMPOSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA, CONTUDO, DA PRERROGATIVA AO OBREIRO DE OPTAR PELO ADICIONAL QUE CONSIDERAR MAIS VANTAJOSO (ART. 193, § 2º, DA CLT). A SDI Plena do TST, em sessão realizada em 26/09/2019, no julgamento do IRR- 239-55.2011.5.02.0319, com efeito vinculante, firmou a seguinte tese jurídica: “O art. 193, § 2º, da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal e veda a cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, ainda que decorrentes de fatos geradores distintos e autônomos”. Assim, é indevida a cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, cabendo ao empregado optar pelo mais vantajoso, nos termos do art. 193, § 2º, da CLT. Recurso de revista conhecido e provido (RR-1499-76.2015.5.02.0013, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 21/10/2022).

CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE. REQUISITOS DO § 1º-A DO ART. 896 DA CLT ATENDIDOS. Na sessão realizada em 26/09/2019, no julgamento do IRR-239-55.2011.5.02.0319, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, em composição plena, decidiu pela impossibilidade do recebimento cumulativo dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, ainda que decorrentes de fatos geradores distintos e autônomos, prevalecendo a tese do Ministro Alberto Bresciani, segundo a qual o artigo 193, § 2º, da CLT, foi recepcionado pela Constituição Federal. A decisão, por maioria, foi proferida no julgamento de incidente de recurso repetitivo, e a tese jurídica fixada tem caráter vinculativo e deve ser aplicada a todos os casos semelhantes. Nesse contexto, a decisão regional está em sintonia com o entendimento atual desta Corte. Recurso de revista não conhecido. (RR-988-02.2012.5.04.0022, 6ª Turma, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 07/10/2022).

Por fim, é possível verificar nos julgados do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª, Região, e 2ª Região que em seus últimos julgados manifestaram-se também pelo indeferimento/improcedência do pedido de acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, com a justificativa de que o empregado deve optar pelo adicional mais favorável:

ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. O pagamento cumulativo dos adicionais de insalubridade e periculosidade encontra óbice no artigo 193, § 2º, da CLT,

o qual faculta ao empregado o direito de optar pelo mais favorável. Aplicação da Súmula 76 deste Tribunal Regional do Trabalho. (TRT da 4ª Região, 7ª Turma, 0020737-43.2017.5.04.0761 ROT, em 06/10/2022, Desembargador Emilio Papaleo Zin).

DA CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. O TST, resolvendo o IRR de número PROCESSO Nº TST IRR-239-55.2011.5.02.0319, sanou as dúvidas sobre tal ponto, nos seguintes termos: Esgotada a análise da controvérsia e respondendo à questão jurídica formulada, fixa-se, com força obrigatória (arts. 896-C da CLT, 927, III, do CPC e 3º, XXIII, da Instrução Normativa nº 39/2015 do TST), a tese jurídica a seguir enunciada: o art. 193, § 2º, da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal e veda a cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, ainda que decorrentes de fatos geradores distintos e autônomos. A Turma se curva ao entendimento em questão e passa a aplicá-lo, mantendo, por conta disso, a sentença inalterada neste tópico. (TRT-2 10012671820185020021 SP, Relator: Paulo Sergio Jakutis, 4ª Turma- Cadeira 2, Data de Publicação: 07/10/2020).

Portanto, como se observa acima, há uma divergência sobre a possibilidade da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade na jurisprudência, o que traz insegurança jurídica e possíveis novos desdobramentos futuros a respeito do tema, uma vez que o debate está longe de acabar.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo o estudo acerca do atual entendimento jurisprudencial acerca da possibilidade ou não da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade no contrato de trabalho.

Em relação a legislação brasileira, restou evidenciado a importância da CLT que garante ao empregado exposto aos agentes insalubres ou perigosos, o direito ao recebimento do adicional, como uma forma de indenizar o trabalhador aos riscos que este fica exposto no ambiente laboral. Nesta senda, restou demonstrada também a importância da Constituição Federal de 1988 no tocante ao objetivo de trazer segurança ao trabalhador.

Restou demonstrado também a previsão legal com a existência das Normas Regulamentadoras, sendo a NR-15 e NR-16, as quais tratam-se de um documento que regulamenta os critérios técnicos a serem obedecidos e estabelecidos em relação ao adicional de insalubridade e periculosidade, trazendo um rol taxativo definido pelo Ministério do Trabalho e Emprego acerca de quais atividades são considerando insalubres ou perigosas.

Além do mais, a insalubridade é caracterizada nos casos em que o empregado está laborando em condições que exijam um desconforto do empregado, sendo que este adicional possui um caráter indenizatório, pois refere-se a uma fração que é paga ao empregado. O que não é muito diferente da periculosidade, posto que este adicional se caracteriza quando o empregado está correndo algum risco de vida dentro do ambiente de trabalho.

Salienta-se ao analisar o tema que tanto na doutrina, quanto no entendimento jurisprudencial resta claro e evidenciado que de fato o empregado ao estar exposto ao agente insalubre ou perigoso, está colocando sua saúde em risco e até correndo risco de vida, no entanto, em que pese este entendimento, os Tribunais Regionais do Trabalho, em sua maioria e o Tribunal Superior do Trabalho na maior parte dos julgados, ao depararem-se com uma ação de cumulação dos adicionais, acabam por manter o entendimento do art. 193 §2º que impossibilita a acumulação

dos respectivos adicionais, e então o empregado deve optar pelo adicional que for mais favorável.

Dito isso, conclui-se que após uma análise realizada na jurisprudência trabalhista restou demonstrado que há uma divergência sobre a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade concomitante com o de periculosidade, visto que não há um entendimento absoluto/unânime sobre o referido tema.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. CLT comentada. 9. ed. São Paulo: SARAIVA, 2022. E-book.

BAHIA. Tribunal Regional do Trabalho. RECURSO ORDINÁRIO nº 0000597-20.2016.5.05.0009, Órgão Julgador: 2º Turma, 30 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.trt5.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 30 de setembro de 2022

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 de setembro de 2022.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. NR 15: Atividades e Operações Insalubres. Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego, 1978. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/ctpp-nrs/norma-regulamentadora-no-15-nr-15>. Acesso em 22 setembro de 2022.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. NR 16: Atividades e Operações Perigosas. Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego, 1978. Disponível em <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/ctpp-nrs/norma-regulamentadora-no-16-nr-16>. Acesso em 22 de setembro de 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RECURSO DE REVISTA nº 1499-76.2015.5.02.0013, Relator: Ministro Maurício Godinho Delgado. Brasília, 21 de outubro de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em 06 de novembro de 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RECURSO DE REVISTA nº 988-02.2012.5.04.0022, Relator: Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho. Brasília, 07 de outubro de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em 06 de novembro de 2022.

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do trabalho. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

CEARÁ. Tribunal Regional do Trabalho. RECURSO ORDINÁRIO nº 00004135420145070017, Órgão Julgador: 2º Turma, 27 de maio de 2019. Disponível em: <https://pje.trt7.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 07 de novembro de 2022.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Direito do trabalho. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito do Trabalho. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho. RECURSO ORDINÁRIO nº 0010977-79.2014.5.01.0431, Órgão Julgador: 7º Turma, 18 de outubro de 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/handle/1001/2026>. Acesso em: 30 de setembro de 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho. RECURSO ORDINÁRIO nº, 0020177-82.2020.5.04.0022, Órgão Julgador: 8º Turma, 15 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/acordaos>. Acesso em: 20 de setembro de 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho. RECURSO ORDINÁRIO nº, 0020142-71.2019.5.04.0018, Órgão Julgador: 4º Turma, 11 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/acordaos>. Acesso em: 25 de setembro de 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho. RECURSO ORDINÁRIO nº 0020737-43.2017.5.04.0761, Órgão Julgador: 7º Turma, 06 de outubro de 2022. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/acordaos>. Acesso em: 06 de novembro de 2022.

ROMAR, C. T. M.; LENZA, P. Direito do Trabalho. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho. RECURSO ORDINÁRIO nº 10012671820185020021, Órgão Julgador: 4ª Turma, Relator: Paulo Sergio Jakutis 07 de outubro de 2020. Disponível em: <https://juris.trt2.jus.br/jurisprudencia/> Acesso em: 07 de novembro de 2022.

CAMINHOS DA EXCLUSÃO: A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE NACIONAL E ESTRANGEIRO NA FORMAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO (1808-1824)

Edison Botelho Silva Júnior¹⁴

RESUMO

Analisa-se o ordenamento jurídico vigente no Brasil a partir de 1808, início do processo de independência, até a consolidação da definição da soberania brasileira, através da Constituição de 1824. Tem-se por foco as regras de conceituação do natural e do estrangeiro e aspectos das conformação social e jurídica, que resultam na exclusão do imigrante. O estudo tem por método o exame histórico de duas normas principais: as Ordenações Filipinas e a Constituição de 1824. É complementado pela análise de normas extravagantes e da doutrina, para compreensão do contexto jurídico e social. O viés adotado busca visualizar o quadro jurídico e aspectos sociais que o imigrante encontrou no início da formação do Estado brasileiro e o ponto de partida da histórica tradição brasileira de exclusão no trato do estrangeiro.

Palavras-chave: História do direito; estrangeiro; imigrante; Ordenações Filipinas; Constituição de 1824.

• 1 | INTRODUÇÃO

A Constituição de 1824 inaugurou a tradição constitucionalista de organização jurídica e política do Brasil, mas também lançou as bases do caminho da distinção do conceito e da condição de cidadão e de estrangeiro, através da exclusão em seus diversos

¹⁴ Professor de Direito Internacional e Constitucional e de História do Direito do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Santa Cruz do Sul. Graduado em Direito pela UFF-RJ, mestre em Direito pela UNIG-RJ e doutorando em História pela UFSM-RS. Contatos: edisonj@unisc.br; edisonbsj@gmail.com.

sentidos. Construiu-se uma prática constitucional dedicar direitos amplos ao cidadão, que legitima o poder do Estado na condição de titular da soberania popular, enquanto que o estrangeiro ficou considerado como um estranho ao Estado e à sociedade.

A primeira Carta Magna surgiu no período em que o mundo eurocêntrico experimentava a transição do modelo de Estado absolutista para o Democrático de Direito. Sedimentada a construção formal do poder estatal sobre a soberania fundada na constituição, promoveu-se a legitimação deste poder pela narrativa da soberania popular, que se formaliza e se instrumentaliza através desta norma fundamental.

É nesta norma que se concretiza a distinção entre o estrangeiro e o nacional, não apenas para carimbar quem é o titular do poder do Estado, mas sobretudo para se exercer o controle sobre os fluxos migratórios e as funções que cabe ao imigrante exercer na nação. O Estado conduz o estrangeiro, delimitando quem pode entrar, quem deve sair, bem como a forma, o motivo e o momento, além de definir como podem permanecer.

É possível observar sua gênese antes da Constituição de 1824, quando o território brasileiro era colônia de Portugal. Observando a legislação portuguesa que vigorava no Brasil e seu caminho até formação do ordenamento jurídico brasileiro, fica evidenciado que houve uma crescente atenção do Estado em legislar o estrangeiro.

O objetivo desta pesquisa é examinar a formação jurídica da regulação do conceito de nacional/cidadão e estrangeiro, buscando enxergar aspectos da condição jurídica dada a quem não era natural/nacional, no caminho da formação do Brasil soberano. Através deste olhar é que se tenta compreender as raízes da regulação do nacional e do estrangeiro, que tomou corpo na primeira Constituição do Império.

Esta é uma pesquisa histórica, cuja base é a legislação vigente de 1808 até 1824, tendo em vista a pacífica compreensão de que a mudança da Corte portuguesa para o território brasileiro instala o processo de independência do Brasil. Com isso, primeiro se analisa as regras das Ordenações Filipinas, quanto a definição de

natural. Examina-se, em seguida, alguns aspectos legislativos que formalizavam o caráter excludente no trato do estrangeiro. Por fim, examina-se a Constituição de 1824, sobretudo na definição do conceito de cidadão brasileiro, buscando identificar a regulação do estrangeiro que se impõe ao ordenamento jurídico.

Não se trata de um exame completo, mas um panorama do que se encontrou no caminho da construção do ordenamento jurídico brasileiro, quando da formação da independência do Brasil.

2 | A REGULAÇÃO DO NATURAL E DO ESTRANGEIRO NA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA DE 1808 A 1822

A vinda da Corte Portuguesa para o Brasil, em 1808, se deu na vigência das Ordenações Filipinas, que eram normas criadas com a finalidade de dar corpo ao ordenamento jurídico do Reino, exercendo o papel aproximado ao de lei fundamental (HESPANHA, 2009, p.40). Estando em um período anterior ao constitucionalismo, não tinha a função de fundar o Estado, como hoje tem a constituição, tendo em vista que este era o papel da própria autoridade do Rei. A função das Ordenações era tentar codificar as normas de direito público e privado abaixo do poder do soberano.

Esta codificação tinha validade plena no território brasileiro. Em termos de soberania, o Brasil era um domínio de Portugal e, assim, tais regras o atendia igualmente, tendo em vista que a norma dispunha sobre os nascido nos Senhorios, termo que designava os domínios de Portugal e, portanto, se aplicava aqui. Vale frisar que, quando o Brasil alcançou a condição de Reino Unido, em 1815, esta interpretação se manteve. (ALMEIDA, 1870, p. 489).

As pessoas nascidas no Reino de Portugal e seus domínios, antes das primeiras constituições e formalização do Estado-nação, não eram tratadas como cidadãos, tendo em vista que não existia esta forma de conceber o indivíduo e esse é um termo que foi cunhado para estabelecer o elo político entre a nação e o seu povo constituinte (o nacional). Naquele momento, na lógica política da conformação do Estado, não havia a cidadania como elemento constitutivo do poder e um indivíduo não era o fim último da sobe-

rania. O Estado se dedicava ao interesses pela própria autoridade.

Contudo, havia a necessidade de se identificar o natural do Reino e dos seus domínios em face dos privilégios e direitos exclusivos deste e concedidos conforme a situação sociojurídica em que se encontrava. Segundo Mattos (2001, p.144), a sociedade portuguesa acabou por formar uma miríade de subdivisões e classificações dentro do que tradicionalmente era representado pelas três ordens medievais (clero, nobreza e povo). Esta era uma complexa divisão social estabelecida conforme funções e condições de nascimento, que iam dos “limpos” (homens bons) aos “vis” (ofícios mecânicos), pela qual se distribuíam ou negavam os privilégios concedidos pelo Poder Público.

Por isso as Ordenações Filipinas, no seu Livro II, Título LV (ALMEIDA, 1870, p. 489) se dedicou justamente a dispor sobre as “pessoas que devem ser havidas por naturais destes Reinos”. Assim como na tradição que se iniciou na Constituição de 1824, nessa norma a definição de estrangeiro era por exclusão, regulando os quesitos para se reconhecer o natural e quem não se enquadrasse nesse conceito era, portanto, estrangeiro.

No início do referido dispositivo já ficava exposto que a intenção de regular o natural é para atender a finalidade de tornar clara quem são os destinatários dos privilégios dos Reinos e Senhorios¹⁵. Assim dispunha o caput da norma:

Para que cessem as dúvidas, que podem suceder sobre quais pessoas devam ser havidas por naturais nestes Reinos de Portugal e Senhorios dele, para efeito de gozarem dos privilégios, graças, mercês e liberdades concedidas aos naturais deles ordenamos e mandamos, que as pessoas, que não nascerem nestes Reinos e Senhorios deles, não sejam havidas, por naturais deles, posto que neles morem e residam, e casem com mulheres naturais

¹⁵ Vale reforçar que o termo “Reinos e Senhorios de Portugal” era a forma da época de referir-se ao Reino de Portugal e seus domínios.

deles, e neles vivam continuamente, e tenham seu domicilio e bens. (ALMEIDA, 1870, p. 489)

Nota-se no “caput” e nos quatro parágrafos deste dispositivo que há uma mescla das três regras de designação do natural: “jus soli”; “jus sanguini”; e “jus domicilli”. Primeiramente utiliza-se o “jus soli”, garantindo aos nascidos nos Reinos de Portugal e Senhorios a condição de natural e, por conseguinte, os direitos e privilégios, colocando-os em condição de favorecimento perante os nascidos em outros Estados.

O primeiro parágrafo trazia a regra do jus soli combinada com o “jus sanguini” para a definição de natural:

I. Item não será havido por natural o nascido nestes Reino de pai estrangeiro, e mãe natural deles, salvo quando o pai estrangeiro tiver seu domicilio e bens no Reino e nele viveu dez anos contínuos, porque em tal caso os filhos, que lhe nascerem no Reino, serão havidos por naturais; mas o pai estrangeiro nunca poderá ser havido por natural, posto que no Reino viva, e tenha seu domicilio, por qualquer tempo que seja, como fica dito. E os nascidos no Reino de pai natural e mãe estrangeira serão havidos por naturais. (ALMEIDA, 1870, p. 489)

Assim, para ser natural do Reino de Portugal e Senhorios era exigido ter nascido em seus territórios e ter como pai alguém que não tivesse nascido em solo estrangeiro. Não importava a naturalidade da mãe, haja vista que o parágrafo reforçava ao final que “os nascidos no Reino de pai natural e mãe estrangeira serão havidos por naturais”.

A exceção da combinação do “jus soli” com o “jus sanguini” se dava quando o pai estrangeiro tinha domicílio e bens no Reino e já tivesse cumprido dez anos de residência. Assim sendo, seria aplicado apenas o jus soli. Neste caso, ainda que o filho fosse

reconhecido como natural, o pai permanecia como estrangeiro, pois não seria alterada a sua naturalidade. Para reforçar, vale notar que no próprio “caput” já dispunha que aqueles “que não nascerem nestes Reinos e Senhorios deles, não sejam havidas, por naturais deles, posto que neles morem e residam, e casem com mulheres naturais deles, e neles vivam continuamente, e tenham seu domicilio e bens.” (ALMEIDA,1870, p. 489)

O parágrafo seguinte dispunha sobre aqueles cujos pais fossem naturais e estivessem à serviço do Reino. Neste caso, garantia-se a naturalidade de Portugal, aplicando-se o “jus sanguini”. Assim dispunha o referido parágrafo:

2. E sucedendo que alguns naturais do Reino, sendo mandados per nós, ou pelos Reis nossos sucessores, ou sendo ocupados em nosso serviço, ou do mesmo Reino ou indo de caminho, para o tal serviço, hajam filhos fora do Reino, estes tais serão havidos por naturais, como se no Reino nascessem. (ALMEIDA,1870, p. 489)

Contudo, não seria natural o filho nascido em território estrangeiro se o pai estivesse lá por sua própria vontade. Desta forma expressava a regra:

3. Mas se alguns naturais se saírem do Reino e Senhorios dele, per sua vontade, e se forem morar a outra Província, ou qualquer parte sós, ou com suas famílias, os filhos, que lhes nascerem fora do Reino e Senhorios dele, não serão havidos por naturais: pois o pai se absentou per sua vontade do Reino, em que nasceu, e os filhos não nasceram nele. (ALMEIDA,1870, p. 489)

Tais normas se aplicavam tanto aos filhos considerados legítimos (havidos regularmente dentro do casamento), quanto aos filhos naturais (gerados por um casal que não vivesse

em matrimônio formalizado), e sempre eram norteadas pela naturalidade do pai. No entanto, os espúrios (havidos em uma união que fosse proibida, como a incestuosa e a adúltera, por exemplo) teriam a mesma naturalidade da mãe. Isso é o que estava expresso no quarto parágrafo:

4. E tudo o que nesta Lei se contém, se entenderá nos filhos legítimos, ou naturais, porque quanto aos espúrios (cujos pais conforme a Direito se não consideram), hão de concorrer em suas mães as mesmas qualidades, que per esta Lei se requerem nos pais legítimos ou naturais. (ALMEIDA, 1870, p. 489)

Nesse ordenamento jurídico havia unicamente o reconhecimento da condição de natural dos Reinos e Senhorios. Não havia nas Ordenações Filipinas e nem nas regras extravagantes posteriores norma para aquisição de naturalidade que não fosse pelo nascimento. Ou seja, não havia previsão de processo de naturalização. Igualmente não se regulava expressamente a desnaturalização, exceto como condição de punição por um delito, como, por exemplo, no caso do banimento e da condenação à pena de morte civil, através do degredo perpétuo. (CARNEIRO, 1858, p. 77)

3 | A EXCLUSÃO COMO CONDIÇÃO DO ESTRANGEIRO NO PERÍODO DAS ORDENAÇÕES FILIPINAS

Tais regras definidoras da condição de natural expunham uma primeira face da exclusão do estrangeiro na ordem social que se regulava em Portugal e, por óbvio, no Brasil. Vale rememorar o que dispunha o caput do Título LV, do Livro II (ALMEIDA, 1870, p. 489):

Para que cessem as dúvidas, que podem suceder sobre quais pessoas devam ser havidas por naturais nestes Reinos de Portugal e Senhorios dele, para efeito de gozarem dos privilégios, graças, mercês e liberdades concedidas aos naturais deles.

Silva (2005) explica que o sistema social da época era marcado pela existência da nobreza hereditária (adquirida pela ancestralidade) e da nobreza civil ou política (conseguida pela mercê ou graça do rei). Estas tinham a prerrogativa de poder ocupar um cargo com função pública. Abaixo destes estavam os chamados “mecânicos”, que viviam da sua força de trabalho (ofício mecânico). Era a posição social mais baixa da organização social, cujos ocupantes não partilhavam de cargos públicos. Os estrangeiros, em regra, podiam ser considerados como integrantes deste grupo.

Como exemplo desta desigualdade, cabe apontar o dispositivo inicial, presente no Título I do Livro I (ALMEIDA, 1870, p. 1), que dispunha sobre a possibilidade de ocupar o cargo de Regedor da Casa de Suplicação, que era o maior Tribunal de Justiça dos Reinos. Esta era reservada aos “fidalgos de limpo sangue”. Reforçando esta forma de normatizar, no Título LXVII do Livro I regulava-se o modo de eleição dos juizes, vereadores, almotaces e outros oficiais. Tais cargos eram restritos aos “homens bons”, seja para eleger, quanto para ser eleito, o que na interpretação de Almeida (1870, p. 153 e 154) firmava-se a condição de cidadãos da cidade. Estes eram aqueles que viviam da exploração do trabalho alheio, em especial dos considerados “mecânicos”.

Havia algumas regras que davam certa permeabilidade dentro da estrutura social. Foi o caso do Alvará Régio de 16 de novembro de 1611¹⁶ (SILVA, 1854), que regulava a eleição de juizes e oficiais das câmaras e exigia que os eleitos fossem pessoas naturais. Porém, seria elegível os que não fossem naturais da terra, desde que tivesse as partes e qualidades necessárias. Com isso, o estrangeiro teria o privilégio de ser elegível, desde que conseguisse alcançar a condição análoga a de “homem bom” e não se tornasse um mecânico.

Outro caso se dava quando o estrangeiro alcançava a classe da nobreza civil ou política por uma graça do rei, sobretudo quando a recebia em face da prestação de serviços (militares ou outros) à Coroa. Por exemplo, havia o decreto de 13 de maio de

¹⁶ Uma das diversas normas extravagantes posterior às Ordenações Filipinas, que compuseram o ordenamento jurídico do Reino de Portugal e Senhorios.

1808, que mandava criar a Ordem da Espada aos estrangeiros ilustres por relevantes serviços. Essa comenda de natureza civil era concedida quando não podia ser dada as de cunho religioso e sua criação foi motivada pela necessidade de agraciar os integrantes da marinha inglesa que apoiaram a mudança da Corte Portuguesa para o Brasil. (ORDEM DA TORRE E ESPADA, 2017)

Contudo, a inclusão era uma excepcionalidade e em geral o direito vigente impunha condições precárias para os estrangeiros e imigrantes. Como no caso das regras destinadas a povos específicos, que levantavam barreiras e até tratamentos desumanos. É o que se verifica no Livro V, Título LXIX das Ordenações Filipinas (ALMEIDA, 1870, p. 1217), que expressava a seguinte normatização: “que não entrem no reino ciganos, armênios, arábios, persas, nem mouriscos de Granada.” Nota-se que não se tratava apenas de um impedimento, mas de formulação de condição débil de existência social, pois o descumprimento desta proibição permitia que esses fossem presos e açoitados, para em seguida serem degredados. A norma também impedia a entrada de gregos e os oriundos de “nações sujeitas ao Turco”.

4 | O NACIONAL E O ESTRANGEIRO NA CONSTITUIÇÃO DE 1824

O panorama jurídico instituído em 1824, com a vigência da Constituição, propunha certas modificações no tecido social e sua relação política com o Estado. O inciso XVI do artigo 179, dispunha que “ficam abolidos todos os privilégios, que não forem essenciais, e inteiramente ligados aos cargos, por utilidade pública.” (BRASIL, 1824) Portanto, a organização jurídica não mais precisava regular os naturais segundo a destinação de privilégios. Afinal, a Constituição era a adoção brasileira da teoria política nascente que propunha a formação da soberania popular, com o necessário reconhecimento dos chamados cidadãos em condições de igualdade.

Com isso, formulavam-se direitos políticos aos cidadãos e o ordenamento jurídico se formava a partir dos critérios constitucionais definidores da cidadania a partir do conceito de nacional.

Portanto, mantinham-se os estrangeiros alienados de determinados direitos (sobretudo políticos) por conta dos direitos de nascimento, conforme os critérios do “jus soli” e “jus sanguini”. Nesse sentido, a Constituição brasileira do Império (BRASIL, 1824) assim dispunha:

Art. 6. São Cidadãos Brasileiros

I. Os que no Brasil tiverem nascido, quer sejam ingênuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação.

II. Os filhos de pai Brasileiro, e os ilegítimos de mãe Brasileira, nascidos em país estrangeiro, que vierem estabelecer domicilio no Império.

III. Os filhos de pai Brasileiro, que estivesse em país estrangeiro em serviço do Império, embora eles não venham estabelecer domicilio no Brasil.

IV. Todos os nascidos em Portugal, e suas possessões, que sendo já residentes no Brasil na época, em que se proclamou a Independência nas Províncias, onde habitavam, aderiram a esta expressa, ou tacitamente pela continuação da sua residência.

V. Os estrangeiros naturalizados, qualquer que seja a sua religião. A Lei determinará as qualidades precisas, para se obter Carta de naturalização.

O inciso primeiro trazia a regra do jus soli, cabendo ao local do nascimento determinar a cidadania brasileira, não importando a nacionalidade do pai. Nota-se que esta regra é semelhante com a que ocorre na atual norma constitucional (com a distinção óbvia de que hoje não se difere o impacto da mãe e do pai, quanto a ascendência for determinante para a nacionalidade). Tão semelhante, que excluía-se também a regra do “jus soli”, caso o pai estivesse residindo no Brasil a serviço de sua nação.

Neste inciso ficava claro que se previa que a condição do negro nascido ingênuo ou que se tornara liberto, que tivesse nascido no Brasil, como cidadão. O ingênuo era o que nascera livre e não foi escravizado. Geralmente eram os filhos daqueles que já foram escravizados, mas que se encontravam na condição de libertos quando do nascimento deste filho¹⁷. Enquanto que o liberto¹⁸ era o que já estivera na condição de escravizado, mas que foi tornado livre. (RIBAS, 1880, p. 49)

O segundo inciso estabelecia a regra do “jus sanguini”, sendo importante frisar que era o pai a referência para designar a nacionalidade pelo nascimento. Vale reforçar que, nesta regra de 1824, a cidadania da mãe não importava e não produzia efeito sobre os filhos, exceto no caso dos ilegítimos — sendo estes os filhos tidos fora do matrimônio (RIBAS, 1880, p. 59). Assim, caso o filho legítimo de um homem brasileiro, ou o filho ilegítimo de uma mãe brasileira nascesse em território estrangeiro, este poderia ter sua condição de cidadão do Brasil reconhecida, desde que viesse a “estabelecer domicílio no Império”.

Nota-se a mudança da regra das Ordenações Filipinas para o dispositivo constitucional do Império do Brasil. O “jus sanguini,” antes, não se aplicava de forma irrestrita, pois exigia-se que o pai estivesse a serviço de Portugal. Na regra de 1824, bastava que o filho viesse morar no Brasil.

De acordo com o inciso terceiro, se o pai brasileiro estivesse à serviço do Brasil, permitia-se que se reconhecesse o filho como brasileiro sem a regra da adoção do domicílio no Brasil. Este

¹⁷ Essa era a regra existente no início da vigência da Constituição de 1824 atribuída legalmente aos ingênuos. Com a lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871 os filhos das mulheres escravizadas passaram também a ser considerados ingênuos.

¹⁸ Cabe referenciar que o liberto tinha a condição de cidadão de forma restrita, pois não tinha todos os direitos. A Constituição de 1824 dispunha no artigo 94, II, que os libertos não eram considerados eleitores na eleição dos Deputados, Senadores, e Membros dos Conselhos de Província. Por não serem eleitores, não podiam ser eleitos como deputados, conforme o artigo 95. Mas não os incluía nas restrições dos que não tinham direito de votar nas Assembleias Paroquiais (art. 92). Além disso, ainda podia voltar à condição de escravizado, por reconhecida ingratidão, ou nos casos definidos pela Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 63, parágrafo 7, (RIBAS, 1880, p. 50), fato que geraria a perda da condição de cidadão.

dispositivo não previa tal condição para o filho ilegítimo de mãe brasileira, vale destacar. Portanto, um embaixador, por exemplo, que tivesse seu filho em território estrangeiro, teria a garantia que este seria cidadão do Brasil.

O quarto inciso dispunha sobre a permissão para os nascidos em Portugal e suas possessões, que tinham residência aqui, adotarem a cidadania brasileira. A regra não exigia manifestação expressa ou qualquer formalidade, bastava que continuasse com a residência no Brasil. Estabelece-se, portanto, um marco jurídico para os portugueses serem considerados estrangeiros. Os que estivessem no Brasil, no momento da independência, bastava retornar para Portugal, que não seriam considerados brasileiros. Os que não estivessem residindo em solo brasileiro, quando da independência, vindo a entrar no Brasil, seriam considerados estrangeiros. Para os demais europeus ingressantes ou já residentes no território brasileiro, obviamente, não havia essa possibilidade de serem reconhecidos como brasileiros natos.

Havia a notória exceção dos que sofriam a condição de escravizados, oriundos da África, que não figurava como imigrante. Todo africano preso e transportado à força, através do desumano tráfico de escravizados, pisava em solo brasileiro na condição de coisa ou mercadoria, e nunca como ser humano. (PRUDENTE, 1988, p. 136) Este ponto é crucial para compreender a posição do escravizado com um não-brasileiro, um não-cidadão e um não-imigrante.

O último inciso deste artigo regulava a novidade jurídica do instituto da naturalização, distinguindo o brasileiro nato do naturalizado. Cabe notar que ainda não se utilizava a nomenclatura “brasileiro naturalizado”, mas “estrangeiro naturalizado”. Mas, sendo um inciso do artigo 6.º, que regulava quais eram os cidadãos brasileiros, então este “estrangeiro naturalizado” tinha a cidadania brasileira.

Contudo, essa naturalização não garantia a totalidade de direitos políticos. O estrangeiro naturalizado podia votar (art. 91, II), mas não podia ser eleito deputado (art. 95, II), nem podia ser ministro de Estado (art. 136). Portanto, se o imigrante

conseguisse se naturalizar, teria direitos políticos restritos, sem poder participar diretamente da atividade legiferante, mas apenas na condição de eleitor.

Este é o quadro constitucional sobre o qual o Império brasileiro começou a formar o primeiro ordenamento jurídico soberano, que teria que dar conta da regulação dos estrangeiros. É a partir dessa matriz disposta na Constituição de 1824 que sobreviriam regras de expulsão, deportação, extradição e colonização. Regras que mantiveram o quadro excludente no trato daqueles que escolheram o solo brasileiro para visitar, mas sobretudo como lar para si e sua família.

CONCLUSÃO

Este estudo se mostra como uma breve introdução ao que pode se alcançar na pesquisa da exclusão do estrangeiro e do imigrante, no início da história legislativa do Brasil. Muito mais pode ser encontrado ao se examinar a história do ordenamento jurídico, a partir das bases excludentes que aqui se revelam.

Nas Ordenações Filipinas, toda complexidade social formatada pelas normas de direito colocava o estrangeiro à mercê da exclusão. A Constituição de 1824 formalmente deu fim aos privilégios, mas não à exclusão. Além do déficit de direitos, em relação ao nacional, deve-se ter em conta que o estrangeiro poderá ser expulso e deportado, a partir de leis infraconstitucionais. Além disso, devemos lembrar que não se muda todo tecido social, seus costumes e práticas, com uma norma jurídica, mesmo a constitucional.

Este é a gênese da tradição jurídica brasileira e é a partir deste quadro que a imigração deu seus primeiros passos. Herdando um quadro social de exclusão, ratificado pelo ordenamento jurídico. Sem contar a vinda dos escravizados, que não encontravam nem a condição de ser humano no ambiente jurídico civil (para receber punições, o direito penal reconhecia sua condição humana). Esta vinda não é contabilizada como imigração nem como situação de regulação de estrangeiros, onde a exclusão encontra sua plenitude.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal:** recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>. Acesso em 15 jul. 2023.
- BRASIL. Constituição (1824). **Lex: Constituição Política do Império do Brazil.** Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 31 jul.2023.
- CARNEIRO, Manuel Borges. **Direito civil de Portugal.** Contendo três livros: I. das pessoas, II. das coisas, III. das obrigações e ações. Tomo I. Lisboa: Typ. de Maria da Madre de Deus, 1858.
- HESPANHA, António Manuel de. **Hércules confundido. Sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português.** Curitiba: Editora Juruá, 2009.
- MATTOS, Hebe Maria. **A escravidão moderna nos quadros do Império português: o Antigo Regime em perspectiva atlântica.** In: Fragoso, João; Bicalho, Maria Fernanda; Gouvêa, Maria de Fátima. O Antigo Regime nos trópicos. A dinâmica imperial portuguesa. (séculos XVI-XVIII). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p. 141-162.
- ORDEM DA TORRE E ESPADA. In: **O Arquivo Nacional e a história luso-brasileira. Brasília.** Arquivo Nacional, 2017. Disponível em: http://historialuso.an.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4986:ordem-da-torre-e-espada. Acesso em: 31 jul. 2023
- PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. **Negro na ordem jurídica brasileira.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 83, n. jan/dez. 1988, p. 135-90, 1988 Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67119>. Acesso em: 25 set. 2022.
- RIBAS, Antonio Joaquim. **Curso de direito civil brasileiro I.** Parte Geral. Tomo II. 1.a ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1880.
- SILVA, José Justino de Andrade e. Coleção cronológica da legislação portuguesa compilada e anotada: 1603-1612. Lisboa: Imprensa de J. J. A. Silva, 1854.
- SILVA, Maria Beatriz Nizza. **Ser nobre na colônia.** São Paulo: Editora UNESP, 2005.

A JUDICIALIZAÇÃO DOS MEDICAMENTOS SEM REGISTRO NA ANVISA: A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES¹⁹

Rosana Helena Maas²⁰
Anderson Carlos Bosa²¹

RESUMO

A partir da análise referente ao tema da judicialização da saúde, o foco deste trabalho recai sobre a jurisprudência do Supremo

¹⁹ Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa “A judicialização da saúde e sua incidência na proteção de grupos em situação de vulnerabilidade: análise dos aspectos relacionados à vulnerabilidade na garantia do direito social à saúde nas decisões do STF e da Corte IDH”, financiado pela FAPERGS (Auxílio Recém-Doutor – ARD – Edital 10/2020 – Termo de Outorga 21/2551-0000637-4).

²⁰ Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2009), mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2011), doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2016); doutorado sanduíche pela Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald, Rechts und Staatswissenschaftliche Fakultät, Alemanha (2016) e pós-doutorado pela Paris Lodron Universität Salzburg, Áustria (2018). Está realizando estágio pós-doutoral junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito- Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul, RS, sob orientação da Profa. Pós-Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal. Professora da Graduação e da Pós-Graduação em Direito- Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul, RS. Integrante do grupo de estudos Jurisdição Constitucional aberta (CNPQ). Coordenadora do grupo de estudos “Espectros dos direitos fundamentais sociais”. Coordenadora do projeto de pesquisa “A judicialização da saúde e sua incidência na proteção de grupos em situação de vulnerabilidade: análise dos aspectos relacionados à vulnerabilidade na garantia do direito social à saúde nas decisões do STF e da Corte IDH”, financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul - FAPERGS (Auxílio Recém-Doutor ARD - Edital 10/2020) Termo de Outorga 21/2551-0000637-4). Autora de livros e artigos publicados no Brasil e no exterior. Advogada. E-mail: rosanamaas@unisc.br.

²¹ Advogado. Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC. Messtrando no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul- UNISC (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil). Bolsista PROSUC/CAPEL. Integrante do Grupo de pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional- instrumentos teóricos e práticos". Pós-graduando em Direito Civil: Negócios, Contratos e Obrigações pela Faculdade Legale. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2397839945876923>. E-mail: andersonn.bosa@gmail.com.

Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em relação ao fornecimento de medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Portanto, a problemática a ser enfrentada consiste: os Tribunais Superiores seguem critérios sistemáticos e padronizados para deferir ou indeferir demandas envolvendo a judicialização dos medicamentos sem registro na referida autarquia? Para responder à problemática, utiliza-se da metodologia dedutiva e da técnica de pesquisa bibliográfica. No final, constata-se que os Tribunais têm entendimentos divergentes sobre o assunto. A importância deste trabalho designa-se ao fato da necessidade de compreender como o judiciário se posiciona em temas relacionados ao fenômeno da judicialização da saúde.

Palavras-chave: ANVISA. Critérios. Judicialização da Saúde. STJ. STF.

1 | INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como objeto de análise o fornecimento de medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), cujo papel é proteger a saúde pública através do controle sanitário de produtos e serviços, pelo Poder Judiciário. Com esse intuito, analisa-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação ao fornecimento dos medicamentos sem registro na ANVISA, visando avaliar se os Tribunais Superiores adotam critérios sistematizados e padronizados para aprovar ou rejeitar tais demandas. Na ordem da problemática que aqui se transcreve: os Tribunais Superiores seguem critérios sistemáticos e padronizados para deferir ou indeferir demandas envolvendo a judicialização dos medicamentos sem registro na referida autarquia?

Este estudo, conduzido pelo método dedutivo e através da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, aborda inicialmente o exame das perspectivas das cortes superiores, que é estruturado em três fases distintas do fenômeno da judicialização da saúde. Após, aponta os critérios dos Tribunais Superiores para o fornecimento de medicamentos sem registro, verificando a (in) consistência entre eles.

Almeja-se com este artigo, trazer a discussão sobre mais um viés da judicialização da saúde, condizente ao fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA, na busca da compreensão do fenômeno e de alternativas.

2 | O HISTÓRICO JURISPRUDENCIAL DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E A BUSCA DA PADRONIZAÇÃO NAS DECISÕES ENVOLVENDO O DIREITO À SAÚDE

O aumento da judicialização do direito à saúde, incentivado por impactos econômicos e dificuldades na implementação das interpretações constitucionais, tem atraído a atenção do Judiciário. Questões técnicas e existenciais surgem quando o direito à saúde confronta o Direito Sanitário e um sistema governamental com desafios distributivos e econômicos. Diante disso, o Judiciário tem criado padrões para lidar com a demanda e complexidade dos casos, proporcionando diretrizes para a maioria das ações de saúde. Nesse contexto, três fases distintas podem ser identificadas na evolução das decisões do STJ e STF.

A primeira dessas fases, situada na década de 90, favorecia o Estado, apontando sua incapacidade de atender todas as demandas de saúde. A segunda, iniciada nos anos 2000, enfatizou a proteção à dignidade humana e o mínimo existencial, diminuindo o peso das reivindicações estatais. E, a última dessas fases, ainda nos anos 2000, introduziu rigor na análise das solicitações de saúde, considerando aspectos como a listagem nacional de medicamentos, registro na ANVISA e custo. Essa fase é marcada por eventos importantes na judicialização da saúde como a Audiência Pública do STF em 2009, o julgamento em 2010 das Suspensões de Tutela Antecipada 175, 211 e 278; Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355 e Suspensão de Liminar 47, bem como da promulgação da Lei n. 12.401/2011 (que altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.) (BALESTRA NETO, 2015).

As ações judiciais ligadas ao direito à saúde ganharam espaço nos Tribunais Superiores na década de 90, após a Constituição de 1988, com ênfase no acesso a medicamentos e tratamentos (TORRES, 2008). No início, a jurisprudência era relutante em interferir nas políticas de saúde, evidenciado pelo caso do Recurso em Mandado de Segurança n. 6564/RS, em que a petição de uma jovem com doença rara e dispendiosa foi negada sob o argumento de que a realização do direito à saúde exigia ação legislativa (BRASIL, 1996).

Entretanto, a partir da consolidação da Constituição Federal de 1988, a jurisprudência começou a enfatizar o direito à saúde como um direito essencial, alinhado ao princípio da dignidade humana (BALESTRA NETO, 2015). O STF recebeu destaque ao estabelecer a obrigação de dispensação de medicamentos a pessoas em situação de vulnerabilidade econômica, independentemente dos custos (BRASIL, 2000), e ao reconhecer a responsabilidade do Estado em fornecer tratamentos de alto custo a pacientes com HIV/AIDS (BRASIL, 2002). Salientou-se que as restrições orçamentárias não podem impedir a implementação de direitos garantidos constitucionalmente (FIGUEREDO; SARLET, 2009).

Influenciado por decisões do STF, o STJ começou a priorizar a vida e a dignidade humana acima das restrições financeiras e programáticas. Isso ficou evidente no caso n. 11183/PR, onde o STJ determinou o fornecimento de medicamentos para uma criança com esclerose lateral amiotrófica (BRASIL, 2000). Hoje, a jurisprudência superior evoluiu para uma visão mais complexa do direito à saúde, levando em consideração as particularidades técnicas e financeiras de cada caso.

A complexidade dessa nova abordagem ficou manifesta no caso do Mandado de Segurança n. 8895/DF, onde foi solicitado o custeio, pelo SUS, de um tratamento médico internacional para retinose pigmentar, sem registro na ANVISA. Após diversos pareceres técnicos contrários, a relatora observou a ineficácia do tratamento e a proibição do custeio pelo Ministério da Saúde (BRASIL, 2003). Todavia, essa nova perspectiva também foi clara no caso da Suspensão de Segurança n. 3073/RN, onde foi discutido o

fornecimento de um medicamento experimental e sem registro na ANVISA, sendo reconhecida a sua eficácia e, conseqüentemente, ocorrendo o deferimento de seu fornecimento (BRASIL, 2007)

Em razão da importância do tema da judicialização da saúde e seu crescente número, o STF convocou uma audiência pública em 5 de março de 2009, com vários representantes da sociedade civil, para discutir parâmetros para a prática judiciária no âmbito da saúde. Essa audiência pública fundamentou a decisão da Suspensão de Tutela Antecipada 175, 211 e 278, da Suspensão de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355 e da Suspensão de Liminar 47, e destacou-se por acarretar uma mudança de postura do próprio STF em relação às ações envolvendo o direito à saúde (BRASIL, 2009).

Em decorrência da audiência pública, o STF, em 2010, unificou o entendimento de que a saúde é um direito público subjetivo, responsabilizando o governo pelo custeio de tratamentos caros para doenças graves, especialmente na ausência de políticas públicas adequadas (BRASIL, 2010). Esta decisão contrasta com a visão inicial que limitava a interferência do Judiciário na execução de políticas públicas para preservar a separação de poderes.²²

Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tomou medidas para melhorar as práticas judiciais relacionadas ao direito à saúde, principalmente através da Recomendação n. 31/2010, que encorajou os Tribunais brasileiros a adotar medidas que auxiliassem juízes e profissionais do direito na resolução de demandas de saúde (CNJ, 2010). Ao mesmo tempo, o Recurso Extraordinário de Repercussão Geral nº 855.178 estabeleceu que todos os entes federativos – União, Estados, Municípios e Distrito Federal – são solidariamente responsáveis pelo fornecimento de medicamentos e tratamentos médico-hospitalares (BRASIL, 2015).

Diante da ausência de clareza regulatória sobre a integralidade da assistência à saúde, como previsto na Constituição Federal de 1988, foi criada a Lei n. 12.401/2011 para regulamentar esse princípio (BRASIL, 2011). Nessa conjectura, o STF formulou uma

²² Sobre o assunto, verificar a obra de Leal e Maas (2020) referente à “Judicialização da Saúde e Controle Jurisdicional de Políticas Públicas”.

tese no Recurso Extraordinário n. 657.718/MG sobre o fornecimento de medicamentos e tratamentos sem registro na ANVISA, após discussões extensas, incluindo a Audiência Pública de 2009.

Por outro lado, o STJ, devido ao grande volume de demandas repetidas, estabeleceu uma tese contrária à do STF no Recurso Extraordinário n. 657.718/MG, por meio do Recurso Especial n. 1.657.156/RJ e do tema n. 106. Nesse contexto, é importante analisar a posição do STJ e do STF em relação à capacidade de obrigar os entes federados a fornecer medicamentos e tratamentos médico-hospitalares sem o devido registro na ANVISA, o que se fará no próximo ponto do trabalho.

3 | OS CONFLITOS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF E STJ QUANTO AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS SEM REGISTRO NA ANVISA

Durante a audiência pública de saúde de 2009²³, ficou estabelecido que medicamentos não registrados geralmente não devem ser fornecidos pelo Estado, exceto em casos de comprovada eficácia e necessidade indispensável. A importação de medicamentos registrados de outros países é permitida em circunstâncias excepcionais, apesar da proibição da produção e venda de medicamentos não registrados pela ANVISA no Brasil. O aumento do tempo de avaliação de novos medicamentos pela ANVISA e de ações judiciais levaram o STF a reconhecer a Repercussão Geral do Recurso Extraordinário n° 657.718/MG (BRASIL, 2019), reexaminando a obrigação do Estado em fornecer medicamentos não registrados.

O Recurso Extraordinário n. 657.718/MG, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, concentra-se na judicialização da saúde, particularmente no fornecimento de medicamentos não aprovados pela ANVISA pelo Estado. Decidido pelo STF em 22 de maio de 2019, a conclusão foi que o Estado não pode fornecer

²³ A audiência pública é uma forma de intervenção do *amicus curiae*. Nesse sentido, obra de Leal e Maas (2014) intitulada “O *amicus curiae* e o Supremo Tribunal Federal: fundamentos teóricos e análise crítica”.

medicamentos não aprovados pela ANVISA, exceto em casos excepcionais. Essa decisão foi um desdobramento de um recurso contra o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ-MG), que havia negado o fornecimento de um medicamento não registrado ao requerente (BRASIL, 2019).

Nos votos dispostos no Recurso Extraordinário nº 657.718/MG, os Ministros Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes se destacaram com pontos de vista distintos. O Ministro Barroso alertou para a falta de critérios em decisões de saúde e o potencial comprometimento do sistema de saúde pública com tratamentos caros e questionáveis. No entanto, apoiou a concessão do medicamento solicitado no caso em questão, já que este havia obtido registro sanitário. O Ministro Moraes, por outro lado, destacou a tensão entre a proteção dos direitos fundamentais e a restrição de recursos, citando um aumento de 727% nas demandas judiciais entre 2010 e 2015. Ele também enfatizou o papel da Lei nº 12.401/2011 na regulamentação do SUS (Sistema Único de Saúde) e votou contra a concessão do recurso. No geral, os Ministros reforçaram o papel da ANVISA e a impossibilidade de fornecer produtos não registrados, reconhecendo, contudo, a necessidade de considerar casos excepcionais (BOSA; DELAZERI, 2022)

No plenário, por maioria dos votos, foi decidida a seguinte tese de repercussão geral: o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sendo que a ausência de registro na ANVISA, em regra geral, impede o fornecimento de medicamentos por decisão judicial. No entanto, é possível, de forma excepcional, a concessão judicial de medicamentos sem registro sanitário caso haja uma demora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior a 365 dias), desde que preenchidos três requisitos: (I) existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras; (II) existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (III) inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. Vale ressaltar que as ações que demandem o fornecimento de medicamentos sem registro devem ser analisadas levando em

consideração essas diretrizes estabelecidas pela decisão (BRASIL, 2019).

A análise da jurisprudência aponta que os entes federados, baseando-se no artigo 196 da Constituição Federal que preconiza o acesso universal à saúde, negam o fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA. Sustentam que, não devem ser obrigados a disponibilizar tratamentos de alto custo e eficácia questionável, preservando assim a integridade do SUS e de outras políticas públicas de saúde (BRASIL, 2019).

No entanto, garantir que o paciente não seja prejudicado pela burocracia estatal, que engloba a aprovação do medicamento no Brasil e sua inclusão na lista do SUS, é fundamental. No Recurso Extraordinário 657.718/MG, o Ministro Marco Aurélio ressalta que o Estado deve fornecer medicamentos de alto custo, ainda que não estejam na Política Nacional de Medicamentos, desde que indispensáveis e o paciente seja financeiramente incapaz de adquiri-los (BRASIL, 2019).

O STJ, por sua vez, em 2018, no Recurso Especial 1.657.156/RJ, estabeleceu o tema de obrigação do Poder Público de fornecer medicamentos não incorporados no SUS. Nessa ocasião, o Tribunal Superior decidiu que é dever do Poder Público²⁴ o fornecimento de medicamentos, mesmo que não incorporados pelo SUS, desde que cumulativamente preenchidos três requisitos: (I) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e detalhado expedido por médico que assiste ao paciente, da indispensabilidade ou necessidade do medicamento, bem como da ineficácia, para o tratamento da doença, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (II) incapacidade financeira do paciente para arcar com o custo do medicamento prescrito; e (III) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência (BRASIL, 2018). Os efeitos desta decisão repetitiva são aplicados de forma retroativa apenas aos processos iniciados após a data de publicação do acórdão contestado, ou seja, em

²⁴ Sobre o dever de proteção estatal, analisar a obra de Leal e Maas (2020) “Dever de proteção estatal”, “proibição de proteção insuficiente” e controle jurisdicional de políticas públicas”.

quatro de maio de 2018 (BRASIL, 2018).

No caso representativo, trata-se de uma paciente com glaucoma que solicitava colírios não fornecidos gratuitamente pelo SUS, mas registrados na ANVISA. O STJ confirmou a aprovação de tal pedido, negando o recurso do Estado do Rio de Janeiro. Esta decisão marca o primeiro caso repetitivo em que o STJ modulou os efeitos da sentença, aplicando critérios estabelecidos apenas para futuros casos, baseado no artigo 927, §3º, do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2018). O objetivo da modulação é garantir o interesse social e a segurança jurídica quando houver mudança na jurisprudência dominante ou julgamento de casos repetitivos (BRASIL, 2015). Após a conclusão de cada processo referente ao tema n. 106, o Ministério da Saúde e a Comissão Nacional de Tecnologia do SUS devem ser informados para avaliar a possibilidade de inclusão do medicamento solicitado no SUS (BRASIL, 2018).

Nesse sentido, percebe-se que o STJ consolida dois requisitos já mencionados pela jurisprudência do STF: (I) comprovação da ineficácia dos tratamentos disponíveis no SUS, requisito elencado pelo STF no Recurso Extraordinário n. 657.718/MG; (II) incapacidade financeira do sujeito para adquirir o medicamento, hipótese referida no Recurso Extraordinário n. 255.627/RS, que estabeleceu a obrigatoriedade dos entes federados em fornecer medicamentos, independentemente de seus custos, para pessoas economicamente hipossuficientes (BRASIL, 2000).

Contudo, o STJ exige registro de medicamentos na ANVISA, sem abrir exceções para fornecimento de medicamentos não registrados, um ponto divergente do entendimento proposto pelo STF no Recurso Extraordinário n. 657.718/MG. O STJ apenas prevê a possibilidade prevista na Lei n. 9.782/99 e o Decreto n. 8.077/2013, onde há possibilidade de dispensa de registro ou uso excepcional de medicamentos em casos específicos relacionados a programas de saúde pública e situações excepcionais, respectivamente (BRASIL, 1999; BRASIL, 2013).

Nesses termos, a jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA é

dividida: o STF permite, em condições específicas, e o STJ proíbe totalmente, exceto na hipótese da Lei n. 9.782/99 e do Decreto n. 8.077/13, que preveem a dispensa de registro e o uso excepcional de medicamentos em casos específicos relacionados a programas de saúde pública e situações ímpares, respectivamente.

Esta divisão ressalta a necessidade de um Judiciário ativo para resolver conflitos entre as responsabilidades estatais e os direitos fundamentais à vida e saúde. Embora ambos os Tribunais busquem aprimorar critérios e padrões para a imposição judicial de prestações de saúde, ainda há um déficit de robustez nas demandas por medicamentos sem registro na ANVISA.

CONCLUSÃO

O direito à saúde, garantido pela Constituição, é desafiado pela crescente judicialização da saúde, que leva ao Poder Judiciário a garantia desse direito, muitas vezes comprometido pela ineficiência de outros Poderes do Estado. Este texto examinou as decisões do STJ e STF sobre fornecimento de medicamentos não registrados pela ANVISA.

Identificam-se três fases na prática judiciária desses Tribunais sobre a questão: primeira, caracterizada pela prevalência das teses fazendárias; segunda, na qual a proteção à dignidade humana torna-se prioridade; e terceira e atual, na qual se busca racionalizar as demandas de saúde, analisando minuciosamente cada caso e criando critérios para padronizar decisões sobre questões específicas, como medicamentos fora das listas nacionais, sem registro na ANVISA, e de alto custo.

Segundo o STF, através do Recurso Extraordinário n. 657.718/MG, em caso de atraso injustificado da ANVISA na avaliação do pedido de registro (superior a 365 dias previstos na Lei nº 13.411/2016) e cumprindo três critérios: pedido de registro do medicamento no Brasil, registro em agências de regulação estrangeiras renomadas e inexistência de substituto terapêutico registrado no Brasil, é possível o fornecimento de medicamentos não registrados.

Em contrapartida, o STJ, no Recurso Especial n. 1.657.156/RJ, proíbe o Estado de fornecer medicamentos sem registro na ANVISA, exceto nos casos previstos na Lei n. 9.782/99 e o Decreto n. 8.077/2013. Essas discrepâncias entre as instâncias judiciais contradizem a tentativa de sistematização e padronização nas ações de saúde, apontando para a necessidade de critérios mais claros e consistentes para o fornecimento de medicamentos não registrados pela ANVISA.

REFERÊNCIAS

BOSA, Anderson Carlos; DELAZERI, Luiz Henrique. A (im)possibilidade do fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA: um estudo acerca da jurisprudência do TJ-RS e dos critérios estabelecidos pelo STF no julgamento do RE 657.718/MG. *In*: GORCZEWSKI, Clovis; LEAL, Mônia Clarissa Hennig Leal (Org.). **Direitos e Políticas Públicas II**. Porto Alegre: Free Press, 2022. p. 459-485.

BALESTRA NETO, Otávio. A jurisprudência dos Tribunais Superiores e o Direito à saúde: Evolução Rumo à Racionalidade. **Revista Direito Sanitário**, São Paulo, v.16 n.1, p. 87-111, mar./jun. 2015. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/100025>. Acesso em: 05 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 8.077, de 14 de agosto de 2013**. Regulamenta as condições para o funcionamento de empresas sujeitas ao licenciamento sanitário, e o registro, controle e monitoramento, no âmbito da vigilância sanitária, dos produtos de que trata a Lei n. 6.360, de 23 de setembro de 1976, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2013]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8077.htm. Acesso em: 04 jul. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Brasília: Presidência da República, [2022]. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. **Lei n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999**. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2001]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9782.htm. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança n. 8895/DF**. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, DF, 22, out. 2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 28 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança n. 6564/RS**. Relator: Ministro Demócrato Reinaldo. Brasília, DF, 23, mai. 1996. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 30 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.657.156/RJ**. Relator: Ministro: Bendito Gonçalves. Brasília, DF, 25 abr. 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 28 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Suspensão de Segurança n. 3073/RN**. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 09 fev. 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 28 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 12 de setembro de 2002. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso em: 23 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 255.627**. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 22 de novembro de 2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 23 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência pública da judicialização do direito à saúde**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 04 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 657.718**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 22 de maio de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensões de Tutela Antecipada 175, 211 e 278; Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; Suspensão de Liminar 47**. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 16 de março de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 04 mar. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação n. 31**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 25 abr. de 2018.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Odireito_a_saudeaos20anosdaCFcoletaneaTANIA_100409.pdf. Acesso em: 17 jan. 2018.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. **“Dever de proteção estatal”, “proibição de proteção insuficiente” e controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. **Judicialização da saúde e controle jurisdicional de políticas públicas: entre informação e participação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. **O amicus curiae e o Supremo Tribunal Federal: fundamentos teóricos e análise crítica**. Curitiba: Multideia, 2014.

TORRES, Ricardo. **O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

A IMPORTÂNCIA DAS PRÁTICAS DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA NA CONSTRUÇÃO DO CONHECIMENTO DOS ACADÊMICOS DO CURSO DE DIREITO DA UNISC

Caroline Fockink Ritt²⁵
Eduardo Ritt²⁶

RESUMO

Parte-se da descrição de projeto de extensão que já foi desenvolvido na cidade de Capão da Canoa, nos anos de 2010 a 2011 e, segundo projeto que, atualmente, é desenvolvido nas delegacias de polícia de Santa Cruz do Sul, Montenegro, Sobradinho e Passo do Sobrado. Destaca-se a importância da extensão universitária como oportunidade para os acadêmicos do curso de direito de a UNISC desenvolverem e aplicarem os conhecimentos jurídicos adquiridos durante o curso, da mesma forma a colaboração que a extensão provoca na formação humanista e cidadã desses discentes. Oportunidade social muito importante da atuação da sociedade “além dos seus muros”.

Palavras-chave: “conhecimento”; “extensão universitária”; “formação humanista e cidadã”;

²⁵ Caroline Fockink Ritt. É doutora em Direito, pós doutora em Direitos Fundamentais pela PUC, no RS, professora de Direito Penal e Criminologia no curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Coordenadora do Projeto de Extensão: “Enfrentamento da violência doméstica e familiar – Direitos e garantias legais da Mulher Agredida”, que é desenvolvido pela Universidade de Santa Cruz – UNISC, na cidade de Montenegro e Sobradinho/RS. E-mail: rittcaroline@unisc.br

²⁶ Eduardo Ritt. Promotor de Justiça em Santa Cruz do Sul/RS. Mestre em Direito. Professor de Processo penal na referida universidade. Coordena o projeto de extensão: “Enfrentamento da Violência Doméstica e Familiar: Direitos e garantias legais da Mulher Agredida”, em Santa Cruz do Sul e Passo do Sobrado/RS. E-mail: eduardoritt@mprs.mp.br

ABSTRACT

It starts with the description of an extension project that has already been developed in the city of Capão da Canoa, in the years 2010 to 2011 and, second project that, currently, is developed in the police stations of Santa Cruz do Sul, Montenegro, Sobradinho and Passo do Sobrado. The importance of university extension is highlighted as an opportunity for law students at UNISC to develop and apply the legal knowledge acquired during the course, as well as the collaboration that extension causes in the humanist and citizen education of these students. A very important social opportunity for society to act “beyond its walls”.

Keywords: “knowledge”; “University Extension”; “humanist and citizen education”;

1 | INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo principal demonstrar a importância de projetos de extensão universitária na formação acadêmica dos alunos do Direito. Desenvolve-se em três tópicos: (1) analisar o projeto de extensão, com relação aos direitos das pessoas idosas, que foi desenvolvido na cidade de Capão da Canoa em 2010 e 2011; (2) analisar o projeto de extensão que tem como foco na orientação e proteção das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, que atualmente é desenvolvido nas cidades de Santa Cruz, Sobradinho, Montenegro e Passo do Sobrado/RS. E, finalmente, (3) destaca-se a importância da extensão universitária na formação prática, humanista e cidadã dos acadêmicos do curso de direito da UNISC. Os acadêmicos do curso de direito, quando atuam na extensão, estarão diante de problemas sociais práticos e terão oportunidade de conjugar ensinamentos teóricos com situações práticas apresentadas.

2 | PROJETO DE EXTENSÃO: “DIREITOS DO IDOSO”, DESENVOLVIDO EM CAPÃO DA CANOA EM 2010 E 2011

A Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – é uma universidade comunitária e os projetos de extensão possuem como objetivo, justamente, esta efetiva/aproximação entre comunidade e universidade. O Projeto de Extensão “Direitos do Idoso” esteve inserido no Núcleo de Ação Comunitária da Universidade de Santa Cruz do Sul e atuou no Município de Capão da Canoa, iniciando seus atendimentos e pesquisas no segundo semestre de 2010 e encerrando no primeiro semestre de 2011. Atuou em conjunto com as entidades representativas dos idosos locais, da Prefeitura Municipal de Capão da Canoa, bem como com a colaboração do Conselho Municipal do Idoso (COMID). A experiência foi exercida pela bolsista Raphaela dos Santos, estudante do curso de Direito do Campus de Capão da Canoa, sob a coordenação da Professora Caroline Fockink Ritt, professora do Curso de Direito da UNISC.

O projeto teve como atividade central o desenvolvimento à orientação jurídica, voltada exclusivamente às pessoas idosas, baseada na Lei nº 10.741/2003- *Estatuto da Pessoa Idosa* e demais legislações. As orientações foram prestadas de forma clara e direta às pessoas idosas, com o ficto objetivo de que esse tivesse consciência de seus direitos, benefícios e prioridades. Os atendimentos foram realizados todos os dias da semana, sendo que em seu primeiro semestre de atuação, o presente projeto atendeu cerca de sessenta idosos, orientando, encaminhando e auxiliando-os nas necessidades inerentes aos direitos dessa parcela da população.

Devido à grande demanda associada ao fator local, o Projeto teve a necessidade de haver sua prorrogação durante o período de veraneio, quais sejam: os meses de janeiro e fevereiro de 2011, onde o atendimento foi prestado de forma voluntária. O projeto continuou no segundo semestre, que ocorreu de março a julho de 2011, com a mesma procura e atendimento às pessoas idosas da comunidade.

Os atendimentos deram-se minuciosamente com o cuidado

do uso de uma linguagem coloquial com o objetivo de propiciar um entendimento satisfatório por parte do receptor e durante o andamento do Projeto surgiram situações em que a intervenção judicial se fez necessária na tentativa de solucionar o litígio apresentado pelo idoso assistido. Tais intervenções deram-se na esfera do Juizado Especial Cível (JEC), momento no qual a acadêmica, sempre sob supervisão da professora responsável, confeccionou peças inaugurais para os respectivos processos – as quais eram subscritas pelos próprios idosos. Nestas ações, foi prestada por parte dos integrantes do Projeto toda a orientação quanto à condução do processo, bem como efetuado o acompanhamento necessário em todas as audiências e transações realizadas.

Com relação aos resultados obtidos no desvelar do Projeto, esses foram além daqueles previsto em seu início, pois, estendeu-se a amplitude do atendimento para além da orientação jurídica baseada no Estatuto da Pessoa Idosa e demais legislações, sendo realizado o acompanhamento processual em demandas no Juizado Especial Cível, bem como a confecção de peças processuais para ações desse âmbito e, acompanhamento em audiências e transações.

Ademais, as orientações jurídicas abrangeram não somente os idosos, mas também seus familiares, vez que em diversos casos a atuação de familiares era imprescindível para se obter êxito na resolução das necessidades do próprio idoso, como em casos de idoso interditado civilmente ou em questões familiares entre pais, filhos e netos.

Desse modo, foi possível suprir uma carência real no acesso ao atendimento jurídico pelos idosos. Ressalta-se que todos os idosos acompanhados juridicamente pelo Projeto, tiveram sentença favorável, ainda que parcialmente procedente.

Também resultado do projeto de extensão a conscientização de todas as Instituições e Entidades locais as quais foram visitadas pelos integrantes do Projeto, procurando esclarecer as dúvidas frequentes das pessoas idosas. Em cerca de dez meses de duração, o projeto realizou cem atendimentos, número muito expressivo, levando-se em conta a mentalidade social, principalmente, das

próprias pessoas idosas, o de não buscar ajuda para sanar suas dúvidas, seja por achar que será muito difícil, seja por achar que não tem capacidade para tanto ou então por se conformar com a posição de exclusão que lhe é imposta pela sociedade atual.

Salienta-se que a comunidade local foi muito receptiva e sentiu-se lisonjeada com a iniciativa da UNISC em proporcionar em “link” entre a população idosa e o conhecimento de seus direitos.

3 | PROJETO DE EXTENSÃO: “DIREITOS DA MULHER AGREDIDA”

A violência doméstica é considerada como sendo o tipo de violência que ocorre entre membros de uma mesma família ou que partilham do mesmo espaço de habitação. Tal circunstância faz com que seja um problema muito complexo, pois entra na intimidade das famílias e das pessoas, agravada pelo fato de não ter, geralmente, testemunhas e ser exercida em espaços privados.

Foi justamente por meio da constatação de registro de muitos casos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, nas cidades de Santa Cruz do Sul- RS e região que percebemos, paulatinamente, a necessidade de criação do projeto de extensão – para se auxílio das vítimas da violência doméstica.

O que se constata é que diante da própria violência doméstica, a vítima ainda não tem conhecimento dos direitos e das garantias determinadas legalmente. Assim, faz-se necessário um atendimento humanista, com privacidade, esclarecendo, fazendo a devida orientação jurídica, quanto aos direitos da mulher agredida, os quais se encontram assentados na Constituição Federal, bem como na Lei Maria da Penha, e nas demais determinações infra-constitucionais, como questões de direitos de família, separação, alimentos, guarda dos filhos, tanto a legislação estadual como municipal. Para isso, é realizado atendimento diário, no interior das delegacias de Polícia nas cidades de Montenegro, Santa Cruz do Sul, Sobradinho e Passo do Sobrado.

A atividade, das bolsistas de extensão do projeto, consiste no auxílio às vítimas, atendendo-as assim que chegam à delegacia, após a ocorrência de violência, ameaças e busca atendimento

nesse órgão público. Geralmente, muito fragilizada e sem informações de seus direitos ou de medidas de proteção que legalmente dispõe para sua proteção. Da mesma forma, para as mulheres as quais já possuem procedimentos em andamento na delegacia, as bolsistas tentam auxiliá-las por meio de contato telefônico, com a intenção de verificar a atual situação delas, para também orientar acerca da continuidade do procedimento instaurado.

Na mesma toada, o projeto proporciona uma melhor interação entre a sociedade e a Universidade, além de proporcionar aos alunos do Curso de Direito da UNISC mais uma oportunidade para colocar em prática seus conhecimentos jurídicos adquiridos no curso.

Observa-se que as ocorrências mais frequentes são o delito de ameaça, seguido de lesão corporal. Nota-se que as questões culturais como: machismo, patriarcalismo, dependência financeira, entre outros tipos de subjugação do gênero feminino ainda são fatores determinantes nos casos de violência doméstica.

4 | A IMPORTÂNCIA DA EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA PARA A FORMAÇÃO PRÁTICA, HUMANISTA E CIDADÃ DOS ACADÊMICOS DO CURSO DE DIREITO

A educação possui poder na construção de sociedades mais justas, fraternas e éticas. Como argumenta Hugo Espínola (2020, 104-105) ela é ferramenta determinante para a evolução dos povos rumo aos valores democráticos e aos relacionados com os direitos humanos. No âmbito da justiça social, moral e política, baseada na igualdade de direitos e na solidariedade coletiva, inexistente avanço sem a promoção de uma educação inclusiva, humanizadora e integrativa, para todos e com a atuação de todos. Destaca o referido que, pode-se afirmar que sem educação não há civilização nem prosperidade.

E, também, podemos citar o entendimento atual da Unesco, citada por Andrade (2018, p. 176) o qual nessa perspectiva de educação integral para o desenvolvimento humano, por meio

do conceito de cidadania global, postula princípios curriculares (expectativas de aprendizagem) para orientar as práticas educacionais nessa finalidade. Ela defende que a educação deve garantir o desenvolvimento de todos, como também de cada um, na perspectiva de uma multidimensionalidade cognitiva, socioemocional e comportamental.

Ideias as quais adquiriram um *status* oficial ao serem compartilhadas pela totalidade das instâncias internacionais que têm competências no campo da educação, como a ONU, a UNESCO e a OCDE, consideram que a função de educação é justamente de proporcionar uma formação integral da pessoa, para que essa seja capaz de responder aos problemas que a vida propõe. O ensino deve ser para todos, independentemente de suas possibilidades profissionais. Formar em todas as suas possibilidades profissionais. Formar em todas as capacidades do ser humano, com a finalidade de poder responder aos problemas que a vida apresenta.

E, ao mesmo tempo, observa-se ou, conforme destaca Zabala (2010, p. 21-23) a incapacidade de boa parte dos cidadãos escolarizados para saber utilizar os conhecimentos que, teoricamente, possuem, ou que foram apreendidos, em seu tempo escolar, em situações ou problemas reais, sejam cotidianos ou profissionais. Observa o referido, defendendo a necessidade de revisar o caráter dessas aprendizagens, devido a desconexão entre a teoria e prática.

Daí, destacamos a importância da extensão universitária, o qual também está no fato de que a busca e o contato com a realidade profissional aumentam a motivação, a criatividade, a inovação e a cientificidade para estudar os conteúdos que envolvem a proposta, colocando o estudante como protagonista de sua aprendizagem. (LIMA, 2020, p. 46)

Nas palavras de Gatto (2019, p. 97) qualquer que seja a concepção de educação, ela deve fazer do aluno um ser único, não conformista e que tenha preparo, ou seja, espírito para enfrentar grandes desafios os quais lhe tragam valores que vão servir para guiar essa pessoa por toda a sua vida.

A extensão propicia novos aprendizados, pois, eles constroem

seu entendimento, participando efetivamente da própria aprendizagem, mediante a experimentação, a pesquisa em grupo, o estímulo à dúvida, desenvolvimento do raciocínio, com reflexão do realmente aprender. (LIMA, 2020, p. 40)

Ela também possibilita o compartilhamento, com as pessoas, com o público externo da universidade, do conhecimento o qual foi adquirido através do ensino e pesquisa desenvolvidos na instituição. Ocorre uma articulação do conhecimento científico, com as necessidades que a comunidade apresenta e onde ela está inserida. Dessa forma, a universidade interage com a comunidade e colabora para a transformação social, garantindo valores democráticos de igualdade de direitos, respeito à pessoa e sustentabilidade ambiental e social. (UFES, 2013, <http://www.proex.ufes.br>)

A universidade, através da extensão, influencia e também é influenciada pela comunidade, possibilitando uma troca de valores entre ambas. A extensão universitária deve acontecer sempre como em uma via de duas mãos, ou seja, a Universidade leva conhecimentos e assistência à comunidade, ao mesmo tempo em que aprende com a realidade dessas comunidades.

Como observa Heitor Facini (2017, <<https://www.kuadro.com.br>>,) a extensão universitária faz parte do chamado tripé educacional junto com pesquisa e o com as atividades de ensino. Sua principal função é a de conectar as universidades com as comunidades em que estão inseridas, desenvolvendo projetos e as beneficiando diretamente.

Ressalta o referido que a vida de um universitário não se resume somente ao que ele aprende em sala de aula, mas que a boa graduação é aquela onde o aluno tem acesso a outras iniciativas, dentre elas, a mais importante extraclasse é a extensão universitária. A extensão dá a oportunidade de o aluno explorar e desenvolver na prática o que aprendeu no curso universitário. Sendo que na extensão o contato com a comunidade é direto, pois, o aluno extensionista acaba assumindo a responsabilidade como se estivesse diante de qualquer outro trabalho e atua, como diz o referido “*fora dos muros da Universidade*” o que trará

uma experiência curricular enriquecedora e significativa em seu campo de atuação.

Possibilita, portanto, a formação do profissional cidadão e se credencia, cada vez mais, junto à sociedade como espaço privilegiado de produção do conhecimento significativo para a superação das desigualdades sociais existentes. O mais importante é que ela possibilita a integração entre universidade-comunidade, nesse sentido, a comunidade universitária poderá conhecer a problemática nacional e atuar na busca de soluções plausíveis, dentre outras qualidades ressaltadas. (SCHEIDEMANTEL, 2004, <https://www.ufmg.br>)

Mendonça e Silva (2002) pontuam que poucos são os que têm acesso direto aos conhecimentos gerados na universidade e que a extensão universitária é imprescindível para a democratização do acesso a esses conhecimentos, assim como para o redimensionamento da função social da própria universidade.

Os referidos autores também ressaltam que uma das principais funções sociais da Universidade é a de contribuir na busca de soluções para os graves problemas sociais da população, formulando políticas públicas participativas e emancipadoras. A extensão, portanto, é indispensável na formação do aluno, na qualificação do professor e no intercâmbio com a sociedade. A qualidade e o sucesso dos profissionais formados pelas universidades dependem, diretamente, do nível de desenvolvimento, equilíbrio e harmonia entre essas três áreas da Universidade.

Analisou-se a fins de exemplo de extensão universitária o projeto desenvolvido pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC/RS), na cidade de Capão da Canoa, *“Direitos do Idoso”* nos anos de 2010 a 2011 e também o projeto *“Enfrentamento da violência doméstica e familiar – Direitos e garantias legais da Mulher agredida”*, desenvolvido em parceria com a Delegacia Especializada no Atendimento à Mulher, nas cidades gaúchas de Santa Cruz, Sobradinho, Passo do Sobrado e Montenegro.

São muitos pontos positivos os quais foram e continuam a serem alcançados, com atendimento das vítimas e esclarecimento de seus direitos. Busca-se a inserção comunitária da Universidade,

por meio de projetos humanistas e que servem, para além de boa formação dos acadêmicos, também para mudar a realidade social onde a universidade está inserida. Também proporcionam aos alunos do Curso de Direito da UNISC, mais um local para colocar em prática seus conhecimentos.

E, finalmente, concordamos com Lima e demais (<http://www.editorarealize.com.br>) que a extensão é meio facilitador e promissor pelo qual a Universidade tem a oportunidade de levar até a comunidade os conhecimentos dos quais é detentora, ou seja, é a forma pela qual ela encontra de democratizar o conhecimento e fazer com que esse chegue até àqueles os quais não são universitários.

CONCLUSÃO

Nas devidas considerações finais, destacamos a importância da extensão universitária, que é a ação da Universidade junto à comunidade a qual ela está inserida. Da mesma forma, a importância da extensão universitária na formação prática e humanista dos alunos do curso de Direito caracterizando-se em uma oportunidade para aplicação dos ensinamentos adquiridos durante a graduação em situações reais as quais lhes são apresentadas, buscando soluções, dando-se conta dos problemas sociais e adquirindo uma formação mais humanista, no trato com essas pessoas e problemas sociais. É por meio da extensão que vemos a verdadeira inserção comunitária da universidade.

Ela possui papel muito importante na formação humanista dos acadêmicos do curso de direito uma vez que estão diante de problemas sociais práticos e terão oportunidade de conjugar ensinamentos teóricos com situações práticas apresentadas.

Experiência excelente para o desenvolvimento e crescimento pessoal e profissional dos alunos do curso de Direito. A extensão significa que a Universidade está atuando além dos seus muros, além da sala de aula. A inserção comunitária é outro ponto muito positivo da extensão universitária: os alunos vão estar ajudando a resolver problemas que a comunidade enfrenta, comunidade essa onde a Universidade em que estudam, está inserida. Ou

seja, a extensão é meio facilitador e também promissor onde a Universidade tem a oportunidade de levar para a comunidade os conhecimentos que ela possui.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Júlia Pinheiro.; SARTORI, Juliana. O professor autor e experiências significativas na educação do século XXI: estratégias ativas baseadas na metodologia de contextualização da aprendizagem. In: BACICH, Lilian.; MORAN, José. (Org.). *Metodologias ativas para uma educação inovadora: uma abordagem teórica-prática*. Porto Alegre: Penso, 2018.

ESPÍNOLA, Hugo. Desenvolvimento de competências pessoais e profissionais em vivências de sociocracia. In: DEBALD, Blasius. (org.). *Metodologias ativas no ensino superior: o protagonismo do aluno*. Porto Alegre: Penso, 2020.

FACINI, Heitor. Qual a importância da extensão universitária? 2017. Disponível em: <<https://www.kuadro.com.br/posts/qual-a-importancia-da-extensao-universitaria/>>. Acesso em: 19. Jul. 2023.

GATTO, John Taylor. *Emburrecimento programado: o currículo oculto da escolarização obrigatória*. Trad. Leonardo Araújo. Campinas/SP, CEDET – Centro de Desenvolvimento Profissional e Tecnológico, 2019.

LIMA, José Erlandro Cardoso de; SILVA, Ingrid Raquel Nóbrega da; NASCIMENTO NETO, Pedro Francisco do; PEREIRA, Charlane Kelly Souto; BAKKE, Larissa Almeida. A importância da extensão universitária na formação profissional do curso de farmácia. In: *II CONBRACIS: II Congresso Brasileiro de Ciências da Saúde*. Disponível em: <http://www.editora-realize.com.br/revistas/conbracis/trabalhos/TRABALHO_EV071_MD1_SA3_ID2191_14052017154833.pdf>. Acesso em: 19. Jul. 2023.

LIMA, Maurícia Cristina de LIMA; CLAPIS, Maria José. Estudantes aprendem fazendo com significado. In: *Metodologias ativas no ensino superior: o protagonismo do aluno*. Organizador: Blasius Debalde. Porto Alegre: Penso, 2020.

MENDONÇA, S. G. L.; SILVA, P.S. Extensão Universitária: Uma nova relação com a administração pública. Extensão Universitária: ação comunitária em universidades brasileiras. São Paulo, v. 3, p. 29-44, 2002.

SCHEIDEMANTEL, Sheila Elisa; KLEIN, Ralf; TEIXEIRA, Civil Lúcia Inês; A Importância da Extensão Universitária: o Projeto Construir. In: *Anais*

do 2º Congresso Brasileiro de Extensão Universitária. Belo Horizonte, 2004. Disponível em: <https://www.ufmg.br/congrent/Direitos/Direitos5.pdf>. Acesso em: 19. Jul. 2023.

UFES- UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO. O que é extensão universitária? 2013. Disponível em: <http://www.proex.ufes.br/o-que-%C3%A9-extens%C3%A3o-universit%C3%A1ria>. Acesso em: 19. Jul. 2023.

ZABALA, Antoni. ARNAU, Laia. *Como aprender e ensinar competências*. Porto Alegre: Artmed, 2010.

PANDEMIA E A NECROPOLÍTICA: IMPACTOS SOB A PERSPECTIVA DO RACISMO ESTRUTURAL

Tatiana dos Santos Schuster²⁷

RESUMO

O racismo estrutural reproduz diversos comportamentos, práticas, crenças e preconceitos com base na raça ou na etnia, que fundamentam desigualdades evitáveis e injustas. O objetivo é discutir se o racismo estrutural tem relação direta com os maiores impactos da pandemia sofridos pela população negra, o que evidencia uma necropolítica explícita. A hipótese apresentada, é que a pandemia do novo coronavírus, afetou sobremaneira a população negra por conta do racismo que é estrutural na sociedade brasileira, aumentando ainda mais os índices das desigualdades já latentes, demonstrando a necropolítica que acaba por definir os modos de racialização na sociedade brasileira. O método de pesquisa é o dedutivo e a técnica de pesquisa a bibliográfica, com referências de diferentes autores. Serão analisados os impactos, com base nos índices de desemprego, renda, escolaridade e comorbidades.

Palavras-chave: Pandemia. Desigualdade racial. Necropolítica. Racismo Estrutural.

1 | INTRODUÇÃO

A pandemia do novo coronavírus tem causado mudanças significativas nas relações sociais, especialmente devido ao

²⁷ Tatiana dos Santos Schuster. Professora do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC. Doutoranda em Direito no Programa da Pós-Graduação em Direito-Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa PROSUC/CAPES (UNISC). Integrante do Grupo de Pesquisa Integrado em Controle Social e Administrativo de Políticas Públicas (UNISC). Advogada. E-mail: tatianasantos@unisc.br.

seu impacto devastador na vida de muitos indivíduos. Nesse contexto, fica evidente que a população negra vem sendo afetada, sofrendo maior impacto social da pandemia devido ao racismo profundamente arraigado na estrutura social brasileira, diante da falta de acesso aos direitos fundamentais básicos para a população negra.

O cenário pandêmico ampliou a condição de vulnerabilidade da população negra, refletida tanto nos altos índices de mortalidade pela doença do coronavírus quanto nas questões históricas e sociais que afetam esse grupo étnico. No Brasil, o racismo estrutural é uma realidade que perpetua desigualdades significativas, cuja raiz se encontra na ausência de enfrentamento dos resquícios da escravidão.

O racismo se manifesta de diversas formas no Brasil, muitas vezes mascarando a ideia de uma suposta democracia racial. Para compreender o fenômeno do racismo no contexto brasileiro, é essencial considerar os elementos históricos, sociais, políticos, jurídicos e econômicos que permeiam a escravidão e seus vestígios pós-abolição.

A população negra, que é marginalizada pela estrutura social, como acesso limitado a serviços básicos de saúde e infraestrutura sanitária, no contexto pandêmico, viu-se ainda mais desprotegida de suas garantias constitucionais, com aumento do desemprego, da violência e da luta pela sobrevivência. A falta de políticas públicas abrangentes e informações específicas para essa população sobre os riscos da pandemia contribuiu para essa situação.

O racismo estrutural se manifesta na sociedade por meio de instituições permeadas por viés racista, resultando em uma sociedade hierarquicamente estruturada com vantagens predominantemente atribuídas à população branca. Essa condição leva a uma necropolítica explícita, onde a cor da pele define quem vive e quem morre.

A pesquisa buscou discutir a influência direta do racismo estrutural na intensificação da perda de vidas da população negra durante a pandemia do coronavírus, evidenciando a necropolítica.

Foram analisados os impactos com base nos índices de desemprego, renda, escolaridade e comorbidades.

2 | O RACISMO ESTRUTURAL COMO REPRODUÇÃO DAS DESIGUALDADES RACIAIS

A pandemia do novo coronavírus expôs novamente a população negra à marginalização social, por conta de um racismo que é estrutural. Esse tipo de racismo perpetua um sistema de desigualdades que impacta de forma desproporcional a população negra, o que está diretamente relacionado à ausência de medidas efetivas para enfrentar as consequências históricas da escravidão, que se refletem em inúmeras adversidades sociais.

Em decorrência desses fatores, instaurou-se no imaginário brasileiro a concepção de que os problemas e as disparidades sociais são intrínsecos ao suposto atraso civilizatório dos povos racializados²⁸, o que tem sido utilizado como justificativa para a suposta dificuldade desses grupos em se adequarem às estruturas das sociedades modernas capitalistas (GONZAGA; CUNHA, 2020, p. 3).

Por praticamente três séculos e meio, o Brasil foi o país do hemisfério ocidental com maior território escravista no mundo. Foi responsável por ter recebido em torno de 5 milhões de africanos cativos, 40% do total de 12,5 milhões que embarcaram para a América e por conta disso, o Brasil foi o território que por mais tempo resistiu ao fim do tráfico negreiro, sendo também o último a abolir oficialmente o cativo no continente americano em 1888. Como resultado de todo este processo, é que o Brasil é o segundo país de maior população negra ou de origem africana no mundo (GOMES, 2019, p. 24).

Neste período, foram traficados para o Brasil cerca de 10 milhões de homens, mulheres e crianças do continente africano que foram incorporados ao sistema colonial escravista, os quais produziram a riqueza do país no período, e com o fim da

²⁸ Leia-se indígenas e negros. O branco é construído no domínio colonial não como um corpo racializado, ao contrário disso, ele se impõe enquanto modelo absoluto e universal de humanidade. Portanto, os racializados são os outros que estão abaixo ou fora da escala da humanidade.

escravidão legal em 1988 e início da República (1889) não foram incorporados ao sistema de produção como força de trabalho livre (DURAN, 2014, p. 392).

O padrão de poder é assentado pela colonialidade, em que a raça é revelada, nascendo assim, a definição do outro não branco, ou seja, índios, negros e mestiços. Essa distinção determina a classe, a posição e o papel na estrutura do poder, tendo como base fundamental o sistema de trabalho da servidão e a escravidão. Durante o período colonial, a raça e o trabalho forçado influenciaram o aparecimento de um novo pilar de relação de produção mundial, que foi construída sob as características de desumanização do outro, e que não cessa com o fim do colonialismo (TORRES, 2018, p, 32).

Desta forma, pode-se conceituar que o racismo é descrito como uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como base, e que se materializa por meio de práticas conscientes ou inconscientes, resultando em desvantagens ou privilégios para os indivíduos, de acordo com o grupo racial ao qual eles pertencem (ALMEIDA, 2019, p. 32).

O racismo tem origem num processo, em que a reprodução de desigualdade humana é caracterizada a partir de predicados corporais, o que se mostra anterior ao surgimento do conceito de raça, e que resulta na produção de criaturas, cuja identidade se encerra em ser “negro” e “índio”, como exemplos. Portanto, se do processo escravocrata no Brasil surge o racismo, o complexo de inferioridade biológico do negro, são questões que se organizam após a abolição, espalhando-se pelo país, como uma matriz para explicar o desenvolvimento nacional (IPEA, 2008, p.3).

Adicionalmente, é importante salientar que o racismo é considerado um sistema que perpetua desigualdades de oportunidades inseridas na estrutura de uma sociedade, as quais podem ser observadas mediante análise estatística das disparidades raciais em diversos âmbitos, como educação, saúde pública, emprego, renda, moradia, entre outros (GUIMARAES, 2009, p. 18). É através das regras encontradas dentro destas instituições que os indivíduos se tornam sujeitos, visto que suas ações e seus comportamentos são

inseridos em um conjunto de significados previamente estabelecidos pela estrutura social (ALMEIDA, 2019, p. 38).

Insta destacar, que o racismo estrutural, resulta de uma desigualdade política, econômica e jurídica. Contudo, não significa que o termo estrutural implique em algo intransponível, e que as ações políticas e institucionais antirracistas são ineficazes. Negligenciar os aspectos sociais, históricos e políticos do racismo é inadequado. O racismo é um processo histórico e político que gera condições sociais de discriminação sistemática para grupos racialmente marginalizados (ALMEIDA, 2019, p. 52).

Apesar de serem de grande relevância, essas classificações são insuficientes para caracterizar plenamente a dimensão objetiva da participação do Estado na estruturação sócio-racial do sistema de trabalho durante o período de transição da condição de escravo para livre. Além disso, elas não abordam adequadamente a falta de políticas públicas destinadas à ex-população escrava para sua incorporação ao novo sistema produtivo (SILVÉRIO, 2002, p. 245).

Apesar da abolição legal do sistema de castas, a população negra continuou enfrentando uma condição social semelhante à escravidão. Ao invés da integração nas classes sociais emergentes, a associação à plebe. Conseqüentemente, a desigualdade racial permaneceu inalterada, mesmo que existente uma certa ordem das raças que, embora tenha sido legalmente extinta, persistiu na organização social. O padrão assimétrico de relação racial tradicional, caracterizado pela supremacia branca e pela submissão compulsória do negro, encontrou ambiente propício para sua preservação tanto material quanto moralmente (FERNANDES, 2007, p. 106).

Observa-se uma estreita conexão entre o Estado e um padrão de aniquilação direcionado às populações racializadas, com prevalência entre as pessoas negras e pobres. Nesse contexto, a lógica racista ocupa um papel central nas práticas necropolíticas, inclusive durante o enfrentamento da pandemia da COVID-19, especialmente nos territórios periféricos, onde predominam em sua maioria as populações negras e de baixa renda, o que será discutido no tópico seguinte.

3 | DESIGUALDADE RACIAL E A NECROPOLÍTICA

A perda de vidas de indivíduos negros não é um fenômeno recente e não se limita apenas ao contexto atual, refletindo-se tanto nos elevados índices de violência como nos casos recentes de óbitos relacionados à pandemia.

O negro urbano no Brasil, principalmente nas regiões sudeste e sul, enfrenta um mecanismo de barganha racial, que historicamente impediu seu desenvolvimento e acesso a oportunidades privilegiadas ou socialmente compensadoras. Tal mecanismo foi criado para manter os brancos como detentores dessas oportunidades, marginalizando o negro no passado e no presente (MOURA, 2019, p. 30).

A desigualdade entre ricos e pobres é uma das principais origens de preconceitos e conflitos, além de um grande retrocesso na sociedade brasileira, processo oriundo da escravização dos negros, sendo a principal fonte de geração e manutenção de hierarquias sociais vinculadas ao pertencimento racial (SILVERIO, 2002, p. 222).

É possível constatar que as marcas históricas da escravidão, caracterizam a realidade de que os negros brasileiros tem mais propensão de viverem em situação de pobreza e analfabetismo em comparação com os brancos. Além disso, essa realidade também se reflete na discrepância de renda entre homens brancos e homens negros ou pardos, com os primeiros auferindo em média duas vezes ou mais do que os últimos (TELLES, 2003, p. 137).

Hoje, os negros representam 55,8% da população brasileira e 54,9% da força de trabalho. De acordo com o Informativo Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)²⁹. pretos e pardos são maioria entre trabalhadores desocupados (64,2%) ou subutilizados (66,1%). A informalidade também atinge mais esse contingente. Enquanto 34,6% de pessoas brancas encontram-se em condições

²⁹ A informação reúne dados de diversas pesquisas, como a Síntese dos Indicadores Sociais, o Censo e, principalmente, a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio- Contínua (PNAD Contínua) de 2018.

informais de trabalho, a informalidade atinge 47,3% de pretos e pardos (GOMES, 2020, p. 2).

Segundo mostram os dados do PNAD³⁰, a taxa de analfabetismo entre a população negra é o triplo da branca, sendo que no ano de 2018, 8,9% de pessoas pretas e pardas com 15 anos ou mais eram analfabetas, contra 3,6% de brancos, uma diferença de 5,3 pontos. Na faixa etária de 60 anos ou mais, a taxa de analfabetismo dos brancos alcançou 9,5% e, entre as pessoas pretas ou pardas, chegou a 27,1%. O levantamento considera analfabetismo não saber ler ou escrever um texto simples, como um bilhete³¹.

De igual forma, mostram os números em relação à educação por exemplo, segundo o estudo “Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil”, do IBGE, em 2018, a taxa de analfabetismo entre a população negra era de 9,1%, cerca de cinco pontos percentuais superior à da população branca, de 3,9%. Conforme a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD), também do IBGE, o percentual de jovens negros fora da escola chega a 19%, enquanto a de jovens brancos é de 12,5%³².

Desta forma, perpetua-se a dinâmica de aprofundamento da desigualdade pelo racismo, pois as políticas universalistas não o previnem, ao contrário, possuem a tendência de acentuar a divisão entre brancos, negros e classes sociais. “Os não-brancos são desproporcionalmente ignorados por tais políticas que nunca são verdadeiramente universais” (TELLES, 2003, p. 138).

Para Foucault (2010), existe uma consequência que decorre de um poder, que tem por base a dominação entre classes sociais que se julgam falsamente assentadas, e que se utilizam deste fator para legitimar a posição de indivíduos que assumem o encargo de soberanos. Nesse sentido, a profunda separação entre brancos e negros, pobres e ricos é um mecanismo legitimador de

³⁰ PNAD – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio.

³¹ Fonte: <https://www.cpp.org.br/informacao/noticias/item/15578-ibge-analfabetismo-entre-negros-e-tres-vezes-maior>. Acesso em 28 abr. 2021.

³² Fonte: Observatório de educação. Disponível em: <https://observatoriodeeducacao.institutounibanco.org.br/em-debate/desigualdade-racial-na-educacao>. Acesso em: 28 abr. 2021.

uma norma política baseada na preservação da vida, através da desconsideração do outro, isto é, a depuração da sociedade, obtida a partir da eliminação daquele que não é igual ao dominador (CASTELO BRANCO, 2009). Estas eliminações ocorrem pela própria negação dos espaços e oportunidades, à população negra, que representa a morte social.

São inúmeras as maneiras pelas quais essa política de morte ocorre, todas elas implícitas na sutileza e enraizadas na legitimação da noção arraigada de que a morte desses cadáveres escolhidos como sem valor é para garantir a sobrevivência daqueles – os brancos – que retêm determinado valor na sociedade. (SILVA; SILVA, 2020, p.206).

No contexto brasileiro, por exemplo, o poder necropolítico se faz visível no sistema carcerário, na população em situação de rua, nos apartheids urbanos nas grandes e pequenas cidades brasileiras, em dados relevantes, no genocídio da população negra que em sua maioria é jovem e masculina, na eclosão dos grupos de justiceiros, nos hospitais psiquiátricos, nas filas das defensorias públicas, nas urgências e emergências hospitalares, entre tantos outros lugares (LIMA, 2018, p. 28).

A relação entre o Estado e um modelo de genocídio de populações racializadas, se explica através do conceito da necropolítica³³. Essa perspectiva discute com o conceito foucaultiano de biopoder, destacando o racismo como componente central do exercício do poder estatal, o que fundamenta o direito de deixar morrer e/ou de matar, em nome da ratificação de alguns modos de reprodução de outras vidas mais legítimas, fundando-se a ideia de quem “pode viver e quem deve morrer” (MBEMBE, 2018, p. 31).

Essa mudança do objeto de governança da vida para a morte reflete os modos contemporâneos de violência praticados por agentes estatais e interestatais, como ocupação, genocídio, terrorismo, contraterrorismo e contra-insurgência. Para Mbembe

³³ Necropolítica é um conceito filosófico que faz referência ao uso do poder social e político para decretar como algumas pessoas podem viver e como outras devem morrer; ou seja, na distribuição desigual da oportunidade de viver e morrer no sistema capitalista atual. Fonte: Wikipédia. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Necropol%C3%ADtica>. Acesso em 28 abr. 2021.

(2018, p. 31), a qualidade mais fiel dessa formação de terror é a concatenação entre o biopoder, o estado de exceção e o estado de sítio. A raça é, mais uma vez, é decisiva para este encadeamento.

Assim no biopoder, a tarefa de gerir a vida fica por conta do poder político, de modo que sua “(...) função mais elevada já não é mais matar, mas investir sobre a vida de cima a baixo” (FOUCAULT, 1999, p. 131). Um tipo de crime perfeito, como aponta o antropólogo Kabenguele Munanga, em entrevista “Um intérprete africano do Brasil: Kabenguele Munanga”, realizada por Sylvania Dantas, Ligia Ferreira e Maria Pardini Bicudo Veras e publicada na Revista USP em 2017:

todos os racismos são abomináveis, são crimes, mas eu achei que o racismo brasileiro é um crime perfeito partindo da ideia de um judeu prêmio [Nobel] da Paz que disse uma vez que o carrasco mata sempre duas vezes, a segunda pelo silêncio, e nesse sentido achei o racismo brasileiro um crime perfeito. É como um carrasco que você não vê te matando, está com um capuz; você pergunta pelo racista e você não encontra, ninguém se assume, mas o racismo e a discriminação existem. Esse racismo matava duas vezes, mesmo fisicamente, a exclusão e tudo, e matava a consciência da própria vítima. A consciência de toda a sociedade brasileira em torno da questão, o silêncio, o não dito. Nesse sentido, era um crime perfeito, porque não deixava nem a formação de consciência da própria vítima, nem a do resto da população através do chamado mito da democracia racial [...] (Dantas, Ferreira, & Veras, 2017, p. 40).

Essa humanidade supérflua (BAUMAN, 2005), com lugar e função pré-definidas no sistema capitalista, vem sendo

despejada em covas coletivas abertas todos os dias, resultantes desse ordenamento necropolítico, no qual o poder da morte é soberano ao direito à vida. A morte vem justificada por conta da defesa dos riscos à economia e a segurança tornando-se fundamento ético dessa realidade (MBEMBE, 2018, p. 124).

Tal situação não é recente, pois é fruto das atrocidades históricas e estruturais ativamente produzida que, no contexto de agravamento do neoliberalismo e da crise sanitária, revela a sobreposição entre raça, pobreza, saúde pública e Estado. A junção de traços históricos e o recente congelamento dos gastos públicos em saúde, educação e assistência contidos na Emenda Constitucional 95/16, são desastrosos exemplos de como essa crueldade faz parte da atual política de Estado e se realiza por meio da necropolítica (GOMES, 2020, p. 2).

De igual forma, observa-se que no Brasil existem classes estruturais desfavoráveis à inclusão social da população negra no mercado de trabalho. Não obstante os negros em 2018, corresponderem à 55,8% da população nacional, 64% são desocupados e 66,1% são subutilizados. Conhecer estes dados possibilita uma das formas da vulnerabilidade quanto à garantia de subsistência desse grupo populacional (IBGE, 2020).

Assim, a criação de vulnerabilidades possibilita a concretização da violência física e da morte. Nesse sentido, a necropolítica, assim como a biopolítica, contribui para a produção de corpos frágeis, tornando-os suscetíveis a diversos infortúnios sociais, pessoais, ambientais e biológicos. Tais vulnerabilidades legitimam a fácil disposição desses corpos como descartáveis, pois são percebidos como representações de atraso e inadequação às normas do ciclo de produção e consumo (SILVA; SILVA, 2020, p. 206).

Efetivamente, não há um planejamento deliberado para determinar quem deve viver ou morrer. No entanto, a constatação da precariedade do sistema de atendimento, que majoritariamente beneficia a população negra e pobre, resulta em um extermínio biológico, cenário claramente refletido no contexto da pandemia de COVID-19.

CONCLUSÃO

Buscou-se através do presente trabalho demonstrar que o racismo estrutural tem relação direta com os maiores impactos da pandemia sofridos pela população negra, o que evidencia uma necropolítica explícita.

Restou configurado que a pandemia do novo coronavírus, afetou sobremaneira a população negra por conta do racismo que é estrutural na sociedade brasileira, aumentando ainda mais os índices das desigualdades já latentes, demonstrando a necropolítica que acaba por definir os modos de racialização na sociedade brasileira

O Estado brasileiro após a abolição da escravatura, negou à população negra, as mínimas condições, de sobrevivência, pois após este período, os negros e negras foram jogados a própria sorte, pois como foram trazidos para o Brasil para serem escravos, nada trouxeram, portanto nada possuíam. Sem propriedades, acabavam se submetendo a trabalhos em troca de moradia e um pouco de comida. Eis o novo contexto de escravidão.

Tampouco os negros tinham acesso à educação, saúde e assistência social, entre outros direitos fundamentais que lhe garantissem a sobrevivência humana. Assim, a população negra sofre os efeitos de uma sociedade falsa, que através de uma estrutura racista e desigual.

Não somente o contexto presente da pandemia, mas o mais evidente na atualidade, dá conta de demonstrar que, embora o vírus do COVID-19, não elege suas vítimas, os corpos negros e pobres (eis que a maioria dos negros estão vivem à margem da pobreza), são contemplados com o primeiro lugar da fila. O fator raça e racismo, figuram como lógicas que são capazes de controlar a vida e a morte de pessoas, quer seja pela forma com a que a sociedade trata a população negra, com pouca oferta de oportunidades, que seja pelas precárias condições de sobrevivência a que estão submetidos.

Isso demonstra ser inevitável admitir que, apesar de novos dados, novas circunstâncias, novas formas de violência, como a

da pandemia do coronavírus, embora sempre presente a velha historicidade da escravidão, os corpos brutalmente violentados são sempre os mesmos. Além disso, têm-se também que é a população negra quem apresenta maior número de comorbidade, em relação à branca, demonstrando assim que esta vulnerabilidade tem influência direta na resposta imunológica quando da infecção.

Tanto o racismo quanto o coronavírus são questões complexas e desafiadoras de serem solucionadas, especialmente em um cenário marcado por profundas desigualdades que permeiam amplamente a sociedade. Essa realidade apenas reforça a constatação de que o racismo é de fato estrutural e institucional, e desempenha um papel fundamental na constituição da sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Silvio. Racismo estrutural. São Paulo: Pólen; 2019.
- BAUMANN, Zygmund. Vidas desperdiçadas. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.
- BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Boletim epidemiológico especial. Secretaria da Vigilância do Ministério da Saúde. Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/media/pdf/2021/marco/05/boletim_epidemiologico_covid_52_final2.pdf. acesso em 21 mar.2021
- CASTELO BRANCO, Guilherme. O racismo no presente histórico. A análise de Michel Foucault. Kalágatos, Fortaleza, v. 1, n. 1, p. 129-144, jan-jun 2004.
- DURAN, Cláudia Alves. Questão social e relações étnico-raciais no Brasil. Revista Política Pública. São Luís, Número Especial, p. 391-399, julho de 2014
- FERNANDES, Florestan. O negro no mundo dos brancos. Apresentação de Lília Moritz Schwarcz. 2ª Ed. São Paulo: Global, 2007.
- _____, Michel. Conversa com Michel Foucault. In: Repensar a política. Rio de Janeiro, RJ: Forense Universitária, 2010.

GOMES, Nilma Lino. A questão racial e o novo coronavírus no Brasil. Análise – Trabalho e Justiça Social. São Paulo: Friedrich-Ebert-Stiftung (FES). Disponível em: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/16315.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.

GONZAGA, Paula Rita Bacellar; CUNHA, Viviane Martins. Uma pandemia viral em contexto de racismo estrutural: desvelando a generificação do genocídio negro. Disponível em <https://doi.org/10.1590/1982-3703003242819>. Acesso em: 27 abr. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: Acesso em: 21 mar. 2021

INSTITUTO DE PESQUISA E ESTATÍSTICA APLICADA – IPEA. Desigualdade raciais, racismo e políticas públicas: 120 anos após a abolição. Brasília, DF, 2008. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4729/1/Comunicado_n4_Desigualdade.pdf. Acesso em: 03 mer. 2021.

LIMA, Fátima. Bio-necropolítica: diálogos entre Michel Foucault e Achille Mbembe. Arquivos Brasileiros de Psicologia, Rio de Janeiro, n. 70, pp. 20-33, 2018.

MBEMBE, Achille. Necropolítica. São Paulo: N-1, 2018.

MOURA, Clovis. Dialética Radical do Brasil Negro. São Paulo: Editora Anita, 1994.

SILVA, Pedro Henrique Moreira; SILVA, Cristiane Valéria Moreira. Saúde pública e questões raciais em tempos de pandemia: um olhar à luz da necropolítica. In: Anais do Congresso Internacional da Rede Iberoamericana de Pesquisa em Seguridade Social. 2020. p. 198-211.

SILVERIO, Valter Roberto. Ação afirmativa e o combate ao racismo institucional no Brasil. Cadernos de pesquisa, n. 117, p. 219-246, 2002.

TELLES, Edward. Repensando as relações de raça no Brasil. Teoria e pesquisa, n. 42, jan- jul. 2003.

TORRES, Nelson Maldonado. Análítica da colonialidade e da decolonialidade: algumas dimensões básicas. In: Bernandino-Costa J, Maldonado-Torres N, Grosfoguel R, organizadores. Decolonialidade e pensamento diaspórico. Belo Horizonte: Autêntica; 2018. p. 27-53.

WOOD, Ellen Meiksins. Democracia contra o capitalismo. A renovação do materialismo histórico. Trad.: Paulo César Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2011.

ZENKER, Ana Luiza. Negros são maioria nas favelas, segundo o IPEA. Agência Brasil. Disponível em: <https://memoria.ebc.com.br/agencia-brasil/noticia/2008-12-16/negros-sao-maioria-nas-favelas-segundo-estudo-do-ipea>. Acesso em: 28 abr 2021.

QUEM É O CIDADÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988?

Clovis Gorczewski³⁴

RESUMO

A Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88), de 05 de outubro de 1988, elegeu como fundamento do Estado a cidadania. Contudo, em momento algum definiu seu conceito e sabemos que existem incontáveis vieses políticos para sua definição. Defende-se neste trabalho que o Constituinte tentou conjugar todos, reforçando a cidadania republicana.

Palavras-Chave: cidadania, constituição, participação política

1 | INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988 elegeu como fundamento do Estado Brasileiro a cidadania deixando absolutamente expresso já no artigo 1º da Carta Magna: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:... II- a cidadania”;

O Presidente da Assembleia Constituinte ao promulgá-la referiu-se como a constituição cidadã. Desde então a expressão cidadania ou cidadão, tem sido sistematicamente invocada em todos os segmentos da vida nacional. Temos a rádio cidadã, o jornal cidadão, a faculdade cidadã, o sindicato cidadão.

Mas, qual o real e efetivo conceito de cidadão a que se referiu o constituinte?

³⁴ Advogado, doutor em direito (Universidad de Burgos, 2001), pós-doutor em direito (CAPES – Universidad de Sevilla, 2007), pós-doutor (CAPES – Fundación Carolina – Universidad de La Laguna, 2010). Professor da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

2 | O CONCEITO DE CIDADÃO

Para definir o termo existem incontáveis vieses políticos teóricos: Podemos conceituar cidadão sob o viés **liberal**, que parte de uma noção abstrata do indivíduo e põe em destaque o individualismo, os direitos individuais, a autonomia. Este conceito surge no iluminismo com teóricos liberais como Locke, Montesquieu, Rousseau, Mill e Humboldt, que enraízam a cidadania na igualdade e no exercício da liberdade religiosa, política e econômica, livre de qualquer intervenção. O Estado deve tão somente garantir a vida e a propriedade dos cidadãos.

Podemos conceituar cidadão sob um viés **social**, que enfatiza os direitos econômicos e sociais. Com o fim da Segunda Guerra Mundial surge o Estado Social. A ideia de cidadania passa a apontar para uma base igualitária dos direitos. O Estado abandona sua conduta de omissão e passar a garantir direitos sociais a população. A noção de cidadania passa a estar associada a igualdade material. Então, cidadão é aquele que tem direitos sociais.

Podemos falar do cidadão **comunitário**, que parte de uma ideia mística de tribo, atribui toda primazia à comunidade, não necessariamente ao indivíduo. Defende que o cidadão não pode ser entendido a margem das vinculações sociais que o constituem como sujeito. O indivíduo não existe fora da sociedade, já que sua existência se deve à vida social da qual participa. Assim, são as crenças morais, compartilhadas por um grupo, que deverão dar sentido a todo ordenamento jurídico.

Há ainda o viés do cidadão **pós-nacional**, que defende a aceitação de uma nova realidade social, multiétnica e plurinacional como superação ao modo Estado-nação.

Temos o cidadão **cosmopolita**, baseado na criação de um sistema global de direitos e deveres universais, independentemente do lugar de nascimento e residência,

Temos ainda o cidadão transnacional; o cidadão transcultural; o cidadão multicultural; o cidadão diferenciado. (GORCZEWSKI, Clovis. BELLOSO MARTIN, Nuria. 2018)

Observa-se que há sempre um pano de fundo, há uma fundamentação para cada análise da cidadania, e que, normalmente, não se leva em consideração ao apresentar um conceito.

Embora reconhecendo-se cidadania como resultado de um processo histórico, há uma tendência à simplificação que discorre sobre seus direitos, desconsiderando o contexto político-social a que está se referindo.

Isto ocorre, porque ao tentar-se definir cidadão, leva-se em consideração a ideologia, versões teóricas de distintas tradições filosóficas e diferentes considerações históricas, mesclando com realidades contemporâneas. E o resultado é uma miscelânea de diversas facetas onde não há nenhuma unanimidade ou concordância.

Outro equívoco que é confundir cidadão com nacional, esta é a consideração mais comum. A nacionalidade tem sido condição *sine qua non* para a cidadania. Ocorre que a modernidade nos atribui uma concepção de cidadania criada pelo nacionalismo, que induz a uniformidade – a forma que o Estado moderno encontrou para poder rapidamente coletivizar e globalizar a cidadania usando um artifício de legalidade artificialmente construído. A cidadania passa a ser um lugar comum: somos cidadãos porque pertencemos ao mesmo Estado e assim temos, ou devemos ter, objetivos comuns.

Então, cidadão é o indivíduo que faz jus a direitos dentro de um Estado, porque cidadania tem por pressuposto a nacionalidade. Desta forma, o respeito à liberdade, o direito de votar e ser eleito, de igualdade ante a lei, e outros tantos de caráter cívico e político, são garantidos e exercidos nos limites de um determinado Estado.

O conceito de cidadania vinculado a uma nacionalidade, restrita ao âmbito territorial de um Estado, quase sempre em oposição a outro, é incompatível com o princípio da dignidade humana, e deve ser superado. Isso ocorre porque, originalmente, a expressão cidadania nos induz diretamente a ideia de cidade, de um núcleo urbano, de uma comunidade politicamente organizada. A expressão vem do latim e refere-se ao indivíduo que habita a cidade. Então, etimologicamente poderíamos dizer

que cidadão é aquele que habita a cidade. Mas, Aristóteles ao divagar sobre o tema já alertava: cidadão não é cidadão porque vive na cidade, afinal os estrangeiros, as mulheres, as crianças e os escravos também ali vivem e estes não são cidadãos. (ARISTÓTELES. Política)

Ainda em Roma, quer na República ou Império, a expressão indicava não unicamente o habitante da cidade, ela significava mais: ela indicava a situação política da pessoa e seus direitos em relação ao Estado. Cidadão significava ser homem e livre, portanto, com direitos do Estado e deveres para com ele. (CRETELLA JÚNIOR, J. 1995)

No início do Estado moderno, Bodin disse que cidadão era um súdito livre, mas que devia obediência ao soberano. (BODIN, Jean. 20170).

O conceito é redefinido quando a burguesia busca um novo sujeito político. Assim que a ideia de cidadania é ligada à noção de autonomia, de independência, de posse de propriedades e outros recursos materiais, e de autossuficiência.

Mas é Thomas Marshall, que em 1949, em seu ensaio Cidadania, Classe Social e Status, com base na realidade de sua época, em especial no conflito aberto entre o capitalismo e o marxismo, elaborou a primeira teoria sociológica de cidadania. Embora deixe claro que sua análise se funda mais na história que na lógica, divide o conceito de cidadania em três partes: a) a conquista dos direitos civis no séc. 18, b) dos direitos políticos, no séc. 19 c) dos direitos sociais, no séc. 20. (MARSHALL, Thomas, 1995)

Atualmente há uma tendência implícita a conceber a conquista de tais direitos como um modelo de cidadania. Então, poderíamos, em outras palavras, simplesmente dizer que cidadão é aquele que têm direitos. E não estaríamos muito errados, ao menos no moderno e ideologizado imaginário popular.

Em geral as pessoas desconsideram que intrínseco no termo estão, ou deveriam estar, os deveres, em especial os de participação nos rumos de sua comunidade.

A verdade, é que a questão da cidadania é tão antiga quanto as primeiras comunidades sedentárias e define o status do indivíduo

em uma sociedade. A ideia de cidadania ou cidadão, surge como oposto ao de súdito, de escravo, de sem direitos. Ela sempre se referiu aos homens livres, proprietários e cabeças de família.

Por isso diz Warat que falar em cidadania, em qualquer época, significa fazer referência aos que tem opinião, pois ser cidadão é ter voz, poder opinar e decidir- o que exclui a maioria (os pobres) e grupos de minorias (étnicas-culturais-nacionais). Logo, "*la ciudadanía en todos los tiempos siempre fue una clase VIP*" (WARAT, Luis Alberto, 2001). Zapata-Barrero também leciona que, historicamente sempre se fez dois usos da palavra cidadania: um fechado e institucional, outro aberto e instrumental. Isto é, pode ser tanto um objeto de atuação política para incluir e/ou excluir, como objeto para designar um tipo de identidade e de atividade política. E arremata: "*está claro que ciudadanía ha sido históricamente una noción excluyente*". (ZAPATA-BARRERO, Ricard. 2008)

Efetivamente, no conceito de cidadania, sempre esteve arraigada uma conotação de privilégio e um limite social, étnico, político e econômico frente aos demais indivíduos não incluídos dentro de seu alcance semântico. Mas, sendo uma construção histórica, com a extensão dos direitos vai se modificando também o conceito de cidadania, que vai assumindo diferentes formas nos diferentes tempos e contextos sociais, prestando-se a diversas interpretações para justificar diversas situações ideológicas. Assim não há um conceito rígido de cidadania, pois não se trata de algo estático.

Temos que hoje, século XXI, o conceito de cidadania, deve integrar a conjunção de três elementos: (1) pertencer a uma determinada comunidade política (normalmente um Estado – não necessariamente) (2) sentir-se integrante, parte, pertencente a esta comunidade- trata-se de um fator psicológico que o leva a participar da solução dos conflitos desta sociedade, contribuir para com ela, dedicar-se a ela – afinal se pertence a ela; e, (3) como consequência tem ou terá a garantia de certos direitos e liberdades no seio desta sociedade.

Assim seguimos o pensamento de Cortina quando assevera que qualquer conceito pleno de cidadania, deve integrar um

status legal (um conjunto de direitos), um *status moral* (um conjunto de responsabilidades) e uma *identidade*, pela qual uma pessoa sente-se integrada a uma sociedade. (CORTINA, Adela. 2009). Embora considerando a definição apresentada por Peces-Barba como definitiva – “Cidadania define o status ou o posto que ocupa a pessoa na sociedade” (PECES-BARBA, Gregório Martínez, 2007) – ficamos com a opinião sustentada por Garcia y Lukes que consideram a cidadania como uma conjunção de três elementos: 1) a garantia de certos direitos, assim como a obrigação de cumprir certos deveres para com uma sociedade específica; (2) pertencer a uma comunidade política determinada e, (3) a oportunidade de contribuir na vida pública desta comunidade através da participação. (GARCIA, S. y LUKES, S. 2009). Com outras palavras a definição de Bolzman é idêntica. Depois de lembrar que a noção de cidadania é dificilmente dissociável de uma comunidade política defende que seu conceito se reveste de um duplo significado: (1) por um lado pertencer a uma comunidade política e (2) por outro, o exercício de direitos no seio desta comunidade. Dito de outro modo, cidadania significa um *status* (pertencer a um Estado) e um direito (poder exercer direitos neste espaço definido). A estas duas dimensões agrega uma terceira que é o poder de influenciar na vida desta comunidade (participação política). (BOLZMAN, Claudio, 2009).

3 | O CIDADÃO NO BRASIL

Ao não identificar um viés político, parece que o Constituinte Brasileiro de 88 tentou congregiar todos os vieses: **o liberal** - garantir a liberdade de todos; **o social** - atribuir ou destinar a todos proteção social; **o multicultural**- respeitando as diferenças culturais; **o diferenciado** - que fundamenta as políticas públicas de discriminação inversa; Mas, acima de tudo o constituinte enfatizou, o matiz **republicano**. Este modelo, leciona Belloso Martin, prioriza a participação ativa nos assuntos públicos. O cidadão republicano é alguém que participa ativamente na configuração da direção futura da sociedade através do

debate e da elaboração de decisões públicas. Republicanismo é autogoverno de cidadãos que, em sua gestão política, põem a causa comum acima de seus interesses individuais. Os cidadãos podem, mediante o debate e a discussão aberta, alcançar um grau substancial de consenso sobre assuntos de interesse comum. São duas as ideias básicas do republicanismo: a primeira, a concepção anti-tirânica, contrária a toda dominação, pois reivindica os direitos de liberdade em um Estado livre, A segunda ideia é que o republicanismo oferece novas formas de organizar a sociedade: se apoia na responsabilidade pública de cidadania; busca uma cidadania ativa. Assim, o republicanismo atribui um infundável volume de direitos de participação em todos os segmentos e setores da administração pública. (BELLOSO MARTIN, Nuria. 2005)

O Constituinte de 88 estabeleceu uma revolução, ainda não entendida. Não unicamente mesclou os vários conceitos de cidadania, mas enfatizou a cidadania republicana e atribuiu todos os instrumentos necessários para seu pleno exercício. Efetivamente, nunca uma constituição empoderou tanto o cidadão, nunca se lhe atribuiu tantas garantias e tantos direitos (quer individuais ou sociais) e, principalmente, tantas formas de participação na gestão pública.

Não há nada em que os cidadãos não possam participar, opinar, decidir. Na saúde, na educação, na segurança pública, nas políticas públicas, possuem direitos e assento nos órgãos colegiados. A cidadania precisa ser ouvida, os gestores públicos devem atender as deliberações populares. A cidadania estabelecida na Carta de 1988 não se centra mais na ideia de que o Estado é o grande e único responsável pela felicidade dos seus cidadãos. Cada um deve fazer sua parte e todos devem participar.

O problema é que nossa cultura é mais forte. Na sociedade brasileira está absurdamente arraigada a ideia de um pai-estado e governos paternalistas.

É sabido que o Estado para se constituir, para manter-se e se fortalecer avançou tão profundamente na jurisdição privada e de forma tão marcada que sucumbiu o particular a esta contundente

intervenção estatal. Assim, forjou-se a cultura da clara primazia do Estado sobre o indivíduo, com o conseqüente esquecimento da autonomia popular. Vivemos o paternalismo estatal em todas as esferas da sociedade e assim também se aceitou e se atribuiu ao Estado a responsabilidade de governar nossas vidas. Práticas seculares introjetaram no imaginário social a ideia de que o Estado é o responsável pela solução dos conflitos da sociedade, é ele quem decidirá os direitos, as garantias e a nossa felicidade.

No Brasil, bem ensina Gesta Leal, historicamente, até em face das particularidades de exclusão social, miserabilidade e fragilização de sua cidadania, o Estado fora chamando para si, de forma concentrada, um universo de atribuições com caráter protecionista, paternalista e assistencialista, promovendo ações públicas de sobrevivência social com poucas políticas preventivas, educativas e de cogestão com a sociedade dos desafios daqui decorrentes, induzindo a comunidade a uma postura letárgica e de simples consumidora do que lhe era graciosamente apresentado, sem nenhuma reserva crítica ou constitutiva de alternativas das mazelas pelas quais passava e ainda vive (LEAL, Rogério Gesta. 2008)

Mas não somente os regimes autoritários inibem o exercício da cidadania. Mesmo nas democracias, o assistencialismo, o paternalismo e a tutela do Estado aceitos que são pela maioria das pessoas por comodismo, tampouco permitem o desenvolvimento de uma cidadania plena, porque a cidadania plena não pode dar-se ou outorgar-se, somente se alcança pela participação, pela luta e empenho dos próprios indivíduos interessados. O paternalismo institucional desmobiliza e debilita a efetiva conquista desse status.

A lei do menor esforço é ainda a mais seguida em todo o mundo. De uma maneira geral as pessoas consideram que a cidadania está definida exclusivamente em seus direitos individuais e nos deveres do Estado; esquecem-se de seus próprios deveres e de sua responsabilidade na participação política, no exercício de sua liberdade e na obrigação para com os demais cidadãos. A conseqüência é um claro déficit, por parte da sociedade, de um firme

envolvimento no âmbito decisório dos Estados - característica marcante das sociedades pós-modernas, juntamente com outro fenômeno contemporâneo: o individualismo. Um individualismo narcisista, como diz Campuzano, que exerce uma força dispersiva sobre a sociedade e conduz os homens ao terreno de seus piores interesses. Com isso, a apatia apodera-se dos indivíduos e o desinteresse pela construção de um espaço comum invade seu espírito. Este individualismo gera um sentimento de contemplação ante os grandes problemas da vida e retira do homem o instinto de luta por uma sociedade mais justa e a abdicar de sua condição de cidadão. (CAMPUZANO, Alfonso de Julios. 2000).

4 | CONCLUSÃO

A cidadania republicana faz sentir-se pertencente à uma comunidade e obriga a uma participação. Este é o desafio, a inclusão na verdadeira cidadania, pois sem esta coesão torna-se impossível responder aos desafios oriundos dos novos tempos.

Da cidadania republicana exige-se uma nova tarefa que não se opõe a ideia clássica de cidadania como defesa de direitos individuais e coletivos, não libera a luta coletiva para conquistar mais direitos, mas assume o combate pela concretização dos direitos humanos, pela gestão ética do Estado e pelo controle do patrimônio público que é de todos.

O conceito de cidadão, na nova ordem constitucional, possui um sentido diverso daquele tradicional associado à ideia de eleitor. A cidadania tem agora um sentido mais amplo que o titular de direitos políticos, ela exige a plena participação dos cidadãos nos assuntos públicos. Para tal o constituinte nos atribuiu todas as ferramentas necessárias, mas, e os virtuosos cidadãos? surrupiados, logrados, roubados, enganados, burlados, iludidos, onde estão?

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. Política. São Paulo: Martin Claret. 2008.
- BELLOSO MARTIN, Nuria (coord.). Los Nuevos Desafios de la Ciudadanía. Burgos: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos. 2001.
- BELLOSO MARTIN, Nuria. Os Novos Desafios da Cidadania. Santa Cruz do Sul: Edunisc. 2005.
- DOBIN, Jean. Os seis livros da República. São Paulo: Icone. 2017
- BOLZMAN, Claudio. “Políticas de inmigración, derechos humanos y ciudadanía a la hora de la globalización: uma tipología”. In: DÍAZ, Emma Martín y SIERRA, Sebastián de la obra. Repensando la Ciudadanía. Sevilla: Fundación El Monte. 1999.
- CAMPUZANO, Alfonso de Julios. En las encrucijadas de la modernidade. Sevilla: Universidad de Sevilla. Secretariado de Publicaciones. 2000.
- CORTINA, Adela. Ciudadanos del mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía. 3. ed. Madrid: Alianza Editorial, 2009.
- CRETELLA JÚNIOR, J. Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- GARCIA, S. y LUKES, S. Ciudadania: justicia social, identidad y participación. Madrid: Signo XXI, 1999.
- GORCZEVSKI, Clovis. BELLOSO MARTIN, Nuria. Cidadania, democracia e participação política [recurso eletrônico]: os desafios do século XXI. - 1. ed. - Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2018. In: https://www.unisc.br/imagens/upload/com_editora_livro/E-book_Cidadania-democracia-e-participacao-politica.pdf
- LEAL, Rogério Gesta. “A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional”. Trabalho inédito. 2008.
- MARSHALL, Thomas H. Cidadania, Classe Social e Status. Tradução de Me-ton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1967
- PECES-BARBA, Gregório Martínez. Educación para la Ciudadanía y Derechos Humanos. Madrid: Espasa. 2007
- ZAPATA-BARRERO, Ricard. Multiculturalidad e inmigración. Madrid: Editorial Síntesis. 2008.

ORGANIZADORA

Aline Burin Cella

Atualmente coordena os Cursos de Direito da UNISC em Capão da Canoa e Montenegro - RS (biênio 2022-2023).

Além de suas habilidades de gestão, demonstra profundo interesse no desenvolvimento e orientação dos futuros profissionais do direito, desempenhando um papel fundamental como orientadora de estágios. Sua bagagem acadêmica é diversificada, com destaque para seu Mestrado em Direito com foco em Políticas Públicas pela UNISC, uma Especialização em Direito Imobiliário e um MBA voltado para a Gestão da Aprendizagem e Modelos Híbridos de Educação pela Uniamérica.

Entre 2014 e 2022, coordenou o projeto de extensão “Fiscal Aprendiz”, que visa capacitar e orientar jovens nas nuances do mundo fiscal. Esta iniciativa se alinha ao seu histórico como supervisora de estágios entre 2006 e 2017.

É advogada e professora tanto na graduação quanto na pós-graduação Lato Sensu da UNISC, contribuindo para a formação de gerações de juristas.



Celebrando duas décadas de excelência acadêmica, este livro comemorativo marca os 20 anos do curso de Direito da UNISC - Campus Capão da Canoa. Uma obra que se erige como um testemunho do tempo e como um legado de conhecimento e dedicação.

Compilando artigos meticulosamente escritos, os leitores encontrarão uma tapeçaria rica de vozes e perspectivas: desde professores que moldaram a reputação do curso durante esses anos até alunos que se beneficiaram de sua instrução sistemática. Uma característica única desta coletânea é a colaboração entre docentes e discentes, fruto dos trabalhos de conclusão de curso, testemunhando a sinergia e o comprometimento de ambos na busca pela excelência acadêmica.

Abrindo este compêndio, o primeiro artigo já destaca um dos importantes pilares do curso na última década, que é o envolvimento comunitário. Ele retrata e ressalta o compromisso da UNISC - Campus Capão da Canoa não apenas com a formação acadêmica, mas também com a comunidade à sua volta, enfatizando sua missão de construir pontes entre o ensino, a pesquisa e a extensão.

Mais do que um marco temporal, este livro é uma celebração do esforço coletivo, do comprometimento com a pedagogia e da paixão inabalável pelo Direito. Uma leitura recomendada para todos que valorizam a interseção de teoria, prática e transformação social.

ISBN: 978-65-5673-137-7



9 786556 731377